

2020.3

# juriste

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



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



LexisNexis®  
GLOBAL LEGAL SOLUTIONS PREMIER SPONSOR



**GET AN INSIDER'S VIEWPOINT ON THE HOTTEST LEGAL TRENDS WITH THE 10 VOLUMES  
OF THE UIA-LEXISNEXIS PUBLICATIONS COLLECTION**



**Current Trends in Start-Ups  
and Crowd Financing**



**Drafting Effective International Contracts  
of Agency and Distributorship -  
a Practical Handbook**



**Compliance - Challenges and  
Opportunities for the Legal Profession**



**International Public Procurement**



**Recognition and Enforcement  
of Judgments and Arbitral Awards**



**Family Law: Challenges and Developments  
from an International Perspective**



**Natural Resources Exploitation-  
Business and Human Rights**



**Environmental Law and  
Sustainable Development**



**Legal Aspects  
of Artificial Intelligence**



**Fashion Law:  
Trends and New Challenges**



**PURCHASE THE COMPLETE  
COLLECTION ON**

[store.lexisnexis.co.uk](http://store.lexisnexis.co.uk)  
[boutique.lexisnexis.fr](http://boutique.lexisnexis.fr)  
[store.lexisnexis.ca](http://store.lexisnexis.ca)

# 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 Trieste, Italy 11 La Journée des Femmes Leaders des Barreaux 12

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

---

The Death Penalty for Drug Offenders: The Malaysian Experience 15 18<sup>th</sup> World Day Against the Death Penalty 18 Platini rate le pénalty 25 Les violences faites aux femmes – Le cas du Bénin 26

#### The Legal Profession | La Profession d'Avocat | La Abogacía | 32

---

Réflexions sur les avocats exerçant en petites structures au barreau de Bruxelles en 2020 : Struggle for life? 33 Work-Life Balance: A Prerequisite for a Successful Lawyer 38 Well-Being and the Strategies for Coping with the Competing Demands Faced by Young Lawyers 40 LexisNexis and Sader Publishing Launch the First Trilingual French Civil Code 43 LexisNexis et Sader Publishing lancent le 1<sup>er</sup> code Civil Trilingue 44

#### Legal Practice | Pratique du Droit | Ejercicio de la Abogacía | 38

---

L'expertise en matière d'art 47 Algunas consideraciones prácticas sobre el mercado del arte en México 50 Donación versus liberalidad dentro del matrimonio 54 The Growth of Animal Law 55 Benefits and Pitfalls of a Default Rule Approach to Financial Crime Contract Provisions 58 Reflections on Singapore Convention on Mediation 62 Recovering on Small Copyright Claims 65 Experiences of the Covid-19 Crisis and its Effects on International Sales Contracts 68



# Editorial





## President's Editorial

I Jerome ROTH

As I contemplate my final editorial as President of our Association, still house-bound after months and the air tinged with smoke from California fires, I cannot help but reflect a bit stoically on plans I made at the outset of my term – and the tumult the world has experienced since.

As lawyers, we try to look around corners and anticipate the unforeseen. But of course our field of vision is limited. Even with our legal knowledge, powerful voice, and shared values, we are subject to unexpected twists of history and human events.

This year tested our fortitude in novel ways. As I tried last October to lay out my priorities for 2020, I naively believed our major challenge would be to protect systems of justice around the world against the drift towards autocracy and nationalism. That drift certainly continues, and the challenge is no less urgent. But we did not suspect the world would confront health, economic, social, and political upheaval of a scale none of us had seen in our lifetimes. And as the end of my term as President approaches, those tidal waves have yet to fully recede: 2020 promises to continue to spring unwanted surprises.

Nor have manifestations of the Covid-19 crisis been easy to interpret. In some countries, governments already leaning towards authoritarianism exploited the need for restrictions to ban protests and suppress opposition. In others, protests *against* restrictions invoked the watchword of freedom to undermine health measures, cast doubt on science, and put populations at risk. Vulnerable communities suffered from both efforts. Law and politics sit uneasily atop a pandemic that renders human interaction dangerous. We struggle to find a coherent perspective.

Humbled by such events, none of us avoids frustration – or introspection. How have we done, how are we doing – as lawyers, as a profession, and as a century-old international organization – in the face of the convulsions we have experienced? What will history say about our response

when it looks back at the somersaults of this year, as it surely will?

From my vantage point, admittedly without the benefit of historic distance, along with inevitable regret, there is much to be satisfied with, and substantial work ahead of us.

Individual lawyers stepped up in countless ways. From advising clients on an emergency basis regarding all manner of legal issues raised by the crises to reconfiguring law organizations in a matter of weeks to allow for work at home, we have shown remarkable adaptability. But we can hardly be smug – ensuring our clients, firms, and colleagues remain satisfied and engaged will continue to challenge us.

The profession showed itself to be flexible as well. Bar associations and leaders leapt into a chasm of uncertainty to defend long-standing values. They sought to help their members' weather professional, financial and social stresses; spoke out against harsh injustices suffered by our colleagues such as Ebru Timtik and Monferrier Dorval; recommitted to combatting the racism that continues to infect our systems of justice; and offered new ways of thinking about courts and legal practice in light of public health concerns. There too, the struggles ahead of us are daunting.

Most important to me, our UIA family can take pride in the way our association, our administrative staff in Paris, and all of you as members, rose to this difficult occasion. It is during turbulent times that we perceive the true character of an organization, just as of an individual. And UIA revealed itself to be extraordinarily resilient, loyal and caring. We found ways to breathe life into our principal mission of bringing the worlds' lawyers together: by innovating with technology such as videoconferencing and webinars; tapping into different means of communicating such as podcasts, social media, videos and publications; tending to our young members; celebrating our women bar leaders; and reinforcing our relationships with sister organizations.

And provided meaningful help to our bar association members by offering them open fora to exchange information, concerns, and best practices.

None of this could have been accomplished without the generosity of spirit that runs like a motif through our membership and our history. Almost ten decades of collegiality and thousands of individual acts of dedication and sacrifice led us to this moment. In short, nothing provides so strong an antidote to unexpected change and isolation as long-standing friendship and commitment – combined with a sense of accomplishment.

So as I pass the baton to my successor and close friend, Jorge Marti, I look back over my shoulder with a mix of some wistfulness, yes, about what could have been, but with a great sense of gratitude to all of you for what actually was. Let us celebrate together the road we travelled since March – as lawyers, as a profession, and as members of a thriving association – as well as the unseen paths that lie ahead of us.

Jerome C. ROTH  
UIA President  
[jerome.roth@mto.com](mailto:jerome.roth@mto.com)

# Editorial du Président

I Jerome ROTH

Alors que je contemple mon dernier éditorial en tant que Président de notre association, confiné à la maison depuis des mois maintenant et que je respire l'air teinté de la fumée des incendies de Californie, je ne peux m'empêcher de réfléchir un peu stoïquement aux projets que j'avais faits au début de mon mandat – et au tumulte que le monde a connu depuis.

En tant qu'avocats, nous essayons de bien nous préparer et d'anticiper l'imprévisible. Mais bien entendu, notre champ de vision est limité. Même avec nos connaissances juridiques, notre voix puissante et nos valeurs communes, nous sommes soumis à des tournants inattendus de l'histoire et des événements humains.

Cette année a mis notre force d'âme à l'épreuve de manière inédite. Alors que j'essayais en octobre dernier de définir mes priorités pour 2020, je croyais naïvement que notre principal défi serait de protéger les systèmes judiciaires du monde entier contre la dérive vers l'autocratie et le nationalisme. Cette dérive se poursuit certainement, et le défi n'en est pas moins urgent. Mais nous ne pensions pas que le monde connaîtrait des bouleversements sanitaires, économiques, sociaux et politiques d'une ampleur qu'aucun d'entre nous n'avait connue de son vivant. Et à l'approche de la fin de mon mandat de président, ces raz-de-marée ne se sont pas encore complètement retirés : l'année 2020 promet de continuer à nous réserver des surprises indésirables.

Les manifestations de la crise liée au Covid-19 n'ont pas non plus été faciles à interpréter. Dans certains pays, les gouvernements qui penchaient déjà vers l'autoritarisme ont exploité la nécessité de restrictions pour interdire les manifestations et réprimer l'opposition. Dans d'autres, les protestations contre les restrictions ont invoqué le mot d'ordre de la liberté pour miner les mesures sanitaires, interpellé la science et mettre les populations en danger. Les communautés vulnérables ont souffert de tous ces efforts. Le droit et la politique se trouvent mal placés devant une pandémie qui rend les interactions humaines dange-

reuses. Nous nous efforçons de trouver une perspective cohérente.

Touchés par de tels événements, aucun d'entre nous ne peut éviter la frustration – ou l'introspection. Comment avons-nous fait, que faisons-nous – en tant qu'avocats, en tant que profession et en tant qu'organisation internationale centenaire – face aux tourbillons que nous avons connus ? Que dira l'histoire de notre réaction lorsqu'elle se penchera sur les bouleversements de cette année, comme elle le fera certainement ?

De mon point de vue, sans le bénéfice d'une distance historique, et avec les regrets inévitables, il y a beaucoup de choses dont nous pouvons être satisfaits et un travail considérable qui nous attend.

Des avocats individuels se sont engagés de différentes façons. Qu'il s'agisse de conseiller les clients en urgence sur toutes sortes de questions juridiques soulevées par les crises ou de reconfigurer les organisations juridiques en quelques semaines pour permettre le télétravail, nous avons fait preuve d'une adaptabilité remarquable. Mais nous pouvons difficilement nous permettre de nous reposer sur nos lauriers – veiller à ce que nos clients, nos cabinets et nos confrères restent satisfaits et engagés continuera à nous mettre au défi.

La profession s'est également montrée flexible. Les barreaux et les dirigeants ont sauté dans un gouffre d'incertitude pour défendre des valeurs qui existent de longue date. Ils ont cherché à aider leurs membres à surmonter les tensions professionnelles, financières et sociales ; ils ont dénoncé les injustices graves subies par nos confrères tels qu'Ebru Timtik et Monferrier Dorval ; ils se sont engagés à nouveau à combattre le racisme qui continue d'infecter nos systèmes judiciaires ; et ils ont proposé de nouvelles façons de concevoir les tribunaux et la pratique juridique à la lumière des préoccupations de santé publique. Là aussi, les luttes qui nous attendent sont redoutables.

Le plus important pour moi, c'est que notre famille UIA peut être fière de la façon dont notre association, notre personnel administratif

à Paris, et vous tous en tant que membres, ont su se montrer à la hauteur de cette situation difficile. C'est dans les périodes de turbulence que nous percevons le vrai caractère d'une organisation, tout comme celui d'un individu. Et l'UIA s'est révélée extraordinairement résistante, fidèle et bienveillante. Nous avons trouvé des moyens de donner vie à notre mission principale, à savoir celle de rassembler les avocats du monde entier : en innovant avec des technologies telles que la vidéoconférence et les webinaires ; en exploitant différents moyens de communication, tels que les podcasts, les médias sociaux, les vidéos et les publications ; en nous occupant de nos jeunes membres ; en célébrant les femmes dirigeantes de barreau ; et en renforçant nos relations avec les organisations sœurs. Nous avons également apporté une aide significative à nos barreaux membres en leur offrant des forums ouverts pour échanger des informations, des préoccupations et des bonnes pratiques.

Rien de tout cela n'aurait pu être accompli sans la générosité d'esprit qui court comme un fil conducteur à travers nos membres et notre histoire. Près de dix décennies de collégialité et des milliers d'actes individuels de dévouement et de sacrifice nous ont menés à ce moment. Bref, rien n'offre un antidote aussi puissant contre les changements inattendus et l'isolement que l'amitié et l'engagement de longue date – combinés à un sentiment d'accomplissement.

Ainsi, en passant le relais à mon successeur et ami proche, Jorge Martí Moreno, je regarde l'année passée avec certes, un mélange de nostalgie de ce qui aurait pu être, mais aussi avec un grand sentiment de gratitude envers vous tous pour ce qui a réellement eu lieu. Célébrons ensemble le chemin que nous avons parcouru depuis mars – en tant qu'avocats, en tant que profession et en tant que membres d'une association florissante – ainsi que les chemins invisibles qui nous attendent.

Jerome C. ROTH  
Président de l'UIA  
jerome.roth@mt.com

# Editorial del Presidente

## I Jerome ROTH

Contemplo mi última editorial como Presidente de la asociación, mientras sigo confinado en casa desde hace meses y con el aire teñido de humo por los incendios de California, y no puedo evitar pensar con cierto estoicismo en los planes que tenía al comienzo de mi mandato y en la agitación que ha vivido el mundo desde entonces.

Como abogados, intentamos buscar las mejores alternativas y anticiparnos a los imprevistos. Pero, naturalmente, nuestro campo de visión es limitado. A pesar de nuestros conocimientos jurídicos, el poder de nuestra palabra y los valores que compartimos, también nos afectan los reveses inesperados de la historia y los acontecimientos de la humanidad.

Este año ha puesto a prueba nuestra entereza de una forma inédita. Cuando el pasado mes de octubre trataba de establecer mis prioridades para 2020, pensaba ingenuamente que nuestro principal reto sería proteger los sistemas judiciales del mundo contra la deriva hacia la autocracia y el nacionalismo. Esa deriva continúa, ciertamente, y el reto no es menos urgente. Pero no sospechábamos que el mundo se enfrentaría a un periodo convulso en el plano sanitario, económico, social y político como ninguno de nosotros habíamos visto antes en nuestra vida. Y ahora que se acerca el final de mi mandato como Presidente, estas turbulencias están lejos de remitir: 2020 promete seguir deparándonos sorpresas nada deseables.

Las manifestaciones de la crisis de Covid-19 no son fáciles de interpretar tampoco. En algunos países, los gobiernos que tienden ya al autoritarismo han aprovechado la necesidad de imponer restricciones para prohibir las protestas y reprimir la oposición. En otros, las protestas *contra* las restricciones han enarbolado el lema de la libertad para debilitar las medidas sanitarias, cuestionar la ciencia y poner en riesgo a la población. Las comunidades vulnerables se han visto afectadas por estas dos tendencias. El derecho y la política difícilmente encajan con una pandemia que vuelve peligrosas las interacciones humanas. Estamos luchando por encontrar una perspectiva coherente.

Estos acontecimientos han sido una cura de humildad; ninguno de nosotros puede evitar la frustración, o la introspección. ¿Cómo hemos hecho y cómo seguimos haciendo – como abogados, como profesión, como una organización internacional centenaria – ante las convulsiones que hemos vivido? ¿Qué dirá la historia sobre nuestra respuesta cuando repase las vicisitudes de este año, como seguramente hará?

Desde mi punto de vista privilegiado, aunque sin perspectiva histórica y con inevitable pesar, tenemos mucho de lo que estar satisfechos y también mucho trabajo por delante.

Individualmente, los abogados han dado un paso adelante de muchas formas. Desde asesorar a nuestros clientes con carácter urgente sobre todo tipo de cuestiones jurídicas que plantea la crisis hasta reconfigurar nuestros despachos en cuestión de semanas para poder trabajar desde casa: hemos hecho gala de una gran capacidad de adaptación. Pero no podemos vanagloriarnos por ello; sin duda nuestros clientes, bufetes y compañeros siguen satisfechos e implicados y seguirán poniéndonos a prueba.

Además, la profesión ha demostrado flexibilidad. Las asociaciones de abogados y sus dirigentes se han lanzado en medio de este abismo de incertidumbre a defender unos valores históricos. Han tratado de ayudar a sus miembros a capear el estrés profesional, financiero y social; han alzado su voz contra las duras injusticias que sufren compañeros nuestros como Ebru Timtik y Monferrier Dorval; se han comprometido una vez más a luchar contra el racismo que sigue contaminando nuestros sistemas de justicia; y han ofrecido nuevas formas de pensar en los tribunales y el ejercicio de la abogacía ante los problemas de salud pública. En este sentido todavía tenemos por delante grandes dificultades.

Lo más importante para mí es que nuestra familia de la UIA puede estar orgullosa de cómo nuestra asociación, nuestro personal administrativo de París y todos ustedes

como miembros han respondido ante esta situación tan difícil. En momentos turbulentos como estos es cuando nos damos cuenta del auténtico carácter de una organización, igual que sucede con las personas. Y la UIA ha demostrado ser extraordinariamente resiliente, leal y solidaria. Hemos encontrado la forma de dar vida a nuestra principal misión de reunir a los abogados del mundo: innovando gracias a la tecnología, con videoconferencias y webinarios; utilizando distintos medios de comunicación como podcasts, redes sociales, vídeos y publicaciones; prestando atención a nuestros jóvenes miembros; homenajando a nuestras dirigentes de colegios de abogados mujeres; y reforzando nuestras relaciones con organizaciones homólogas. Y hemos prestado una ayuda significativa a nuestros miembros colectivos ofreciéndoles foros abiertos para intercambiar información, preocupaciones y mejores prácticas.

Nada de esto hubiera sido posible sin la generosidad de espíritu que caracteriza a nuestros miembros y nuestra historia. Casi diez décadas de colegialidad y miles de acciones individuales de dedicación y sacrificio nos han permitido llegar hasta aquí. En pocas palabras, no hay nada tan potente para superar los cambios inesperados y el aislamiento como una amistad y un compromiso duraderos, combinados con una sensación de logro.

Ahora que le paso el testigo a mi sucesor y gran amigo, Jorge Martí, echo la vista atrás con una mezcla de melancolía, sí, sobre lo que podía haber sido, pero también con una enorme gratitud hacia todos ustedes por cómo ha sido realmente. Celebremos juntos el camino que hemos recorrido desde marzo – como abogados, como profesión y como miembros de una asociación próspera – así como los caminos desconocidos que tenemos por delante.

Jerome C. ROTH  
Presidente de la UIA  
[jerome.roth@mt.com](mailto:jerome.roth@mt.com)



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

# UIAmbassadors

UIA SPONSORSHIP PROGRAMME

**Abreu:**  
advogados



**LEWIS  
BRISBOIS**



**URÍA  
MENÉNDEZ**

**Ameth Ba  
Jumanah Behbehani  
Ignacio Corbera Dale  
Ian De Freitas**

**François Moyse  
Pedro Pais de Almeida  
Jerome Roth  
Jacqueline Scott**

**THANK YOU  
MERCI  
GRACIAS**

INTERESTED IN BECOMING A UIAMBASSADOR?  
CONTACT US: [UIACENTRE@UIANET.ORG](mailto:UIACENTRE@UIANET.ORG)





## Message from the Editor-in-Chief

I Nicole VAN CROMBRUGGHE

Given some of the remarks made about the counting of votes during the American presidential election, one cannot help but think that after years of reality fiction, alternative facts and fake news that have led some people to claim that we have entered the post-truth era, the very notion of truth still raises questions.

For what is truth, especially in an era in which some people fear the possible advent of a regime of indifference to truth and even the abolition of its normative value by erasing the divide between true and false?

Indeed, in recent years, a blurring of the distinction between what is true and false has been observed, with the division between truth and falsehoods becoming insignificant insofar as how effective they are in “making people believe” – statements made have a greater impact than the reality of the facts.

The relationship between politics and truth is ambivalent by nature, given the multiplicity of points of view that clash with each other in the public sphere, whereas the truth – whether rational or *de facto* – establishes itself with compelling evidence.

However, in principle, “factual truths”, i.e. mainly historical and social facts, establish themselves and are, in a way, “beyond” consent. Paradoxically, however, it is these truths that generally fall victim to the phenomenon of fake news.

Fake news is frightening as it produces “alternative facts” that no longer put the truth into perspective, but impose a lie that is known to be a falsehood. Moreover, it spreads across social networks at a much higher speed than true information circulates. While a person who is stating a truth tries to erase the subjective aspects that could confound it, post-truth holders undermine it by pointing out that, since it is always upheld by a ‘bearer’, it would always be possible to support a contrary opinion.

In this case, the ballot boxes have spoken, and even with the worst ill will in the world, it will fortunately be difficult to replace their *de facto* truth with an alternative ‘truth’.

It is equally questionable whether the edition of *Juriste* that is before you once again offers you a wide range of information on the life of your association or on the life of the law in the most diverse fields and geographical areas.

After an innovative and dynamic Congress, proving that UIA, under the leadership of its President, was able to brilliantly meet the challenge set by Covid, *Juriste* also demonstrates that, whatever the circumstances, you are always there to bring its columns alive.

This is my last editorial as Editor-in-chief of *Juriste* and it is with pride that I would like to give you a quick tour of the proprietor’s activities.

The “Human Rights and Protection of Lawyers” section has had a particularly heavy dossier to deal with on the death penalty and the crucial importance of access to quality defence, in the context of trials that may lead to such an outcome. Dr. Natalia Antolak-Saper and Sara Kowa present a summary of the report which they had devoted to drug-related offences and the death penalty in Malaysia, together with three other authors and with the support of Harm Reduction International. Nadine Dossou Sakponou has written about violence against women in Benin, stressing the importance of the cultural and educational framework in which women live. As for Bruno Micolano, he takes us on a refreshing diversion into the world of sport.

The “Legal Profession” section focuses on small establishments, their particularities and the difficulties they face. Vinciane Gillet, now President of the Belgian National Committee after having been a very active member of the Council of the French Bar Association of Brussels, devotes a nuanced article to the future of lawyers practising in small establishments, stressing the importance of their adaptation to changes in their environment, particularly in technological matters. Bérange Diot and Véronica Dindo, for their part, examine

the expectations and thoughts of young lawyers, but also the strategies they develop, particularly in terms of professional well-being. This issue has also been addressed, across all age ranges, by Eva Indruchova who stresses the importance of a work-life balance for a successful career.

The “Legal Practice” section is usually extremely well developed and this edition is no exception. The subjects are varied: liberalities in matrimonial matters (Luis Zarraluqui Navarro), the field of art (Philippe Bocquillon and Jaime Eduardo Ortiz Pallares, particularly valuable contributions in these Covid times when many European jurisdictions are being put at a disadvantage in terms of art), animal laws and their growing importance in the United States (Joan E. Schaffner), contractual provisions in financial torts (Jessica Lyn Bartlett), the Singapore Convention on Mediation (Yonca Fatma Yücel), debt recovery for small claims in copyright matters (Joshua L. Simmons and Johannes A. Doerge) and, finally, the impact of the Covid crisis on international commercial contracts (Susanne Margossian and Christoph Öertel).

In conclusion, a special word of thanks to Marie-Pierre Richard and Anne-Marie Villain whose patience, perseverance and professionalism have often worked miracles. Thanks also to the *Juriste*’s team for their efforts to find quality articles. Best wishes to my successor, Barbara Gislason, who is already in the starting blocks and ready to continue climbing mountains so that each *Juriste* edition is better than the previous one.

Nicole VAN CROMBRUGGHE  
Chief Editor – *Juriste International*  
[n.vancrombrughe@fabinter.be](mailto:n.vancrombrughe@fabinter.be)

# Message du rédacteur en chef

I Nicole VAN CROMBRUGGHE

Devant certains propos tenus à l'égard du comptage des voix lors des élections présidentielles américaines, on ne peut s'empêcher de penser qu'après des années de réalité-fiction, d'*alternative facts* et de *fake news* qui ont amené d'aucuns à écrire que nous étions entrés dans l'ère de la post-vérité, la notion même de vérité pose encore et toujours question.

Car qu'est-ce que la vérité, en particulier dans une époque qui fait craindre à certains l'avènement possible d'un régime d'indifférence à la vérité et même de l'abolition de sa valeur normative par l'effacement du partage entre le vrai et le faux ?

On constate, en effet, aux cours des dernières années, un brouillage entre le vrai et le faux, le partage entre vrai et faux devenant insignifiant au regard de l'efficacité du « faire croire » : l'impact du propos prime sur la réalité des faits.

Le rapport de la politique à la vérité est par nature ambivalent compte tenu de la multiplicité des points de vue qui se confrontent dans l'espace public alors que la vérité, qu'elle soit rationnelle ou de fait, s'impose avec une évidence contraignante.

Toutefois, en principe des « vérités de fait », c'est-à-dire principalement des faits historiques et sociaux, s'imposent et elles sont en quelque sorte « au-delà » du consentement. Paradoxalement, ce sont toutefois ces vérités qui font généralement les frais de ce phénomène de *fake news*.

Les *fake news* effraient en fabriquant des « faits alternatifs » qui ne relativisent plus la vérité mais imposent un mensonge qui se sait tel. En outre, il se diffuse sur les réseaux sociaux à une vitesse largement supérieure à celle à laquelle circule une information vraie. Alors que celui qui énonce une vérité s'escrime à effacer la part de subjectivité qui pourrait la parasiter, le tenant de la post-vérité la met à mal en pointant qu'étant toujours le fait d'un porteur, il serait toujours loisible de soutenir un avis contraire.

En l'espèce, les urnes ont parlé et même avec la plus mauvaise volonté du monde, il

sera heureusement difficile de remplacer leur vérité de fait par une « vérité » alternative.

Il est tout aussi peu contestable que l'édition du *Juriste* qui se trouve sous vos yeux vous offre une fois de plus un large éventail d'informations que ce soit sur la vie de votre association ou sur la vie du droit dans les domaines et zones géographiques les plus divers.

Après un Congrès innovant et dynamique, prouvant que l'UIA, sous la conduite de son Président, avait été en mesure de relever avec brio le défi que lui avait lancé la Covid, le *Juriste* lui aussi démontre que, quelles que soient les circonstances, vous répondez présents pour animer ses colonnes.

Ceci est mon dernier éditorial en tant que rédacteur en chef du *Juriste* et c'est avec fierté que je vous en fais rapidement le tour du propriétaire.

La section « droits de l'homme et de la défense » comporte un dossier particulièrement riche sur la peine de mort et l'importance cruciale de l'accès à une défense de qualité dans le contexte de procès pouvant conduire à cette issue. Dr. Natalia Antolak-Saper et Sara Kowa présentent un résumé du rapport qu'elles ont consacré, avec trois autres auteurs et avec l'appui de *Harm Reduction International*, aux infractions liées aux drogues et à la peine de mort en Malaisie. Nadine Dossou Sakponou nous parle, quant à elle, des violences faites aux femmes, au Bénin en soulignant l'importance du cadre culturel et éducationnel dans lequel les femmes évoluent. Quant à Bruno Micolano, il nous fait faire un détour rafraîchissant dans le monde du sport.

Dans la rubrique « Profession d'avocat », pleins feux sur les petites structures, leurs particularités et les difficultés auxquelles elles sont confrontées. Vinciane Gillet, aujourd'hui Présidente du comité national belge après avoir été un membre très actif du conseil de l'Ordre du Barreau français de Bruxelles, consacre un article en demi-teintes sur l'avenir des avocats exerçant en petites structures en soulignant l'importance de leur adaptation à l'évolution

de leur environnement en particulier en matière technologique. Bérange Diot et Véronica Dindo, de leur côté, examinent les attentes et les réflexions des jeunes avocats mais aussi les stratégies qu'ils développent notamment en termes de bien-être professionnel. Cette question est également abordée, toutes gammes d'âge confondues, par Eva Indruchova qui souligne l'importance de l'équilibre travail-vie privée pour une carrière réussie.

La rubrique « Pratique du droit » est généralement extrêmement nourrie et cette édition ne fait pas exception à la règle. Les sujets sont variés : les libéralités en matière matrimoniale (Luis Zarraluqui Navarro), le domaine de l'art (Philippe Bocquillon et Jaime Eduardo Ortiz Pallares, contributions particulièrement précieuses en ces temps de Covid où de nombreuses juridictions européennes se voient mises à la portion congrue en termes d'art), le droit animalier et son importance grandissante aux USA (Joan E. Schaffner), les dispositions contractuelles en matière de délits financiers (Jessica Lyn Bartlett), La Convention de Singapour sur la médiation (Yonca Fatma Yücel), les récupérations de créances dans le cadre de petites actions en matière de droit d'auteur (Joshua L. Simmons et Johannes A. Doerge) et enfin l'impact de la crise Covid sur les contrats commerciaux internationaux (Susanne Margossian et Christoph Örtel).

Au moment de conclure, un mot de remerciement tout particulier à Marie-Pierre Richard et Anne-Marie Villain dont la patience, la persévérance et le professionnalisme ont souvent fait des miracles. Merci aussi à l'équipe du *Juriste* pour les efforts consentis afin de trouver des articles de qualité. Bonne route à mon successeur, Barbara Gislason, dans les *starting blocks* et prête à continuer à soulever des montagnes pour que chaque édition du *Juriste* soit meilleure que la précédente.

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

# Mensaje del Redactor Jefe

I Nicole VAN CROMBRUGGHE

Ante las declaraciones sobre el recuento de votos en las elecciones presidenciales de Estados Unidos, es inevitable pensar que tras años de realidad-ficción, de *alternative facts* y de *fake news*, que han llevado a algunos a escribir que habíamos entrado en la era de la posverdad, la noción misma de verdad sigue planteando interrogantes.

Porque ¿qué es la verdad, especialmente en una época que hace temer a algunos el posible advenimiento de un régimen de indiferencia a la verdad e incluso la abolición de su valor normativo cuando se difumina la línea que separa lo verdadero y lo falso?

Efectivamente, durante los últimos años observamos interferencias entre lo verdadero y lo falso, y la división entre lo verdadero y lo falso se vuelve insignificante ante la eficacia del «hacer creer»: el impacto de la palabra prima sobre la realidad de los hechos.

La relación de la política con la verdad es ambivalente por naturaleza teniendo en cuenta la multiplicidad de puntos de vista que se enfrentan en el espacio público mientras la verdad, ya sea racional o de hecho, se impone con una evidencia apremiante.

Sin embargo, en principio, las «verdades de hecho» – principalmente hechos históricos y sociales – se imponen y en cierto modo van «más allá» del consentimiento. Pero paradójicamente estas verdades son las que más acusan este fenómeno de *fake news*.

Las *fake news* asustan fabricando «hechos alternativos» que ya no relativizan la verdad sino que imponen una mentira a sabiendas de que lo es. Además, se propagan en las redes sociales a una velocidad muy superior a la que circula una información verdadera. Mientras que quien enuncia una verdad se esfuerza en desechar la parte de subjetividad que pudiera alterarla, quien es partidario de la posverdad la vapulea apuntando que a partir del momento en que la emite una persona, estaría permitido apoyar una opinión contraria.

En este caso, las urnas han hablado y afortunadamente, incluso con la peor

voluntad del mundo, será difícil sustituir su verdad de hecho por una «verdad» alternativa.

Es poco contestable también que la edición del *Juriste* que tienen ante sí les ofrece una vez más un amplio abanico de información sobre la vida de la asociación y sobre la vida del derecho, en las especialidades y en las zonas geográficas más diversas.

Tras un Congreso innovador y dinámico, que demuestra que la UIA, liderada por su Presidente, estaba en condiciones de afrontar brillantemente el reto que planteaba la crisis de COVID, el *Juriste* demuestra también que, sean cuales sean las circunstancias, ustedes responden a la llamada para animar estas columnas.

Este es mi último editorial como Redactora Jefa y me llena de orgullo mostrarles rápidamente lo que encontrarán aquí.

La sección «Derechos Humanos y de la Defensa» incluye un dossier de gran interés sobre la pena de muerte y la importancia crucial del acceso a una defensa de calidad en el contexto de los procesos que puedan conducir a ella. La Dra. Natalia Antolák-Saper y Sara Kowa presentan un resumen del informe que han dedicado, junto con otros tres autores y con el apoyo de *Harm Reduction International*, a las infracciones asociadas a las drogas y la pena de muerte en Malasia. Nadine Dossou Sakponou nos habla de la violencia contra las mujeres en Benín y destaca la importancia del contexto cultural y educativo de las mujeres. Bruno Micolano nos lleva al mundo del deporte para un tonificante cambio de tercio.

En la sección «Abogacía», nos fijamos en las pequeñas estructuras, sus particularidades y las dificultades a las que se enfrentan. Vinciane Gillet, hoy Presidenta del Comité Nacional belga tras haber sido un miembro muy activo de la junta de gobierno de la sección francófona del Colegio de Abogados de Bruselas, dedica un artículo a las luces y sombras del futuro de los abogados que ejercen en pequeñas estructuras y destaca la importancia de que se adapten a la

evolución de su entorno, en particular en materia de tecnología. Bérange Diot y Véronica Dindo, por su parte, examinan las expectativas y las reflexiones de los jóvenes abogados, así como las estrategias que desarrollan en lo que a bienestar profesional se refiere. Esta cuestión también la aborda para todos los rangos de edad Eva Idruchova, que pone de manifiesto la importancia del equilibrio entre trabajo y vida personal para una carrera exitosa.

La sección «Ejercicio de la Abogacía» suele estar bien nutrida y este número no es una excepción a la regla. Los temas son variados: las liberalidades en materia matrimonial (Luis Zarraluqui Navarro), el ámbito del arte (Philippe Bocquillon y Jaime Eduardo Ortiz Pallares, contribuciones especialmente útiles en estos tiempos de Covid en que muchas jurisdicciones europeas se ven reducidas al mínimo en cuestión de arte), el derecho animal y su creciente importancia en los EE.UU. (Joan E. Schaffner), las disposiciones contractuales en materia de delitos financieros (Jessica Lyn Bartlett), la Convención de Singapur sobre la mediación (Yonca Fatma Yücel), las recuperaciones de créditos en el marco de las pequeñas acciones en materia de derechos de autor (Joshua L. Simmons y Johannes A. Doerge) y, por último, el impacto de la crisis de Covid en los contratos comerciales internacionales (Susanne Margossian y Christoph Öertel).

Para concluir, deseo expresar mi especial agradecimiento a Marie-Pierre Richard y Anne-Marie Villain cuya paciencia, perseverancia y profesionalidad han obrado milagros a veces. Gracias también al equipo del *Juriste* por los esfuerzos realizados para encontrar artículos de calidad. Mis mejores deseos para mi sucesora, Barbara Gislason, que está ya en la línea de salida, lista para mover montañas y hacer que cada edición del *Juriste* sea mejor que la anterior.

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



# UIA News

## Actualités de l'UIA

### Novedades de la UIA





## The UIA in Trieste, Italy

**Science & Law: International Law Answers to Scientists' Current Challenges**

**I Alberto PASINO**

From September 2 to 5, Trieste hosted the European Science Open Forum (ESOF), a biennial, pan-European, general science conference dedicated to scientific research and innovation. This conference was aimed at delivering stimulating content and lively debate around the latest advancements and discoveries in the sciences, humanities, and social sciences. It brought together over 4,500 leading thinkers, innovators, policy makers, journalists, and educators from more than 90 countries to discuss current and future breakthroughs in contemporary science.

The event attracted – with physical or remote attendance – leading scientists, early careers researchers, business people, policy makers, science and technology communicators, and the general public to Trieste. Alongside with the Forum, the Science in the City Festival was held between July 5, and Autumn 2020, creating a unique framework in which science animated the city.

Trieste was chosen by the ESOF due to the very high-level research conducted in the city. Trieste is a seaport in the north-eastern part of Italy located at the head of the Gulf of Trieste on the Adriatic Sea. With a population of around 200,000, Trieste hosts more than 30 national and international centres and companies working in research and higher education, 5,000 permanent foreign scientists, and some 13,000 students and researchers. The international press (*Financial Times* and *New York Times*, to name a few) have long elected it among the most interesting international tourist destinations, considering it a unique city and a fascinating place to visit.

It is not the typical Italian city you may expect to visit. Trieste has maintained its cultural diversity because of its heterogeneous history and the different ethnic groups that live there. From 1382 to 1918, Trieste flourished as part of Austria, when it was considered a capital of literature and music and one of the most prosperous Mediterranean seaports, thanks to its free port status established by Charles VI in 1719.

It is still in force pursuant to the Annex VIII to the 1947 Paris Peace Treaty and the Memorandum of Understanding signed in London in 1954. However, the collapse of the Austro-Hungarian Empire and Trieste's annexation to Italy after World War I led to a decline in its economic and cultural importance. Now, thanks to the fall of the Iron Curtain and the vigorous resumption of trade along the silk road, the city is regaining its strategic and commercial position.

The UIA Organizing Committee (Olaf Hartenstein, Paolo Lombardi, Simona Matta, and Alberto Pasino, all current or former Officials of the UIA) decided to seize the opportunity offered by this scientific Forum and organized five events (four webinars and a hybrid event), bringing together scientists and legal experts from all over the world to discuss and debate key areas of common interest.

The Organizing Committee believes that scientific progress runs the risk of being hampered by laws conceived in less scientifically advanced times. The world is changing at an incredibly fast pace and the legal community is struggling to evolve at the same speed. Emerging technologies and scientific discoveries are raising novel legal issues and rapidly transforming both the substance and practice of law in almost every area. From artificial intelligence to gene editing, from autonomous systems to telemedicine, the seminar addressed the ethical, legal, regulatory, and political issues that surround the emergence of new technologies and scientific progress.

The approach chosen was to give centrality to the scientists – who were selected thanks to the active cooperation of the organizers of the ESOF and the speakers who intervened during the Forum – asking them to identify the issues in their field of research that are in greater need of solutions offered by the law. After the first presentations by scientists, legal experts specializing in the same subject from all over the world provided answers to the issues posed by the scientists.

The subjects identified for the different webinars, thanks to the support of the ESOF, were AI and Robotics (*"Unmanned Vessels: from Automation to Autonomy – Legal & Ethical Implications"*), Genetics (*"Liberty, Identity, Laws in a World of Genes and Genomes"*), Telemedicine (*"Telemedicine at a Tipping Point: The pandemic accelerated its spread, but what legal changes are needed to secure its successful future?"*) and Environment and Climate (*"Environmental Protection and Climate Change – (How) can law respond to scientific challenges?"*). Those events were officially included by the ESOF among its satellite events. The event that took place in the afternoon of September 5 (*"Lawyers and Scientists: what can they teach each other?"*), in which five speakers reported the contents of the four webinars to the scientific press and to the public, was part of the Science in the City Festival and was broadcasted live on YouTube. All events were sponsored by Zunarelli e Associati Law Firm, in Trieste, Italy.

The message that emerged in all four webinars was the same: the dialogue between science and law has always been very active, albeit in the difficulties provided by specific problems, such as for example (in the field of genetics) the effort of finding a common language. What is missing to solve the issues that hinder the full enjoyment of the results offered by scientific research to epochal problems (such as those related to the spread of viruses, climate change, and a fruitful use of the enormous resources connected to artificial intelligence) is a series of courageous legislative policy interventions offering uniform solutions at an international level. As Janice Mulligan (Chair of the UIA Health Law Commission) reminded us, science is borderless; therefore the solution to the problems that afflict the planet should also have a similar supranational and uniform character.

Alberto PASINO  
President, UIA Transport Law Commission  
Zunarelli e Associati  
Trieste, Italy  
[alberto.pasino@studiozunarelli.com](mailto:alberto.pasino@studiozunarelli.com)



## La Journée des Femmes Leaders des Barreaux

■ Elisabeth ZAKHARIA SIOUFI

L'UIA a lancé en septembre 2020, à l'initiative du Président Jerome Roth et en vue de renforcer la présence et le rôle de la femme avocate dans la profession, la *Journée des Femmes Leaders des Barreaux*.

Cet évènement organisé par Jerome Roth et Elisabeth Zakharia Sioufi s'est déroulé virtuellement, en raison du Covid 19, en trois versions : en français le 9 septembre, en anglais le 16 septembre et en espagnol le 23 septembre.

Ces trois séminaires ont réuni quinze oratrices de différents pays, toutes leaders dans leur barreau, qui se sont distinguées par leur parcours professionnel exceptionnel, leur courage à affronter et relever les défis, leur combativité et leur motivation à persévérer malgré les difficultés rencontrées, mais aussi leur humilité et surtout leur désir de partager leur expérience avec les jeunes avocates et de les accompagner dans leur progression au sein de la profession.

La session en français, modéré par Elisabeth Zakharia Sioufi, avocate au barreau de Beyrouth et ancienne Présidente de la Commission des droits de l'homme de l'UIA, a accueilli comme oratrices :

- Christiane Féral-Schuhl, Présidente du Conseil National des Barreaux (CNB) et ancien Bâtonnier du Barreau de Paris,
- Marie-Aimée Peyron, Bâtonnier du Barreau de Paris (2018-2019) et actuelle Présidente du Comité de Liaison des Institutions Ordinales en France,
- Ouafya Sidhoum, Bâtonnier du Barreau de Bouira en Algérie et première et unique femme Bâtonnier d'Algérie et du Maghreb,
- Laurence Bory, Première femme Présidente de l'UIA et aujourd'hui Présidente d'honneur de l'UIA, Genève
- Dorothée Le Fraper du Hellen, Avocate au Barreau de Montpellier, Chef du Bureau de la Défense du Tribunal Spécial pour le Liban à La Haye, nommée à ce poste par le Secrétaire Général de l'ONU.

La deuxième session, en anglais, modérée par Kathleen Heycock, avocate à Londres, a réuni les oratrices :

- Patricia Lee Refo, Présidente de l'American Bar Association (ABA), Phoenix
- Amanda Pinto QC, Présidente du Bar of England and Wales, Londres
- Paola Fudakowska, Présidente Sortante de l'Association Internationale des Jeunes Avocats (AIJA), FCO Legal Directorate, Londres
- Stephanie Boyce, Vice-Présidente Adjointe de la Law Society of England and Wales, Londres
- Melissa K. Pang, Présidente of the Law Society of Hong Kong, Hong Kong

Les oratrices du troisième séminaire, en espagnol, modéré par Ana Maria Kudisch Castello, avocate à Mexico, étaient :

- Eugenia Gay-Rosell, Bâtonnier de l'illustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, Co-Directrice des Membres Collectifs de l'UIA, Barcelone
- Claudia De Buen Unna, Vice-Présidente de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Mexico
- Leonor Etcheberry, Vicepresidente du Colegio de Abogados de Chile, Santiago

- Silvia Giménez-Salinas, Présidente de la Fédération des Barreaux d'Europe (FBE), Barcelone
- Urquiola De Palacio Del Valle De Lersundi, Madrid, Vice-Présidente de l'UIA, élue lors du dernier congrès annuel qui s'est tenu sous forme virtuelle du 28 au 30 octobre 2020.

Dans son allocution d'ouverture, Jerome Roth a mentionné qu'il avait eu l'occasion de rencontrer la plupart des oratrices lors de ses voyages durant les premiers mois de son mandat de Président avant la pandémie de Covid-19, et combien il avait été impressionné par ces femmes d'exception. Il avait donc trouvé essentiel de les honorer pour ce qu'elles ont accompli et de les reconnaître comme des modèles pouvant inspirer et motiver les jeunes générations d'avocats, ajoutant que promouvoir la place de la femme dans des positions de leadership était l'un des objectifs fondamentaux de l'UIA.

Les oratrices ont décrit, avec des mots empreints de passion et d'enthousiasme, les raisons de leur choix de cette profession, les difficultés qu'elles ont rencontrées dans leur parcours professionnel et comment elles ont pu les surmonter sans jamais se décourager.





Elles ont parlé du moment crucial où elles ont décidé « d'y aller » et de se présenter aux élections pour la Présidence du Barreau ou d'une association internationale d'avocats ou de déposer leur candidature à un poste de direction.

Elles ont exposé les problèmes auxquels il fallait impérativement remédier afin de renforcer le rôle des femmes avocates, et ont proposé les moyens qu'elles considéraient adéquats à cet effet. Elles ont également invité et encouragé les avocates à être plus actives au sein des barreaux en s'engageant fermement et en s'impliquant davantage dans leurs activités, sans jamais douter de leurs capacités, l'une des conditions pour accéder à une position de leadership performant étant la confiance en soi.

Garantir l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée était l'un des sujets vivement débattus par les oratrices et il s'est avéré que, même si cela n'était pas toujours facile, les femmes avocates arrivaient à s'organiser de façon à bien remplir leurs obligations dans les deux cas et qu'il fallait que cela soit désormais reconnu par la profession.

Les discussions ont porté sur la participation souhaitée et requise de l'UIA dans la promotion du rôle de la femme avocate, et c'est d'ailleurs, suite à ces séminaires, qu'a été créé le Comité des Femmes de l'UIA.

Elisabeth ZAKHARIA SIOUFI  
Présidente du Comité des Femmes de l'UIA  
Elisabeth Zakharia Sioufi  
Jdeidet El Metn, Liban  
elisabethsioufi@gmail.com

**Note :** Ces sessions sont disponibles en replay sur le site de l'UIA : [www.uianet.org](http://www.uianet.org)



International Association  
of Lawyers

# UIA NEW SEASON!



### UIA VIRTUAL CONGRESS

UIA invites you to relive our journey around the legal world: Our 3 main themes and +30 virtual sessions are still available until November 30 to our participants on our Replay channel and upon registration for those wishing to experience a virtual congress.



---



### WOMEN LEADERS OF THE BAR DAY

Our premier series of three free webinars dedicated to extraordinary women bar leaders is still available on the UIA Youtube channel. Hear from eminent leaders of bar associations and international organizations around the globe.

---



### SPECIAL BAR ASSOCIATIONS EVENTS

Webinars and Open Forums specially designed for our member Bar Associations and Professional Organisations.  
Themes: Reopening Post-COVID, Ensuring Quality Legal Services, E-Courts, Mental Health at Work, etc.

---



### UIACOFFEECHATS

Our virtual coffee breaks are back! 30 minutes to meet over coffee with our UIA President and fellow UIA colleagues.  
Each Tuesday 4pm CET!



---



### UIA PUBLICATIONS PODCASTS

New audio series presenting the latest titles of the UIA / LexisNexis Publications Collection. These podcasts offer interviews with editors or authors who present the own editorial line of these books.  
Check out our growing library of other Podcasts including our Special COVID-19 series.



---



### #UIACHECKINFLASH VIDEOS

One minute videos from our members and UIA officials on life and work in the time of COVID. Film yourself and send us your video to be uploaded on our UIA website.



---



### JURISTE INTERNATIONAL

Our online Fall issue will feature articles on COVID-19, practice in small law firms, intellectual property, art market, wellness at work, death penalty issues, and many other other subjects.

---



### NEWSLETTER UIA

UIA Newsletter is on its way. It will focus on our virtual congress along important information for lawyers around the world. Watch for it in your email inbox.



---



### UIA ADVANCE

Join our exclusive law firm option for international networking.

---



### 2019 ANNUAL REPORT

The 2019 annual report returns to provide an overview of a year rich in activities. Relive these UIA moments in figures and images.



---



### 2020 MEMBERS DIRECTORY

Last but not least, the 2020 members directory is being finalized. In these challenging times, what is more important than seeing and staying in touch with your community?

## NEXT EVENTS

- NOVEMBER 11: UIACAPSULE - INVESTMENTS IN BRAZIL
- NOVEMBER 25: EVENT FOR BAR LEADERS - MANAGING STRESS IN DIFFICULT TIMES
- DECEMBER 7: UIACAPSULE - BLANCHIMENT DES CAPITAUX ET FINANCEMENT DU TERRORISME



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







# The Death Penalty for Drug Offenders: The Malaysian Experience



**A Summary of the Report Entitled Drug Offences and the Death Penalty in Malaysia: Fair Trial Rights and Ramifications<sup>1</sup>**

**Dr Natalia ANTOLAK-SAPER  
& Ms Sara KOWA**

On August 15, 2020, de facto Law Minister Datuk Takiyuddin Hassan told the Malaysian Parliament that there are currently 1324 prisoners on death row in Malaysia,<sup>2</sup> an increase of 44 prisoners since December 2019.<sup>3</sup> This confirmed that despite the full moratorium on executions being imposed by the Pakatan Harapan Government in July 2018,<sup>4</sup> and that Government's subsequent commitment to abolish the death penalty – a commitment announced on World Day Against Death Penalty on October 10, 2018<sup>5</sup> – the Malaysian Courts are continuing to sentence people to death.

In early February 2020, a detailed report arising from the findings of a Special Committee to Review Alternative Sentences to the Mandatory Death Penalty formed by the Pakatan Harapan Government was submitted to the Parliament.<sup>6</sup> Several weeks later, the Pakatan Harapan government was ousted when a number of political parties combined to claim majority seats and formed a new government. This resulted in the resignation of Prime Minister Mahathir Mohamad and appointment of Prime Minister Muhyiddin Yassin, leading the Perikatan Nasional party.

Whilst the Special Committee report has yet to be released to the public, de facto Law Minister Datuk Takiyuddin Hassan has stated that “the final report contains recommendations on alternative punishments for 11 offences that carry mandatory death sentences, offences under the Dangerous Drugs Act...and 21 offences that carry the discretionary death sentence.”<sup>7</sup> The Special Committee report is expected to be presented to Cabinet to review and

‘the findings are expected to answer the debate on whether the government will propose amending the punishment for drug trafficking...so that punishments will be given based on the facts of each case.’<sup>8</sup>

On August 13, 2020, in the decision of *Bosman; Gomez; Hawkes; and Pubalan s/o*

means that Parliament ought to consider and debate the Special Committee's report.<sup>13</sup> Mah explained that if the government abolished the mandatory death penalty, each of the prisoners would undergo a new sentencing process to determine ‘a fit and proper alternative sentence to be imposed by the court’.<sup>14</sup>

The analysis includes case studies and interviews with Malaysian trial lawyers who have significant experience in capital defence cases.

*Peremal v Public Prosecutor*,<sup>9</sup> the Federal Court heard four appeals concurrently which raised “constitutional issues and issues of paramount public interest pertaining to mandatory death penalty”<sup>10</sup>. The appeals related to three foreign national appellants (Bosman, Gomez and Hawkes) who were sentenced to death for trafficking in dangerous drugs in contravention of section 39<sup>B</sup> of the *Dangerous Drugs Act 1952* and one Malaysian national appellant (Pubalan s/o Peremal) who was sentenced to death for the offence of murder pursuant to section 302 of the *Malaysian Penal Code*.<sup>11</sup> The appellants submitted several fair trial matters to the Federal Court for its consideration. However, the majority of the Federal Court held that the abolition of the mandatory death penalty is a prerogative of Parliament.<sup>12</sup>

This, according to Malaysian Human Rights Commissioner Datuk Mah Weng Kwai,

Should Malaysian Parliament decide to abolish the current mandatory death penalty for those convicted of drug related offences, the potential impact of those on death row would be significant. Of the 1324 death row prisoner, 918 people were sentenced to death for drug trafficking;<sup>15</sup> an offence that, according to the International Covenant on Civil and Political Rights, does not warrant the imposition of the death penalty as it does not satisfy the threshold of ‘most serious crimes’. In fact, many have argued that the imposition of the death penalty for drug related offences is not only unjustified according to international drug-control conventions but also has the potential to undermine effective transnational cooperation against drug trafficking. Further, as the United Nations Human Rights Office of the High Commissioner has reported, death penalty sentences “continue to be imposed in violation of major international standards, including the right to a fair trial...”<sup>16</sup>

The *Drug Offences and the Death Penalty in Malaysia: Fair Trial Rights and Ramifications* report examined whether those accused with capital offences in Malaysia were provided with the highest level of procedural fairness and access to justice that international norms require. The report considers specific fair trial guarantees and safeguards that are enshrined both in Malaysian legal framework and the international human rights framework and uses these as a guide to critically analyse the experience of death penalty trials in Malaysia concerning drug trafficking offenders. The analysis includes case studies and interviews with Malaysian trial lawyers who have significant experience in capital defence cases.

The report found that the drug trafficking provisions in the *Dangerous Drugs Act 1952* are problematic. In particular there are four issues of concern:<sup>17</sup>

1) Section 39<sup>B</sup>(1) of the *Dangerous Drugs Act 1952* was amended in November 2017 to allow for judicial discretion in imposing the death penalty for drug offenses in very limited circumstances.<sup>18</sup> These circumstances are set out in S39<sup>B</sup>(2)(A), however the wording of the section is unclear as to what combination of criteria have to be satisfied in order for the provision to apply;<sup>19</sup>

2) Section 39<sup>B</sup>(2<sup>A</sup>)(d) of the *Dangerous Drugs Act 1952* requires the accused to provide assistance to enforcement agencies 'in disrupting drug trafficking activities within or outside Malaysia', resulting in enforcement agencies inadvertently gaining judicial power;<sup>20</sup>

3) The reforms, which are intended to be beneficial to defendants, were not made retrospective;<sup>21</sup> and

4) The drug trafficking provisions may undermine the presumption of innocence through the use of 'double presumptions'.<sup>22</sup> Despite the fact that the decision of *Atienza v Public Prosecutor*<sup>23</sup> was handed down by the Federal Court in April 2019, the Malaysian Parliament has yet to address this ruling by amending the legislation. This means that accused may still being arraigned and convicted under a section of a statute that has been found to be unconstitutional. More importantly, a number of people convicted under this unconstitutional section remain on death row. Finally, in *Atienza*<sup>24</sup> the



The defence is particularly prevalent amongst the most vulnerable of the death-row population, notably foreign nationals who are female.

Federal Court prohibited the use of the double presumption but did not make any findings on the constitutionality of a single presumption.

A number of drug trafficking death penalty cases were analysed in the report. Amongst these decisions are some common narratives, including the fact that almost in all of the decisions, the offender had been convicted of drug trafficking through the use of the "double presumptions". An overwhelming majority of the cases raised the defence of innocent carrier.<sup>25</sup> Typically, these decisions focused on the fact that the offender was a 'drug mule/carrier'; conduct that is presented by defence counsel as mitigating evidence, which has little weight when most of these cases are subject to the mandatory death penalty. The defence is particularly prevalent amongst the most vulnerable of the death-row population, notably foreign nationals who are female<sup>26</sup>. These persons, as her Ladyship Nallini Pathmanathan identifies in her dissent in the decision of *Bosman; Gomez; Hawkes; and Pubalan s/o Peremal v Public Prosecutor*,<sup>27</sup> are at the 'bottom of the pyramid'<sup>28</sup> in the hierarchy of offending.

A number of recommendations were made in the report, arising from the findings. The report called for all mandatory death sentencing cases to be reviewed to allow sentencing judges to properly consider the individual circumstances surrounding an offence and principles of specific and general deterrence in line with the principle of individualised justice. Her Ladyship Nallini Pathmanathan, in her dissenting judgment, demonstrated the range of circumstances in which someone may be charged with and convicted of drug trafficking:

*"By way of example, convictions in the court range from persons who are routinely referred to as "drug mules", who carry relatively small quantities of a proscribed drug, due to impecuniosity, ignorance or desperation to, at the other extreme, persons who strategise, plan and set up drug "factories" at various hidden locations with a view to 'cooking' or manufacturing huge quantities of a cocktail of drugs, for consumption by large segments of the public, and who earn vast profits from their illicit activities. In between these two extremes are persons who "traffic" for a variety of reasons with different levels of culpability. Notwithstanding these huge disparities in the circumstances of the commission of the offence, the quantity*

*involved and the types of persons involved, they are all grouped together in one large class as 'traffickers' who are all consequently subject to the sole mandatory punishment of death.*<sup>29</sup>

The report also recommended that the right to communicate with a lawyer be provided to an accused at the arrest stage and that legal aid be adequately funded to ensure legal representation at all stages of the trial. Access to lawyers and fair trial guarantees are essential components of a criminal justice system; and more so here, given that death row population in Malaysia has encountered significant socio-economic, nationality and language barriers. Given the Federal Court has now clearly indicated that the issue of abolition of mandatory death sentencing is an issue for Parliament – and de facto Law Minister Datuk Tajikuddin Hassan has indicated that the Cabinet will be imminently considering the Special Committee report – this is certainly an opportunity for the Malaysian Government to, as the report states, ‘consider the international jurisprudence emerging from the right to life and the right to fair trial and join the global trend to abolish the death penalty for all offences.’<sup>30</sup>

Dr Natalia ANTOLAK-SAPER  
Lecturer, Faculty of Law, Monash University  
Melbourne, Australia  
Natalia.Antolak-Saper@monash.edu

Ms Sara KOWA  
Manager, Anti-Death Penalty Clinic  
Faculty of Law, Monash University  
Melbourne, Australia  
sara.kowal@monash.edu

1. The report was based on a joint research project of Monash University Law School, the Monash University Anti-Death Penalty Clinic, Monash University Malaysia and ADPAN (Anti-Death Penalty Asia Network) funded by Harm Reduction International. For a full version of the report, see, Natalia Antolak-Saper, Sara Kowal, Samira Lindsey, Ngeow Chow Ying, and Thaatchayini Kananatu, ‘Drug Offences and the Death Penalty in Malaysia: Fair Trial Rights and Ramifications’ (2020) ([https://www.monash.edu.my/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0007/2214196/Monash-University-Report.pdf](https://www.monash.edu.my/__data/assets/pdf_file/0007/2214196/Monash-University-Report.pdf)).

2. ‘Cabinet to mull scrapping death penalty for drug offences’, The Malaysian Reserve, (online, 25 August 2020).

3. In December 2019, 1280 people were on death row in Malaysia Question and Answer, 2 December 2019 (English Translation) (document on file with authors).

4. Richard C Paddock, ‘Malaysia to Repeal Death Penalty and Sedition Law’, New York Times (online, 11 October 2018).

5. Ida Nadirah Ibrahim, ‘Minister: Putrajaya to Abolish Death Penalty’, Malay Mail (online, 10 October 2018)

6. ‘Minister: Special Committee Submits Report on Death Penalty Alternative Sentences’ Malay Mail (online, 11 February 2020)

7. ‘Cabinet to mull scrapping death penalty for drug offences’, The Malaysian Reserve, (online, 25 August 2020).

8. Ibid.

9. Bosman; Gomez; Hawkes; and Pubalan s/o Peremal v Public Prosecutor; Federal Court of Malaysia, 13 August 2020 (online) [http://ejudgment.kehakiman.gov.my/ks\\_builtin/file\\_dispatcher\\_pub.php?id=10613&key=8ec741c8522eb86b44539958947dfa76](http://ejudgment.kehakiman.gov.my/ks_builtin/file_dispatcher_pub.php?id=10613&key=8ec741c8522eb86b44539958947dfa76).

10. Ibid.

11. Ibid [2]-[3].

12. Ibid.

13. ‘Court’s decision to abolish death penalty should be dealt by Parliament, says Suhakam commissioner’ The Star (online, 15 August 2020).

14. Ibid.

15. ‘Cabinet to mull scrapping death penalty for drug offences’, The Malaysian Reserve, (online, 25 August 2020).

16. ‘Death penalty disproportionately affects the poor; UN rights experts warn’ World Day Against the Death Penalty Tuesday 10 October 2017, <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22208&LangID=E>.

17. Natalia Antolak-Saper, Sara Kowal, Samira Lindsey, Ngeow Chow Ying, and Thaatchayini Kananatu, Drug Offences and the Death Penalty in Malaysia: Fair Trial Rights and Ramifications, (2020) [Part 4.1] ([https://www.monash.edu.my/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0007/2214196/Monash-University-Report.pdf](https://www.monash.edu.my/__data/assets/pdf_file/0007/2214196/Monash-University-Report.pdf)).

18. NST Team, No More Mandatory Death Sentence Soon As Amendments to Dangerous

Drugs Act Passed in Parliament, New Straits Times (online, November 30, 2017).

19. Natalia Antolak-Saper, Sara Kowal, Samira Lindsey, Ngeow Chow Ying, and Thaatchayini Kananatu, Drug Offences and the Death Penalty in Malaysia: Fair Trial Rights and Ramifications (2020) [Part 4.1] ([https://www.monash.edu.my/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0007/2214196/Monash-University-Report.pdf](https://www.monash.edu.my/__data/assets/pdf_file/0007/2214196/Monash-University-Report.pdf)).

20. Ibid.

21. Ibid.

22. Ibid.

23. Alma Nudo Atienza v Public Prosecutor [2019] 5 CLJ 780.

24. [2019] 5 CLJ 780.

25. Defined as “a state of affairs where an accused person acknowledges carrying for example a bag or a box containing the dangerous drugs but disputes having knowledge of the drugs”: Venkatesan Chinnasami v PP [2011] 1 LNS 1736.

26. Jennifer Fleetwood and Lizzie Seal Women, Drugs and the Death Penalty: Framing Sandiford (2017) 56(3) Howard Journal of Crime and Justice 360.

27. Federal Court of Malaysia, August 13, 2020 (online) [http://ejudgment.kehakiman.gov.my/ks\\_builtin/file\\_dispatcher\\_pub.php?id=10613&key=8ec741c8522eb86b44539958947dfa76](http://ejudgment.kehakiman.gov.my/ks_builtin/file_dispatcher_pub.php?id=10613&key=8ec741c8522eb86b44539958947dfa76)

28. Bosman; Gomez; Hawkes; and Pubalan s/o Peremal v Public Prosecutor Federal Court of Malaysia, August 13, 2020 (online) [http://ejudgment.kehakiman.gov.my/ks\\_builtin/file\\_dispatcher\\_pub.php?id=10613&key=8ec741c8522eb86b44539958947dfa76](http://ejudgment.kehakiman.gov.my/ks_builtin/file_dispatcher_pub.php?id=10613&key=8ec741c8522eb86b44539958947dfa76) per Ibid at [85]-[86] per Ladyship Nallini Pathmanathan.

29. Ibid.

30. Natalia Antolak-Saper, Sara Kowal, Samira Lindsey, Ngeow Chow Ying, and Thaatchayini Kananatu, Drug Offences and the Death Penalty in Malaysia: Fair Trial Rights and Ramifications (2020) 39 ([https://www.monash.edu.my/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0007/2214196/Monash-University-Report.pdf](https://www.monash.edu.my/__data/assets/pdf_file/0007/2214196/Monash-University-Report.pdf))



# Access to counsel: a matter of life or death



Graphic Design : Cédric Gatillon / HM Studio © 2020

**On 10 October 2020, the World Coalition Against the Death Penalty and abolitionist organizations around the world celebrated the 18<sup>th</sup> World Day Against the Death Penalty. This year the World Day was dedicated to the right to effective legal representation during all stages of arrest, detention, trial and post-trial – a pillar in the right to a fair trial.**

Without access to effective legal representation during those stages, due process cannot be guaranteed. In a capital case, the consequences that can arise from a lack of effective legal representation can be nothing less than the difference between life and death.

Since the late 1970s, the global abolitionist movement has won numerous and crucial victories. Today, 142 countries<sup>(1)</sup> are abolitionist in law or practice, representing more than two thirds of the world's countries. According to Amnesty International's 2020 annual report, at least 26,604 people were known to be under a sentence of death worldwide at the end of 2019.

Most countries in their national law provide, in some capacity, the right to counsel. On the international and regional levels, the right to legal representation is enshrined in most human rights instruments. Unfortunately this right is too often violated, as examples from around the world show the obstacles that can arise: defense lawyers lack sufficient time to confer with their client or prepare a case before trial; legal aid and prosecution lawyers are overburdened with case work and lack capacity; lawyers working at risk to their own lives in hostile environments; inexperienced lawyers compelled to represent capital cases; lawyers paid inadequate sums for their work and lacking budget for basic

---

(1) Amnesty International, 2020. Global Report. Death sentences and executions 2019.  
<https://www.amnesty.org/en/documents/act50/1847/2020/en/>

# th

expenses, and many more reasons. Whatever the reason, the importance of a lawyer who has the tools, experience and resources to be effective in a case where death may be a result cannot be underestimated.

While working towards the total and complete abolition of the death penalty worldwide for all crimes, it is crucial to alert civil society and the international community to the necessity that, at all stages of the legal proceedings, those facing the cruel, inhuman and degrading punishment of execution should at least have access to effective legal representation. Such legal aid can provide the basic protection of either avoiding the sentence or appealing the verdict.

**For one less  
death sentence  
is one  
human life  
saved,  
pending final and  
universal abolition  
of capital punishment.**

## The death penalty in practice

- ▶ **106** countries abolished the death penalty **for all crimes**
- ▶ **8** countries abolished the death penalty **for ordinary crimes only**
- ▶ **28** countries are **abolitionist in practice**
- ▶ **56** countries are **retentionist**
- ▶ **In 2019, the 5 countries that carried out the most executions were:**
  - China,
  - Iran,
  - Saudi Arabia,
  - Iraq,
  - Egypt.



Photograph provided by witness.

Teppei Ono

## Teppei Ono

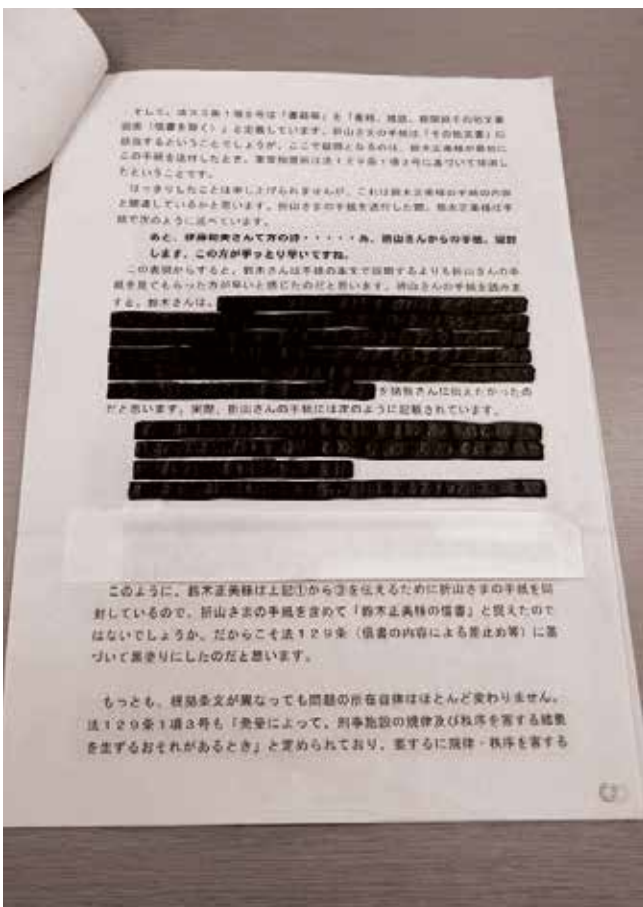
Practicing lawyer and member of the Abolition of the Death Penalty Working Group of the Japan Federation of Bar Associations.

“ Japanese death row inmates are in extreme isolation. They may be allowed to contact their relatives or lawyers, but [...] even their supporters are not allowed to communicate with them. The asserted reason is the necessity of preserving the ‘peace of mind’ of death row inmates who are forced to await their coming execution and are likely to experience mental distress. [...] Such strict restriction, however, impede them from building and keeping a personal relationship, and even accessing legal assistance.

*[A letter was sent] to a death row inmate in Tokyo Detention House by his daughter. She might try to give him a message from his acquaintance, but some parts were redacted. When I met the inmate for the first time, he said to me with a trembling voice, “Look at this letter. Even a letter from my daughter was blacked out. She is my real daughter. This is totally unacceptable.”*

*I decided to help him, reaching out to his daughter to find out what was written there. Then I sent a [letter] to advise him that the deletion would be illegal. Nevertheless, parts of the mail I sent, including those about legal advice, was censored and redacted.*

*Does the restriction posed by the prison law really contribute to their ‘peace of mind’? Rather, it may instead help to break off their relationship with their supporters or close friends – even obstruct communication with their lawyers – which will finally drive them into severe loneliness. The restriction aiming at keeping their ‘peace of mind’ paradoxically threatens their mental stability, as well as their right to legal assistance.”*



Photograph provided by witness.

Redacted letter sent by Teppei Ono to his client.

## IRAN

### Mohammadreza Haddadi

sentenced to death in 2003 at the age of 15 and still incarcerated.

“ There was no one from the Coroner’s Office at trial [who gave evidence regarding the crime]. There were only the [victim’s] next of kin, as well as my father, and that was at the second session [of the trial].

I did not have an attorney in the first session. In the second session, there was a court-appointed lawyer [...], I don’t know if they had paid him or what, if they had talked to him or not, I don’t know. I did not meet with him in jail or anywhere else; he just showed up in the second session and said some jargon that I felt he was speaking on behalf of the judge. **He did not say anything on my behalf.”**

Source: Testimony organized by the Abdorrahman Boroumand Center during an interview in prison in 2016.

## INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAWS AND STANDARDS

The right to legal counsel is protected under both regional and international human rights instruments, including:

- the Universal Declaration of Human Rights, Article 11;
- the International Covenant on Civil & Political Rights, Article 14 (3) (d);
- Safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty (ECOSOC Resolution 1984/50), Guarantee No 5;
- the Basic Principles on the Role of Lawyers;
- the Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems, Principle 3;
- the European Convention on Human Rights, Article 6 (3) (c);
- Charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 47;
- the American Convention on Human Rights, Article 8 (2) (d) and (e);
- the African Commission on Human and People’s Rights Charter, Article 7 (1) (c);
- the Arab Charter on Human Rights, Articles 12 and 13.

## NIGERIA

### Vincent Soligbo

Capital Offence Defense Attorney in Kaduna.



Vincent Soligbo

Photograph provided by witness.

“ I discovered that a large percentage of prisoners at various detention facilities were awaiting trial inmates and the other percentage are condemned convicts who could not afford the services of a lawyer to appeal their conviction. This usually led to the likelihood of the state to order for their execution by hanging without notice. Interacting with several of the persons on death row, I discovered that most of them at the time of prosecution and even after conviction were never afforded the constitutional opportunity of proper legal representation. Hence, poor representation lead to convictions solely based on confessional statement obtained via torture. This was a common trend; inadequate legal representation at the trial courts led to more persons ending up on death row. ”

Source: Testimony organized by Avocats Sans Frontières France (Lawyers Without Borders France).



William Fletcher

Jason Koski/University Photography (Cornell University\*)

## USA

### Judge William Fletcher

United States Circuit Judge of the US Court of Appeals for the Ninth Circuit, California.

“ I want to emphasize that the great majority of **prosecutors** are hardworking and ethical. But there are exceptions (...) [and] they often involve the **failure to hand over to the defense exculpatory evidence** (...) On February 10, 1988, Gary Benn shot and killed his half-brother and a friend of his half-brother. Benn immediately called the police and asked them to come to the house. There was no question Benn had committed a double homicide. The question was whether it warranted the death penalty. The Pierce County prosecutor's office decided to seek the death penalty. What made Benn death eligible under Washington law was that—at least in the prosecutor's view—Benn had killed the men to cover up another crime: (...) arson, followed by insurance fraud. Benn's house trailer had burned some time before, and Benn had made an insurance claim based on the fire. Two reports were prepared by fire marshals (...) [and following a thorough investigation] conclusively determined that the fire was an accident (...). The prosecutor gave Benn's lawyers both reports but did not disclose the investigation's conclusion that the fire was accidental. He kept that conclusion secret.”

Source: Testimony sent by the Advocates for Human Rights, from a lecture given in 2013 at New York University.

### Claudia Cornelia Goecke

Wife of a currently incarcerated individual in the state of Florida.

“ New experts joined the legal team for my husband's appeal later and asked me when the hearing would take place - the main lawyer in the team did simply not inform his own team. Documents and files we had submitted would always get lost or were not forwarded. At the trial the legal team had almost no mitigating evidence to present – it did not surprise us as **none of his lawyers ever tried to get to know him**. In their testimonies they contradicted themselves; sometimes it felt they were even on the other side. My husband lost his case with a 12:0 decision- worse than the original trial when he represented himself. But he has no means and access to a good legal representation and that's what in the end decides over life or death.”

Source: Testimony organized by the German Coalition Against the Death Penalty.

(\*) <http://universityrelations.cornell.edu/resources/>



# 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 or executed.

3

**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.

4

**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.

5

**It denies any possibility of rehabilitation.**

6

**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 n° 62/149 in 2007, n° 63/168 in 2008, n° 65/206 in 2010, n° 67/176 in 2012, n° 69/186 in 2014, n° 71/187 in 2016 and n° 73/175 in 2018).

7

**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.

8

**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.

9

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

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

10

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

A large and growing number of crime 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.

# TO FIND OUT MORE

Find out everything about World Day Against the Death Penalty at <http://www.worldcoalition.org/worldday.html>:

The World Coalition Against the Death Penalty is an alliance of more than 160 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 18<sup>th</sup> 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](http://www.worldcoalition.org)

## World Coalition Against the Death Penalty

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



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.





## Platini rate le pénalty

I **Bruno MICOLANO**

Le 5 mars 2020, la Cour européenne des droits de l'homme, siégeant à Strasbourg, a eu l'occasion de se prononcer sur la requête 526/18 introduite par Monsieur Michel Platini contre la Suisse et l'a déclarée irrecevable.

Les faits à l'origine de la requête sont les suivants : en 2011, un contrat verbal conclu entre Michel Platini, Président de l'UEFA et Vice-Président de la FIFA, et le Président de la FIFA, pour des activités de conseiller exercées de 1998 à 2002, donna lieu à un complément de salaire de 2 000 000 CHF. Ce complément de revenus a fait l'objet, en 2015, d'une procédure disciplinaire devant les instances de la FIFA.

La procédure et les réformations des décisions furent nombreuses. Premièrement, devant la Chambre de jugement de la Commission d'éthique de la FIFA, Michel Platini fut condamné à huit ans d'interdiction d'exercice de toute activité en lien avec le football ainsi qu'à une amende de 80 000 CHF. S'estimant insatisfait de la décision, il porta l'affaire devant la Commission de Recours de la FIFA qui réduisit la durée de l'interdiction d'activité à six ans. Michel Platini interjeta alors appel de cette décision devant le Tribunal arbitral du sport (TAS) arguant que la sanction était excessive. Ce tribunal réduisit à nouveau les sanctions en les fixant à 4 ans d'interdiction et à une amende de 60 000 CHF. Monsieur Platini, toujours insatisfait, forma un recours civil contre la décision du Tribunal arbitral du sport devant le Tribunal fédéral suisse lequel n'infirmait pas le jugement. Le 22 décembre, M. Platini décida donc d'introduire une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme soutenant qu'il y avait violation de l'article 6 (droit à un procès équitable), de l'article 7 (pas de peine sans loi) et enfin de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale)

S'agissant de la violation de l'article 6 de la Convention sur le droit à un procès équitable, le requérant arguait un défaut d'équité de la sentence arbitrale et son caractère arbitraire. Or, l'article 35 de la Convention précise que « La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes ».

En l'espèce, et c'est ce que la Cour relèvera, devant la juridiction suisse, le requérant, à savoir Michel Platini, n'a aucunement soulevé les griefs invoqués devant la Cour, à savoir le non-respect des droits de la défense, l'iniquité de la procédure, l'illégalité du dossier présenté par le Tribunal arbitral du sport et le soupçon de dépendance des organes juridictionnels de la FIFA vis-à-vis de ce dernier. En conséquence, la Cour déclara irrecevables les arguments du requérant pour non-épuisement des voies de recours internes.

Sur la violation de l'article 7 de la Convention, la Cour retient que la sanction disciplinaire infligée au requérant ne rentre pas dans le champ d'application pénal de cette disposition. En effet, selon sa jurisprudence constante, les sanctions disciplinaires qui sont la suite d'une faute professionnelle ne constituent pas nécessairement des sanctions pénales. De plus, la Cour prend note que les sanctions prononcées à l'encontre « d'un petit groupe d'individus dotés d'un statut particulier ne rentrent pas dans le champ pénal ». En l'espèce, la Cour relève que la sanction disciplinaire infligée au requérant selon le Code disciplinaire et le Code d'éthique de la Fédération relève d'un « statut particulier » et vise un « petit groupe », qualification qui n'est pas de nature à faire rentrer la sanction disciplinaire dans le champ d'application de l'article 7 de la Convention.

Enfin, sur la violation de l'article relatif à la protection de la vie privée et familiale, la Cour rejette ce grief, estimant que le requérant a bénéficié de garanties institutionnelles et procédurales suffisantes. En effet, la Cour relève que la Suisse s'est acquittée de son obligation positive de protéger le droit du requérant au respect de sa vie privée dès lors notamment qu'il a pu faire appel de la décision devant le TAS et par la suite devant le Tribunal fédéral. La Cour retient également qu'au vu de la gravité des faits, de la position élevée occupée par le requérant et de la nécessité de rétablir la réputation du football et de la FIFA, la sanction d'interdiction d'exercice de toute activité en lien avec le football était justifiée. La Cour retient donc qu'est manifestement mal fondé le grief tiré de l'article 8 de la Convention.

Par l'arrêt du 5 mars 2020 la Cour européenne des droits de l'homme déclare donc irrecevable la requête de Monsieur Platini devant ladite Cour. Cette décision n'est pas susceptible d'appel.

Bruno MICOLANO  
Directeur Adjoint Partenariat de l'UIA  
Studio Legale Micolano  
Bologne, Italie  
micolano\_avv.bruno@iol.it





# Les violences faites aux femmes – Le cas du Bénin

I Nadine DOSSOU SAKPONOU

Le 25 novembre 1960, les trois sœurs Mirabel, militantes politiques dominicaines, ont été assassinées. Assassinat commandité par le dictateur Rafael Trujillo<sup>1</sup>.

La République Dominicaine a proposé que le 25 novembre soit la Journée de la lutte contre la violence faite aux femmes.

En 1993, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Déclaration pour l'élimination de la violence à l'égard des femmes qui a défini le terme « Violence à l'égard des femmes » comme étant « Tous actes de violence dirigés contre le sexe féminin, et causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques, y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou dans la vie privée<sup>2</sup>. »

Le 17 décembre 1999, l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies a proclamé le 25 novembre, la Journée internationale pour l'élimination de la violence contre les femmes. L'ONU a invité les gouvernements, les organisations internationales et les ONG à organiser des activités pour sensibiliser le public à cette problématique sous forme d'une célébration internationale.

Le Fonds de développement des Nations Unies pour la femme (UNIFEM) a également fait observer régulièrement la journée du 25 novembre.

25 novembre 1999 - 25 novembre 2019, soit 20 ans après la première « Journée internationale pour l'élimination de la violence à l'égard des femmes », peut-on parler d'avancées dans ce domaine?

## I. Contexte 1993-2019

En Inde, en mars 2019, une jeune femme de 23 ans avait eu le courage de porter plainte contre ses violeurs. Le 5 décembre 2019, pendant que la jeune femme se

rendait au tribunal, cinq hommes l'aspergèrent d'essence pour la brûler vive. Elle dut parcourir près d'un kilomètre, avant qu'un homme ne l'aperçoive et appelle les secours. Aujourd'hui, elle est dans un état critique pour avoir eu le courage de dénoncer ses violeurs.

Au Bénin :

« Certaines personnes pensent que maltraiter une femme est un signe d'amour de la part de l'homme. Mais à mon humble avis, je pense que c'est faux. Battre la femme que l'on a choisie et aimée ne saurait être un signe d'attachement. Quelle que soit la faute commise, la violence n'est pas le meilleur moyen de faire

femme avec un bébé dans les bras ne pouvait pas porter de pantalon selon lui. Dans ma tentative de lui faire entendre raison, il s'est jeté sur moi et m'a battue. Je n'ai rien fait. Je me suis tue et je suis rentrée dans la chambre. Moi, je crois qu'une femme qui a été battue par son mari, ne peut pas aller se plaindre à la police ou au tribunal car du moment où ils se connaissent, la police et le tribunal n'appellent à contribution. C'est l'habitude des hommes de se comporter ainsi. On ne peut même pas leur demander de l'argent pour renouveler la farine de l'enfant. Les violences domestiques appellent la conscience de chacun et de tous. Surtout, les hommes qui promettent monts et merveilles aux femmes pour ensuite les transformer en esclaves.»<sup>4</sup>

Le constat de ces violences et de leurs causes peut permettre de dégager une solution pour endiguer ce fléau.

entendre raison à une personne. La violence n'a jamais permis de rétablir un quelconque ordre dans le ménage. Moi, j'ai de tout temps été victime de violences de la part de mon mari. Alors, j'ai fini par le quitter. Plusieurs raisons peuvent expliquer les actes de violence de la part des hommes. Dans mon cas, mon mari ne voulait pas que j'entreprene une activité génératrice de revenus. J'ai eu un mari qui est assez violent. Parfois, il pique ses crises de colère, il m'injurie et lorsque je cherche à riposter, cela dégénère en bagarre. Une femme victime de violences domestiques doit normalement se plaindre aux autorités. Moi je me plaignais à la famille, et à chaque fois, elle essayait de me calmer en prétextant que c'était l'homme que j'avais personnellement et délibérément choisi<sup>3</sup>.»

« Mon mari est assez colérique. Dans ses accès de colère, ce sont des menaces de violences verbales qu'il profère. Quand il s'énerve, j'essaie de l'éviter et de ne pas répondre à ses provocations et injures. Le souvenir le plus récent de la dernière altercation au cours de laquelle il m'a battue, c'est juste après la naissance de notre enfant. Ce jour-là, je portais un pantalon et il m'avait demandé de l'enlever car une

« J'ai 15 ans et j'ai déjà 3 enfants. J'ai eu mes menstruations à 9 ans. Mes parents et l'Iman ont estimé que je devais rejoindre la maison d'un homme avant la deuxième menstruation. Mes parents m'ont donné en mariage à un homme de 45 ans. Je devais lui faire à manger et m'occuper de lui et aussi la nuit partager son lit. C'était douloureux. Je me suis enfuie à la date anniversaire de mes 15 ans en laissant mes enfants et je voudrais poursuivre mes études pour devenir avocate et défendre les droits des femmes. Je me suis promis de récupérer mes enfants dès que je serai en mesure de les nourrir et de prendre soin d'eux.»<sup>5</sup>

Violences faites aux femmes pour avoir eu le courage de porter plainte contre leurs agresseurs, porter un pantalon ou avoir eu leurs menstruations dans la maison de leurs parents. Les choses ont-elles vraiment évolué ? Pour répondre à la question, il faut définir la violence, faire un état des lieux sur le terrain, analyser les causes et les formes de violences, leurs conséquences, les efforts du gouvernement, des associations et des ONG et enfin examiner comment diminuer

ou éradiquer la violence faite aux femmes au Bénin et dans le monde.

## II. Qu'entend-on par violences aux femmes ?

La violence peut se définir comme « une contrainte, une force physique ou une pression morale exercée sur une personne pour obtenir son acquiescement à un acte juridique, ou l'amener à faire ce qu'elle ne veut pas faire. »<sup>6</sup>

L'étymologie du mot « violence », tout comme celle de l'adjectif violent et du verbe violer, dérivent du latin « vis » qui signifie « force en action, force exercée contre quelqu'un ». La violence peut être physique (traiter avec violence, porter atteinte à, altérer, souiller), sexuelle (violer), psychologique (outrager, profaner, porter atteinte au bon renom), morale (deshonorer, transgresser) ou économique (dévaster, endommager).

Ordinairement, les violences supposent des brutalités dans les actes ou dans les propos. Cette définition, inspirée des dictionnaires, reste dans la dynamique étymologique et consacre aux violences leurs dimensions physique, sexuelle, économique, psychologique et morale. Le lexique des termes juridiques<sup>7</sup> définit en 2011, les violences comme « l'ensemble des infractions constituant une atteinte à l'intégrité des personnes » réduisant ainsi, à première analyse, les violences aux brutalités physiques.

La loi n°2011-26 du 9 janvier 2012 portant prévention et répression des violences faites aux femmes en République du Bénin définit en son article 2, les violences à l'égard des femmes comme « tous actes de violences dirigés contre le sexe féminin et causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou dans la vie privée. Les atteintes concernent :

- les violences physiques ou morales et psychologiquement exercées au sein de la famille tels que les coups, le viol conjugal, les agressions et atteintes sexuelles, les mutilations génitales telles que prévues par la loi 2003-03 du 3 mars 2003 portant répression de la pratique des mutilations génitales féminines en République du Bénin, mariages forcés ou arrangés, les crimes d'honneur et autres pratiques traditionnelles préjudiciables aux femmes.

- Les violences physiques ou morales, sexuelles et psychologiques exercées au sein de la collectivité y compris le viol, les agressions et atteintes sexuelles, le harcèlement sexuel tel que prévu par la loi 2006-19 du 5 septembre 2006 portant répression du harcèlement sexuel et protection des victimes en République du Bénin et l'intimidation au travail, dans les établissements d'enseignement et autres lieux, le proxénétisme, la traite, la prostitution forcée.

- Au titre de la présente loi, sont également considérées comme des violences faites aux femmes, le fait pour un agent médical, paramédical, de ne pas apporter à une femme au cours d'un accouchement, toute la diligence requise ou de s'abstenir d'accomplir son devoir professionnel.»

Au Bénin, la définition de la violence faite aux femmes prend en compte la violence physique, sexuelle et psychologique vécue

## III. Constat sur le terrain<sup>8</sup>

« Une prisonnière enceinte, frappée au ventre par des policiers, une femme âgée violée par des soldats sous les yeux de sa famille, une jeune fille à qui les agents du Gouvernement font subir des humiliations sexuelles après l'avoir arrêtée, une épouse torturée pour forcer son mari à avouer, une mère abattue par les soldats, uniquement parce que son fils est soupçonné de mener des activités politiques, une fille que l'on menace de mort parce qu'elle s'enquiert du sort de son père disparu.»

La liste est longue. Le plus grand risque de violence pour les femmes ne provient pas d'un danger inconnu mais de leur entourage, souvent de leur époux ou d'un membre de leur famille. Ce qui est poignant, c'est l'acuité du problème partout dans le monde. Les souffrances causées par les violences contre les femmes sont similaires que l'on soit au Bénin ou ailleurs dans le monde.

Si, au niveau national, plus de la moitié des femmes approuve qu'un conjoint frappe sa femme parce qu'elle a négligé ses enfants, cette proportion n'est plus que de 17% à Cotonou (capitale économique du Bénin) dont 6% de femmes lettrées.

par la femme dans le cercle familial, les pratiques traditionnelles portant préjudice à la femme, la violence liée à l'exploitation, la violence exercée sur la femme par la collectivité, le harcèlement sexuel, l'intimidation au travail, dans les établissements scolaires ou commerciaux, le proxénétisme et la prostitution forcée et enfin la violence exercée ou tolérée par l'État. Ce qui correspond à la définition des Nations Unies.

Le plus souvent, les femmes victimes de violence sont celles qui proviennent de couches sociales les plus vulnérables. Les enfants et les femmes qui continuent d'être considérées comme des êtres faibles, subissent à toutes les étapes de leur vie, des violences de nature et de formes diverses dont les principaux auteurs sont en général des hommes. La violence qui traduit le côté animal de l'homme peut entraîner pour la personne qui la subit des conséquences graves, parfois fatales.

Le constat de ces violences et de leurs causes peut permettre de dégager une solution pour endiguer ce fléau.

« Dans un quartier populaire de Cotonou, X qui a été compressée, qui est à la maison et se fait arracher la chair du tibia avec une feuille de tôle par son mari parce qu'elle a manifesté son désaccord au sujet de ses absences répétées.

Y secrétaire dans une grande société de la place, s'est vu trancher les 4 doigts par un mari désœuvré et alcoolique. Il lui faudra des mois de rééducation pour retrouver un semblant de vie en se servant d'une seule main. Rien ne sera plus comme avant parce qu'elle risque de perdre son emploi. Les revenus seront amoindris car elle sera moins productive et sa participation à la vie sociale et économique diminuera. Cette situation peut entraîner la déscolarisation des enfants et l'époux sera le seul à subvenir aux besoins du foyer.»

Le désir de maintenir la femme sous l'hégémonie de l'homme est l'une des sources des violences subies par la femme au Bénin. Les formes de violences subies par la femme et que l'on rencontre souvent au Bénin sont d'ordre domestique. Les autres formes de violences existent au Bénin mais le constat fait

par UNFPA (Fond des Nations Unies pour la population) n'a pas permis de juger de l'acuité du problème à cause du poids des coutumes.

La majorité des femmes trouve normal qu'un mari batte sa femme pour des raisons diverses. 51 % des femmes trouvent normal qu'un époux batte sa femme lorsqu'elle néglige ses enfants et 17% approuvent ce comportement s'il résulte d'un refus d'avoir des rapports sexuels avec le conjoint. En ce qui concerne les autres raisons, brûler la nourriture, contester ses opinions ou sortir sans son autorisation, les proportions de femmes qui approuvent ce comportement violent sont respectivement de 29%, 39 % et 44%. Globalement 60% des femmes jugent normal qu'un mari batte sa femme pour l'une des raisons citées.

Si, au niveau national, plus de la moitié des femmes approuve qu'un conjoint frappe sa femme parce qu'elle a négligé ses enfants, cette proportion n'est plus que de 17% à Cotonou (capitale économique du Bénin) dont 6% de femmes lettrées. Dans les autres départements cette proportion est élevée. Elle varie d'un maximum de 66% dans le Borgou à un minimum de 47% dans le Zou. L'analyse de l'UNFPA a prouvé que c'est dans le Borgou que les femmes approuvent le plus qu'un homme ait recours à la violence contre sa femme.

Il faut une éducation culturelle au Bénin pour faire comprendre aux femmes béninoises qu'un homme n'a pas le droit de les frapper.

#### IV. Causes de la violence

Plusieurs facteurs peuvent déterminer les causes expliquant la violence que subissent les femmes. Les femmes courent plus souvent le risque d'être tuées par l'homme avec qui elles cohabitent que par toutes autres sortes de criminels réunies.

##### - Le contexte familial

Certains hommes qui sont violents aujourd'hui ont eux-mêmes grandi dans une famille où régnait une atmosphère de violence. C'est ainsi qu'un enfant ayant un père misogyne peut, très tôt, apprendre à mépriser les femmes, à considérer qu'un homme doit toujours soumettre la femme à ses désirs et que la violence est le seul moyen d'y parvenir.

Le système juridique considère très souvent la violence de l'homme sur la femme sous un même toit comme une affaire privée, strictement conjugale. Ceci explique le peu d'empressement du législateur à changer les choses, alors que le même comportement entre deux personnes étrangères dans la rue est qualifié de délit et est sanctionné.

##### - Le contexte social

La première cause repose sur une vieille tradition qui fait de la femme un être dont la vie se résume en des devoirs de dévotion, de soumission, de silence et d'aptitude à exécuter le bon vouloir de son père quand elle est enfant, de son frère quand elle est adolescente et de son époux quand elle est mariée. On pourrait résumer la vie de la femme en termes d'exécution et non de conception, « *filles, femme et mère au foyer.* »

Dans la tradition ouest africaine, particulièrement la tradition béninoise très influencée

##### - La menace du divorce et de la séparation d'avec les enfants

La femme craint de se voir séparée de ses enfants ; elle préfère rester et subir.

##### - Le contexte professionnel

La femme est considérée comme une intruse. Celle qui ne mérite pas la place qu'elle occupe.

#### V. Les formes de violences

A. F. est originaire du Congo et est réfugiée au Bénin. Son époux la frappait régulièrement à coups de poing et de pied devant les enfants. Un jour, elle a perdu 3 dents, a eu la mâchoire disloquée et a reçu un coup de poing dans l'œil qui lui a valu plusieurs points de suture. Aujourd'hui, elle ressent de violentes douleurs au nez, dans la nuque, dans la tête et dans la colonne vertébrale.

Enfin, le vrai problème réside dans l'ineffectivité des textes qui ne sont pas ou peu connus ou peu appliqués par les juristes.

par la culture animiste, l'homme considère que la femme n'a quasiment pas le droit d'émettre une opinion et ne doit qu'obéir. Elle n'a que des devoirs et ne bénéficie d'aucun droit. La seule chose qui lui est demandée est « Supporte et abstiens-toi ».

Pour certains, la soumission relative de la femme n'est pas une mauvaise chose : selon eux, elle contribue à l'harmonie de la famille et de la société entière. Une femme soumise et tendre mais raisonnable peut apprivoiser n'importe quel homme violent et cruel. En réalité, dans la pratique, cette conception est complètement erronée. Ce qui empêche les femmes de partir ou de se révolter, c'est le manque de dépendance économique.

##### - La dépendance économique de la femme

La femme, économiquement dépendante de l'homme, s'obligera à supporter les caprices et humiliations de son époux. Elle acceptera toutes les violences infligées parce qu'elle croit qu'elle n'a pas le choix.

R. A est mariée à un homme qui avait déjà 3 femmes et plusieurs enfants. Elle subit quotidiennement des injures de la part des autres femmes qui la traitent de voleuse de mari, de p\*\*\* et de sorcière. Croyant trouver refuge et réconfort auprès de son mari, elle dut déchanter car pour toute réponse, elle reçut des coups de ceinture avec interdiction de sortir de la maison sous aucun prétexte.

Les violences faites à la femme sont multiples et multiformes. Elles sont regroupées en trois grandes catégories et peuvent s'exercer dans différents domaines de la vie et de l'activité féminines.

##### • La violence physique

La violence physique peut se définir comme une atteinte corporelle et emprunte diverses formes. Elle peut prendre la forme de châtiments corporels : gifles, coups de poings et de pieds, bastonnades, bousculades, empoignades, etc. Les violences physiques s'attaquent au corps de la femme et

peuvent avoir lieu en milieu domestique, sur le lieu de travail ou dans les lieux publics.

#### • La violence morale, psychologique

Ce sont des atteintes à la personnalité de la femme, à son image, à son estime et à son équilibre intérieur. Elles se manifestent sous diverses formes : menaces et chantages, insultes, intimidations, accusations d'adultère ou de sorcellerie, railleries, marginalisation.

#### • Les violences sexuelles

La violence sexuelle consiste à obliger par tout moyen un partenaire à avoir des rapports sexuels avec soi. L'agresseur va imposer son désir à la victime. Pour ce faire, il utilisera tous les moyens possibles mais généralement des moyens violents afin de soumettre sa victime.

Toutes ces violences ont des conséquences incommensurables qui varient d'une personne à une autre.

### VI. Les conséquences des violences exercées sur la femme

Les violences causent des séquelles sur le corps de la femme et sur sa santé intellectuelle et psychologique. Ce sont souvent des morsures et des brûlures laissant des cicatrices ou des marques indélébiles et des affections psychosociologiques.

En cas de violence sexuelle et particulièrement en cas de viol, la victime peut être accablée non seulement moralement, mais aussi par une grossesse non désirée, une infection génitale ou urinaire (IST/VIH/SIDA). La femme victime de violence sexuelle peut devenir frigide. Les effets psychosomatiques de la violence se traduisent aussi par le choc encaissé par le système nerveux de la personne agressée qui s'en trouve diminuée.

Ces conséquences non exhaustives sont la cause d'un autre phénomène social qui provoque l'éclatement et la fragilisation de la famille et la fragilise ou cause le déséquilibre du développement de l'enfant : le divorce.

Les conséquences des actes de violence sont également ressenties par les enfants.



L'agressivité de l'enfant est observée lorsqu'il n'a jamais toléré les traitements inhumains infligés à sa mère ou à toute autre femme. Il développe un sentiment de haine à l'égard de son père. Mais il peut aussi être disposé à de telles réactions lorsqu'on ne lui permet pas de comprendre que ce comportement est à proscrire. Il le perçoit plutôt comme une forme de correction, d'éducation de la personne désobéissante. Dès l'âge de raison, le petit garçon cherche à imiter son père. Ce n'est qu'à l'adolescence ou à la majorité qu'une réelle prise de conscience intervient. Lorsque cette période se passe mal, l'enfant devenu adulte calquera inévitablement son comportement sur celui de son ascendant.

### VII. La législation béninoise face à la violence faite aux femmes

Au Bénin, des textes régissent la violence exercée sur la femme :

- Loi n°2018-16 du 28 décembre 2018 portant Code pénal ;
- Loi n°2011-26 du 9 janvier 2012 portant prévention et répression des violences faites aux femmes ;
- Décret n°2012-228 du 13 août 2012 portant création, composition, attribution et fonctionnement des centres intégrés départementaux de coordination pour la prise en charge des victimes et survivant(e)s de violences basées sur le genre.

La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 qui est le pilier fondamental du pays affirme en son article 7 que « La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples fait partie intégrante de la Constitution et du Droit Béninois, les devoirs qui y sont proclamés deviennent des principes constitutionnels ».

L'article 18 et 36 de la Constitution affirme avec clarté que « Nul ne sera soumis à la torture, ni à des sévices ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Chaque béninois a le devoir de respecter et de considérer son semblable sans discrimination aucune.»

L'article 15 quant à lui, dispose que : « Tout individu a droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de sa personne. »

De même, dans le souci de protéger la famille béninoise, la Constitution assure une protection particulière à la mère et l'enfant, puisqu'ils sont généralement les membres les plus exposés aux brimades et aux abus au sein du groupe familial (article 26).

Dans le domaine des violences faites aux femmes, le Bénin a adopté et ratifié plusieurs Conventions Internationales. Il s'agit de :

- La Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages. Ratifiée par le Bénin en 1965, cette convention interdit les mariages précoces ou forcés.

- La Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) a été ratifiée le 12 mars 1962
- La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP) a été ratifiée par le Bénin le 20 janvier 1986 et fait partie intégrante de la Constitution du 11 décembre 1990.
- Ces différentes normes internationales consacrent l'égalité de tous devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, ou de religion. Mais qu'en est-il de l'effectivité de ces normes nationales et internationales au Bénin et, particulièrement de la loi n°2011-26 du 9 janvier 2012 portant prévention et répression des violences faites aux femmes ?

La législation béninoise ou internationale ne peut avoir de valeur et de force que dans la mesure où elle est connue par les femmes qui en ont besoin pour obtenir réparation des préjudices qu'elles ont eus à subir. Mais, ces femmes sont, pour la majeure partie, analphabètes ou seules et démunies. Quand vous ne connaissez pas la législation en vigueur ou vos droits, vous ne pouvez pas les exercer ou vous en prévaloir. Les femmes sont pauvres et nous avons une justice qui coûte cher, même très cher. A cela, il faut ajouter l'éducation de base qui favorise l'idée suivant laquelle il faut garder le silence et laver le linge sale en famille, l'analphabétisme et l'ignorance de ses droits par la femme. Il faut également noter que le dispositif judiciaire actuel – caractérisé par la complicité passive de certains officiers de police judiciaire lors de plaintes déposées par les femmes victimes de violence et le défaut d'application rigoureuse des textes par les magistrats – ne favorise pas l'application effective des sanctions prévues.

Enfin, le vrai problème réside dans l'ineffectivité des textes qui ne sont pas ou peu connus ou peu appliqués par les juristes.

## VIII. Le gouvernement, les ONG et les associations : une même lutte

L'État béninois lutte contre la violence exercée sur la femme à travers le Ministère des affaires sociales et de la micro-finance lequel arrive en appont du travail considérable fait sur le terrain par les institutions



internationales, les Nations Unies ainsi que les Organisations Non Gouvernementales et Associations existantes comme l'Association des Femmes Avocates du Bénin (AFA-B) au Bénin. Le statut de la femme béninoise reste néanmoins peu reluisant.

L'AFA-B qui s'investit dans la lutte contre les violences faites aux femmes rencontre beaucoup de difficultés qui, loin de décourager ses membres, les galvanisent plutôt car, pour l'AFA-B, le combat pour l'émancipation d'une femme est une question de foi. Arriver à faire comprendre aux femmes qu'elles ont des droits et ne sont pas des objets de violences de tout genre constitue une priorité.

La mentalité des femmes qu'elle vient défendre, qui sont nées, éduquées et moulées dans des considérations traditionnelles et culturelles qui ne les valorisent pas, contrairement à celle des hommes, constituent le principal obstacle auquel se heurte l'AFA-B sur le terrain.

La femme est née pour être femme avec un « f » minuscule. Elle est née pour servir un père, un frère ou un mari. Elle n'est pas née pour servir la nation, la société. Tant qu'on n'aura pas réussi à modifier cette mentalité, et qu'on n'aura pas fait comprendre aux femmes, comme aux hommes, qu'elles peuvent mener le même combat, il ne sera possible d'avancer qu'à petits pas.

Face aux violences exercées sur les femmes, on peut noter un effort de vulgarisation des textes.

L'AFA-B assiste les femmes en situation difficile devant les juridictions à leur demande. AFA-B tient une permanence le mercredi après-midi au tribunal de Cotonou et le jeudi après-midi au tribunal d'Abomey-Calavi pour écouter et prendre en charge les dossiers des femmes en situation difficile. Cette prise en charge permet une meilleure coordination entre les différents acteurs de la justice.

## Conclusion

De la capacité de la société à prendre en charge les femmes victimes de violence, dépendront les chances de les voir sortir de leur situation et de ne plus avoir peur de regarder l'avenir avec confiance.

Par ailleurs, il est important que, les enfants soient éduqués sans que la fille ne soit considérée comme un être inférieur au garçon. La violence zéro est sans doute un idéal impossible à atteindre mais elle peut être réduite en particulier à l'égard des femmes.

Nadine DOSSOU SAKPONOU  
Présidente du comité national de l'UIA – Bénin  
S.C.P.A. Robert M.DOSSOU  
Cotonou, Bénin  
anadossou@yahoo.fr

## Références bibliographiques

1. Constitution du 11 décembre 1990.
2. Code pénal en vigueur au Bénin.
3. Les infractions qualifiées Violences faites aux femmes du Magistrat Armel Azodogbehou.
4. Le Droit et les Droits de la femme béninoise, UNFPA, Septembre 2005.
5. « Les violences faites aux femmes au Bénin », Rapport d'étude, juin 2010, Ministère de la Famille et de la Solidarité Nationale.
1. Lydie Bodiou et Frédéric Chauvaud « Le passé regorge de meurtre de femmes », Le Monde, 6 juillet 2019.
2. Lucile Quillet « Violences faites aux femmes : l'horreur en 10 chiffres », Le Figaro, 25 novembre 2014.
3. Irène Séméglo, apprentie-coiffeuse devenue commerçante en 2005.
4. Tchanhoun Victoria, 19 ans, vendeuse, mariée et mère d'un enfant, septembre 2005 ?
5. Anonyme pour des raisons de sécurité.
6. Définition Larousse.
7. Serge Guinchard, édition Dalloz 2011.
8. Le droit et les droits de la femme béninoise UNFPA Septembre 2005, rapport « Les violences faites aux femmes au Bénin Juin », 2010.





**UIA**

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

# The UIA serving the Rule of Law

**UIA  
IROL**

**Protecting Lawyers  
Promoting the Rule of Law  
Strengthening Access to Justice  
Advocating for Human Rights  
Calling for the End of Death Penalty  
Supporting Independence  
of the legal Profession**

**Are you interested in our actions? Are you willing to support our projects?**

Contact the UIA by email [uiacentre@uianet.org](mailto:uiacentre@uianet.org), by phone +33 1 44 88 55 66  
or visit our website [www.uianet.org](http://www.uianet.org) > Section "Defend the Rule of Law"



The Legal Profession  
La profession d'avocat  
La Abogacía





# Réflexions sur les avocats exerçant en petites structures au barreau de Bruxelles en 2020 : *Struggle for life?*

I Vinciane GILLET

## 1. Qui sont les avocats exerçant en « petites structures » en 2020 ?

Selon le Bâtonnier de l'Ordre français du Barreau de Bruxelles, Michel Forges, ce sont tous les avocats qui ont la maîtrise de leur chiffre d'affaires, qu'ils fassent partie d'une association non intégrée, qu'ils exercent en société unipersonnelle ou encore en personne physique.

Selon d'autres, cela ne serait pas tout à fait exact puisque certains avocats exercent une partie de leur activité pour le compte d'autres avocats *dominus litis* et le reste de leur activité pour leur compte propre ou bien partagent leurs charges avec d'autres avocats faisant ainsi une économie d'échelle. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit également d'avocats exerçant en petites structures.

Il n'est pas si aisé de définir l'avocat exerçant en petite structure. Pourtant, on estime à deux tiers du tableau leur nombre au barreau de Bruxelles.

Les avocats exerçant en petites structures sont manifestement plus nombreux qu'on ne le pense au barreau de Bruxelles. Ainsi, il y a lieu de s'interroger sur l'avenir de telles structures en 2020.

## 2. Quels sont les avantages d'exercer en petites structures en 2020 ?

En tout premier lieu, l'avocat exerçant en petite structure a une plus grande liberté et indépendance quant au choix d'accepter ou de refuser un client. En effet, moins il y a d'avocats au sein de la structure, plus se réduit le risque d'être confronté à un conflit d'intérêt face au client d'un associé ou d'un collaborateur.

En outre, l'avocat exerçant en petite structure conserve une plus grande liberté quant au profil de clients qu'il accepte de défendre. Que cela concerne leurs moyens financiers ou la nature de la cause à défendre.

Il n'est pas certain qu'un avocat évoluant dans une grande structure puisse défendre des dossiers qui ne « colleraient pas à l'image » que ce cabinet voudrait se donner ou encore qui seraient en désaccord avec les intérêts de « gros clients » du cabinet ou même qui ne rapporteraient pas suffisamment dans la mesure où l'avocat intervient sous le couvert de l'aide juridique.

L'avocat exerçant en petite structure a également une plus grande liberté pour définir la stratégie qui convient à chacun de ses dossiers et la possibilité d'adapter au cas par cas sa politique tarifaire (barème / horaire, termes et délais de paiement, etc.).

En second lieu, la qualité de la relation *intuitu personae* développée avec chaque client quant au suivi personnalisé de son dossier et l'accessibilité de l'avocat puisqu'il n'y a aucun intermédiaire entre le client et son conseil.

cats exerçant en petites structures, quant à eux, se consacrent et se limitent souvent à des litiges locaux et aux juridictions locales et des instances administratives dont ils connaissent mieux les us et coutumes, à l'exception des cabinets dits de niche, dont la pratique de matières très spécifiques ne les limite pas à un territoire déterminé.

Il y a un plus grand pragmatisme et une volonté accrue d'aboutir rapidement à une solution pour le client chez les avocats exerçant en petites structures là où l'on a parfois le sentiment que certaines grandes structures sont moins promptes à mobiliser le dossier si cela ne va pas exclusivement dans le sens de leur client. Ces dernières participent ainsi à une dynamique plutôt lucrative dans l'espoir que la partie adverse moins aisée se trouve étranglée et abandonne tout simplement le litige en raison de la simple application de la loi du plus fort économiquement.

En définitive, l'avocat exerçant en petite structure inscrit la relation avec son client au-delà de l'échelle réduite au seul litige, dans une durée de plus long terme.

Dans les petites structures, l'avocat gère au four et au moulin l'entièreté du dossier du début à la fin. À l'inverse, dans beaucoup de « petits » dossiers opérés par de grandes structures, le sentiment que le *dominus litis* n'est plus qu'un « fournisseur » de clients qui sont ensuite gérés par des collaborateurs et stagiaires peut se faire ressentir, avec la déliquescence qualitative qui peut parfois en résulter, notamment en termes de perte d'information transversale entre les différents intervenants.

Les avocats exerçant en petites structures présentent également un intérêt dans le cadre d'un tissu local et social intégré. En effet, les avocats exerçant dans des structures plus importantes acceptent plus facilement des affaires relatives à des litiges couvrant un territoire plus important. Les avo-

En définitive, l'avocat exerçant en petite structure inscrit la relation avec son client au-delà de l'échelle réduite au seul litige, dans une durée de plus long terme.

En dernier lieu, le travail est centré sur des compétences juridiques et relationnelles de l'avocat puisqu'il n'y a pas de personnel et donc pas de gestion de ressources humaines avec une limitation de la gestion administrative au strict minimum pour les avocats qui n'exercent pas en société. En effet, la présence de personnel et la gestion des ressources humaines entraînent généralement une augmentation des frais répercutés aux clients et ce particulièrement en période de « coronavirus ».

D'un point de vue strictement financier, les prestations des avocats exerçant en

petites structures sont certainement moins onéreuses que dans les grandes structures eu égard à un poids réduit de leurs coûts fixes. En effet, les frais qu'ils exposent et qu'ils répercutent à leurs clients sont généralement moins élevés quant au loyer ou à leur remboursement mensuel d'un emprunt hypothécaire, à leurs charges telles que les frais de chauffage, de consommation d'eau, de gaz, d'électricité, d'assurances, de nettoyage des locaux, d'entretien et travaux divers sans oublier les frais de secrétariat souvent réduits au minimum ou externalisés, à augmenter des charges sociales liées à leur statut.

### 3. Quels sont les inconvénients d'exercer en petites structures en 2020 ?

En premier lieu, la (non-)maîtrise de l'agenda avec des difficultés parfois pour réguler le flux des affaires sur des périodes très chargées qui alternent avec des périodes plus calmes.

Le coût des remplacements en cas d'indisponibilité, faute de pouvoir faire appel à un stagiaire ou collaborateur au sein-même du cabinet.

La difficulté d'assumer le coût lié à l'engagement d'un stagiaire auquel il faut consacrer du temps pour le former jusqu'à son autonomie alors que l'avocat exerçant en petites structures n'en a déjà pas assez pour gérer les dossiers et le suivi administratif du cabinet. Par exemple, à Bruxelles, le coût d'un avocat stagiaire est 30% plus élevé que la rémunération de base des stagiaires arrêtée dans les autres barreaux francophones belges. Ce coût élevé est de nature à favoriser l'engagement des stagiaires par les grandes structures. Cette situation confine de plus en plus les avocats exerçant en petites structures, et plus encore les cabinets d'avocat pratiquant l'aide juridique, dans une impossibilité d'étendre leur activité au regard de l'impact financier du stagiaire à qui il faut, en plus, fournir sans autre frais un bureau, un ordinateur, des consommables.

Cette réalité de terrain ne fait que rencontrer la volonté exprimée de certains « visionnaires » qui prédisent, à tort ou à raison, la disparition à plus ou moins court terme des « petites boutiques » en faveur de gros cabinets multidisciplinaires.

D'autre part, certains confrères considèrent que la disparition des avocats en petites structures risque de favoriser à long terme les « petits arrangements entre amis » où les quelques cabinets d'avocats restant sur la place n'accepteront plus les dossiers de principe pour les petits clients ou les « sacrifieront » en vue d'obtenir un arrangement pour un gros client dans un autre dossier qui les opposerait à un autre gros cabinet.

En second lieu, relevons l'exigence de rentabilité propre à chaque dossier traité puisque certains dossiers ne sont pas rentables alors qu'ils présentent parfois des questions juridiques ou humainement intéressantes mais qui ne peuvent pas être pris en charge ou qui pourraient l'être qu'avec la présence d'un collaborateur interne ou d'un stagiaire parce qu'ils seraient traités à moindre coût et/ou compensés par les prestations effectuées dans d'autres dossiers plus rentables grâce à l'effet « volume ».

Pour être rentable, l'avocat exerçant en petites structures est aussi devenu un spécialiste dans certaines matières particulières. En effet, à moins de consacrer du temps à la recherche dans une matière particulière pour lequel il est consulté et payé, l'avocat exerçant en petites structures ne peut plus être considéré comme un généraliste et doit se spécialiser dans les matières traitées car celles-ci sont de plus en plus complexes l'obligeant à devenir un spécialiste sous peine d'engager sa responsabilité professionnelle.

S'il est exact que les frais de fonctionnement exposés par l'avocat exerçant en petites structures sont moindres que ceux exposés dans une grande structure, il doit néanmoins les assumer sans bénéficier de la même économie d'échelle que dans une grande structure.

A titre d'exemple, la dégressivité du coût des abonnements aux revues et bases de données juridiques favorise les avocats dans les grandes structures, leur permettant d'accéder à davantage d'informations juridiques ; là où l'avocat exerçant en petites structures se limitera à un accès aux parties essentielles en raison du coût d'accès individuel trop élevé.

Sur ce point, le Barreau a un rôle à jouer en termes d'image puisqu'il a tout intérêt

à ce que la « qualité » de tous les avocats, y compris de ceux qui exercent en petites structures ou de manière isolée soit au rendez-vous. Un accès gratuit au module « de base » pourrait être assuré, tant des bases de données type Strada Lex, Jura ou Jurisquare, qu'à des programmes de gestion de cabinets, comme cela a déjà pu être négocié exceptionnellement durant la période de confinement avec les éditeurs juridiques.

Un pareil positionnement du barreau réduirait cette charge pour les avocats exerçant en petites structures.

Enfin, le coût financier pour assurer le suivi de la récupération d'éventuels frais et honoraires entraîne une perte de temps non négligeable pour un avocat exerçant en petites structures. En effet, lorsqu'un dossier de contestation d'honoraires fait l'objet d'un avis sur honoraires du conseil de l'Ordre, il peut arriver que 10 mois s'écoulent entre l'avis du rapporteur transmis au Conseil de l'Ordre et la communication de la décision. Ainsi, face à de pareilles situations, l'avocat exerçant en petites structures s'interroge légitimement sur la nécessité de recourir à pareille perte d'énergie et d'argent.

En troisième lieu, l'absence d'échange d'idées ou d'échange intellectuel « direct » avec des confrères en raison de la taille de la structure obligeant l'avocat à passer par un courriel ou un coup de téléphone lorsqu'il a besoin d'une aide ou d'un conseil ou même d'un second avis...

L'avocat exerçant en petite structure, voire en « solo », travaille en réalité souvent en solitaire. Cette situation peut parfois être pesante.

Il y a des solutions pour améliorer cette situation, soit l'avocat en petite structure tisse des liens avec d'autres avocats exerçant aussi en petites structures en suggérant à ses clients de consulter plutôt telle ou telle autre petite structure spécialisée dans la matière recherchée par le client telle que la fiscalité, le droit social ou le droit pénal... soit l'avocat exerçant en petites structures met d'office à la disposition de la clientèle spécifique des listes d'autres avocats compétents exerçant en petites structures dans la matière recherchée. Ceci participe plus à la confraternité à l'échelle du barreau que

d'une « collégialité » au niveau d'un seul cabinet en gros cabinet.

En outre, il est difficile pour un avocat exerçant en petite structure de prendre du temps pour soi s'il veut être à jour dans ses dossiers et en règle avec toutes ses obligations administratives qui ne cessent d'augmenter (RGPD, blanchiment, TVA, etc.).

En quatrième lieu, les grandes structures semblent vouloir se positionner de manière plus orientée vers une clientèle d'expatriés tels que les fonctionnaires européens, les cadres de grandes sociétés, etc., qui apprécient au titre d'avantage concurrentiel de pouvoir conférer avec leur conseil dans leur langue maternelle pour des litiges pourtant à plaider dans l'une des trois langues nationales, ce que reflète par ailleurs la présentation multilingue de leur site internet.

En dernier lieu, l'avocat exerçant en petite structure peut être confronté à un problème financier, de santé voire à un accident sans aucune solution alternative pour y remédier car sa structure ne le permet pas alors que le métier est de plus en plus exigeant et difficile : les matières ne cessent de se complexifier, les obligations s'intensifient et la concurrence est rude.

En Belgique, depuis l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2018 du livre XX du Code de droit économique (CDE) intitulé « Insolvabilité des entreprises », l'avocat, en tant que titulaire d'une profession libérale, est considéré légalement comme une entreprise susceptible d'être déclarée en faillite.

Nombreux sont les avocats qui, parfaitement conscients de la gravité de leur situation financière liée ou non à un problème de santé ou un accident, se refusent à envisager de faire aveu de faillite. Ils oublient ainsi que, d'une part, l'omission de faire aveu de faillite constitue une infraction pénale, mais en outre que, contrairement aux idées reçues, la faillite permet d'obtenir l'effacement de ses dettes et de pouvoir recommencer son activité et prendre un nouveau départ.

#### 4. Quelles sont les perspectives d'avenir de pareille structure en 2020 ?

Il est très difficile de tableur sur l'avenir des avocats exerçant en petites structures mais



L'avocat exerçant en petite structure, voire en « solo », travaille en réalité souvent en solitaire. Cette situation peut parfois être pesante.

nous devons rester optimistes d'autant que nous ignorons quand prendra fin la crise du Coronavirus qui impacte tout type de structure d'avocats.

J'ignore moi-même si je continuerai dans le même type de structure jusqu'à la fin de ma carrière, bien que je doute fortement d'être capable d'en changer.

Peut-être que l'époque troublée que nous traversons fait que les jeunes d'aujourd'hui sont moins individualistes que leurs aînés et préfèrent travailler en équipe.

L'avocat doit repenser son activité en tant qu'entreprise, se poser les bonnes questions et se distinguer par rapport à la concurrence sous peine de risquer de disparaître.

L'avocat a-t-il un domaine d'activité préférentiel, une méthode de travail qui le distingue des autres et favorise sa rentabilité ?

La recherche de cette distinction n'est pas récente.

Qu'entend-on par distinction ?

Qu'est-ce qui va pousser le choix des clients de faire appel à tel ou tel avocat ?

Le client choisira un avocat exerçant en petite structure pour la réputation, le coût, la proximité, la relation de confiance, le contact plus direct, l'expertise dans le domaine, la réactivité, la vitesse d'exécution, la qualité du service, le pragmatisme, la disponibilité...

L'innovation s'impose-t-elle pour se distinguer ?

La réponse est négative puisque l'innovation n'est qu'un moyen parmi d'autres et non une condition.

L'innovation peut être technologique (numérisation, applications web, big data, IA, ...). Il ne peut être nié qu'un bon logiciel permet un gain de temps de traitement et donc un avantage sur les autres avocats.

La standardisation et la rationalisation des actes juridiques sont indéniablement un gain de temps (et d'argent) pour l'avocat, qui peut profiter des innovations technologiques lui permettant de consacrer du temps à des tâches à plus forte valeur ajoutée.

En effet, l'avocat peut se distinguer par d'autres particularités que l'innovation comme :

- une expertise pointue ;
- une réputation reconnue ;
- un mode de calcul des honoraires – honoraires très bas ou forfaitisés ;

- un processus de travail permettant une rapidité dans l'exécution ;
- une gestion des ressources humaines – l'organisation du cabinet – une équipe interne ou externe de collaborateurs compétents ;
- une communication particulière vers le public ;
- une présence accrue sur les réseaux sociaux ;
- une proximité géographique ;
- ...

A titre d'exemple, si l'article 446<sup>ter</sup> du Code judiciaire belge mentionne toujours que « Les avocats taxent leurs honoraires avec la discrétion qu'on doit attendre d'eux dans l'exercice de leur fonction » (et doivent le faire en demeurant dans les limites d'une juste modération). En réalité, les avocats facturent leurs prestations sur un mode contractuel avec transparence et une certaine prévisibilité qui sont encore largement insuffisantes aux yeux de leurs clients alors que les nouveaux acteurs du marché du droit (*legaltechs*, *start-ups*, plateformes,...) annoncent l'application de forfaits en toute transparence qui rassure les clients.

L'abandon de la méthode de facturation basée sur des *time sheets* pour un passage à la facturation de prestations à valeur ajoutée n'est pas une innovation technologique mais elle est peut-être essentielle pour se distinguer d'autant que bon nombre des tâches administratives peuvent être aujourd'hui déléguées ou gérées par des logiciels spécifiques et performants.

La tentation de la standardisation et de la rationalisation ne doit pas s'effectuer au détriment de la qualité du service juridique dispensé par l'avocat, qui demeure tenu par son devoir de conseil et d'assistance envers son client, que l'informatisation de notre société ne saurait remplacer.

Cette distinction pourrait se définir comme la valeur ajoutée qu'elle permet de créer pour le client qui attend de son avocat notamment :

- une proximité ;
- une disponibilité ;
- un échange confidentiel et de qualité ;
- une amélioration de son expérience avec le monde judiciaire ;
- une fiabilité dans les réponses qui lui sont données ;
- une rapidité accrue et un suivi proactif dans le service offert ;

- une prévisibilité du coût du service demandé une méthode de facturation sécurisante et transparente ;
- ...

L'avocat exerçant en petite structure doit-il se positionner par rapport aux innovations technologiques sous peine de disparaître ?

L'avocat en petite structure doit-il mettre en œuvre de l'IA dans son cabinet ou des logiciels de rédaction des contrats ou encore s'inscrire dans des communautés virtuelles d'utilisateurs de services juridiques pour se différencier et résister face aux *legaltechs*, *start-ups*, plateformes et autres acteurs du monde du droit qui empiètent sur son terrain ?

le bas, surtout face à des activités habituellement tarifées au sein de notre profession.

Par exemple, dans le cadre de la résolution de litiges, les *packs* proposés incluent un ou plusieurs actes au sein d'une procédure pour un montant forfaitaire souvent bien plus élevé que le seul coût des actes alors que cet accompagnement l'aurait été gratuitement par l'avocat en charge du dossier.

Il n'y a pourtant rien de plus difficile que d'évaluer le coût d'une prestation juridique, soit en raison d'un aléa sur la quantité de travail, soit en raison du mode appliqué de facturation alors que l'application d'un forfait est bien accueillie par le client, même si le coût global est plus cher.

## Les avocats ne doivent pas se réinventer sur le fond mais uniquement sur la forme.

### a) S'adapter

Cela fait plus de 2 000 ans que les avocats s'adaptent au marché en suivant l'évolution comme ils l'ont toujours fait jusqu'ici en s'équipant de téléphones portables, de télécopieurs, d'imprimantes, de logiciels de traitement de texte, de boîtes mail, de sites internet, d'outils de gestion de cabinet, tout en digitalisant de plus en plus leur travail pour devenir déjà comme certains d'entre eux *paperless*.

Pour agir dans ce sens, les avocats exerçant en petites structures comme les autres n'ont pas besoin de créativité ou d'innovation mais juste d'implanter dans leur cabinet des innovations élaborées par d'autres pour leur permettre de se concentrer à des tâches à plus forte valeur ajoutée dans la mission de conseil et de défense qui constitue le cœur même de leur travail.

Les avocats ne doivent pas se réinventer sur le fond mais uniquement sur la forme.

Sur le terrain, il y a un transfert manifeste d'une partie de l'activité de l'avocat vers les nouveaux acteurs du marché du droit (*legaltechs*, *start-ups*, plateformes,...). Certaines activités de l'avocat ont subi un véritable *dumping* de la part de ces derniers qui ont industrialisé le *process* afin de tirer les coûts et les prix vers

Les coûts « forfaitisés » sont bien moins élevés qu'un accompagnement sur mesure facturé à l'heure par un avocat mais ils répondent surtout à une demande du client qui n'aurait jamais sollicité ce type de prestations la pensant inabordable ou ne voulant pas prendre la peine d'en connaître le coût chez un avocat.

Ce constat révèle une réalité que la qualité du prestataire ou son titre d'exercice, n'est plus une condition essentielle pour le client en 2020.

Pour le client, comme pour toute consommation de services, seul le résultat compte mais il exige qu'il soit délivré rapidement et soit « globalement » satisfaisant.

L'avocat doit s'inquiéter de ce constat car le client semble trouver auprès de ces nouveaux acteurs du droit (*legaltechs*, *start-ups*, plateformes, ...) une certaine forme de considération en étant placé au centre de la stratégie commerciale avec une accessibilité inégalable 24h/24 et un prix plus qu'attractif.

Les règles de déontologie encadrant la profession d'avocats rendent toutefois la création d'un véritable *service low cost* difficile voire impossible, notamment du fait d'une responsabilité civile professionnelle qui peut être engagée pour tout acte, même effectué à titre gratuit. Ces règles méritent



dès lors d'être revues ou assouplies pour permettre aux avocats d'être plus concurrentiels sur le marché actuel du droit.

## b) Comment ?

Les avocats exerçant en petites structures doivent examiner le marché comme les autres en se demandant ce que font les autres avocats, que veulent leurs clients et quels sont les produits disponibles sur le marché et utiles à leur structure en rapport avec leurs coûts et leurs besoins.

Il est utile de rappeler que les innovations technologiques telles que le téléphone portable, le télécopieur, le courriel, l'imprimante, le site internet n'ont jamais été directement concurrentes des fournisseurs de conseils et de services juridiques que sont les avocats puisque ce sont de simples outils nécessaires au métier de l'avocat.

Or, c'est bien la menace des *legaltechs*, des start-ups, des plateformes et des nouveaux acteurs sur le marché du droit. Ces entreprises exploitant les technologies, forcent les avocats à devoir aller au-delà d'une simple adaptation des innovations technologiques comme ils l'ont toujours fait jusqu'ici.

## c) Investir pour se distinguer

Certains avocats ont choisi de devenir eux-mêmes leaders de la transformation numérique en créant ou en rachetant des start-ups, en développant eux-mêmes des

solutions innovantes, en s'associant avec des ingénieurs, en filialisant ces nouvelles activités de l'ère numérique.

Comment valoriser le travail de l'avocat si l'innovation technologique a pour essence de réduire le temps nécessaire à accomplir les tâches et donc de réduire le nombre d'heures facturables ? La solution n'est certainement pas d'augmenter le taux horaires.

L'innovation technologique n'est intéressante et économiquement viable pour les avocats que si elle se double d'une innovation dans le mode de tarifications de ses services.

Dans ce contexte et afin d'évoluer, l'avocat ne doit-il pas repenser la valorisation de sa rémunération en parallèle avec sa capacité financière d'investissement, son adaptation aux marchés du numérique ?

## 5. En conclusion

Il est probable que les avocats exerçant en petites structures se fassent de plus en plus rares, sans disparaître pour autant car ils ont leur place dans le paysage de l'avocature. Ils ont leurs atouts propres et offrent un autre type de service que les grandes structures (cf. supra).

Un constat général s'impose néanmoins à tous les avocats, qu'ils soient dans une grande ou une petite structure : la mission de conseil et de défense doit s'adapter à l'ère numérique qui a pour essence de

réduire le temps nécessaire à accomplir les tâches et par conséquent de réduire le nombre d'heures facturables. Le principe de calcul de la rémunération de l'avocat sur base de l'heure facturable doit être adapté en tenant compte des investissements numériques nécessaires pour permettre à chaque avocat de rester concurrentiel quelle que soit la taille de la structure dans laquelle il évolue.

Le conservatisme de la profession, le manque de temps, de moyens financiers et d'intérêt de la plupart des avocats exerçant en petites structures pour les questions d'innovations technologiques pousseront bon nombre d'entre eux à se limiter à suivre le mouvement et à vivre avec leur temps en privilégiant la distinction par des voies moins coûteuses et moins dangereuses.

En agissant de la sorte, ces avocats ne pourront pas se plaindre lorsqu'il sera trop tard pour se distinguer car ils auront laissé la porte grande ouverte aux nouveaux acteurs sur le marché du droit (*legaltechs*, *start-ups*, plateformes...) qui eux sont bien déterminés, financés et organisés pour emporter une partie importante de leur clientèle et les réduire au seul contentieux, le temps que tiendra encore ce monopole...

L'avenir des avocats exerçant en petites structures reste une question ouverte dont cet article ne fait que de lister quelques pistes de réflexion loin d'être complètes.

Il est cependant certain que la capacité qu'auront les avocats exerçant en petites structures à s'interroger de manière constructive et innovante sur le futur de leur place dans la société de demain paraît aujourd'hui plus qu'essentielle.

Vinciane GILLET<sup>1</sup>  
Présidente du comité national belge de l'UIA  
Bruxelles, Belgique  
[v.gillet@gillet-lex.be](mailto:v.gillet@gillet-lex.be)

<sup>1</sup>. Ancien membre du conseil de l'Ordre du Barreau français de Bruxelles  
Présidente de l'incubateur européen du Barreau de Bruxelles  
Président de la commission d'aide juridique de l'arrondissement judiciaire de Bruxelles  
Avocat spécialisé en droit international privé et droit de la famille



# Work-Life Balance: A Prerequisite for a Successful Lawyer

■ Eva INDRUCHOVÁ, LL.M., Ph.D.

Cet article traite de la problématique du stress et de son impact sur les avocats en abordant la nécessité d'un équilibre leur vie professionnelle et leur vie privée. Cet équilibre étant recommandée par de nombreuses études.

Parmi les solutions proposées, on trouve : les activités physiques, la méditation et surtout le yoga, qui a récemment été conseillé par l'École de Médecine de Harvard en tant qu'outil efficace pour lutter contre l'anxiété causée par la Covid-19.

In the eyes of the public, a successful lawyer is very often portrayed as a glamorous litigator from a prestigious law firm, with a panoramic view of the city from the highest floor of a building, as well as a huge salary. However, this idealistic image is frequently shattered by daily reality. To be successful (and in some countries to even survive) as a lawyer, it often comes at a high price – the lawyer's own health. Thus, paradoxically, for many lawyers, the image of desiring an (unattainable) "luxury" is replaced by the wish for a simple rest.

For some, the situation has even gotten worse during the current pandemic, which brought not only remote working challenges, but due to social distancing protocols, has also resulted in a reduction of clients and court cases. Many lawyers now have financial instability and gloomy future prospects.

In the past few years, the general population has seen an increase in the use of anti-depressants. The U.S., alone, has seen a growth of 400% in these prescriptions compared to 20 years ago. There has also been an increase in per capita alcohol consumption, as well as a rise in what are called "burnouts."

At the European level, the European Agency for Safety and Health at Work seriously discusses and attempts to help with what are called "psychosocial risks" at work. These risks are described as resulting in negative psychological, physical, and social outcomes. These outcomes include depression.<sup>1</sup>

With this already alarming developing situation in mind, we should now take into consideration the fact that according to numerous studies, lawyers are in one of the most stressful professions. Hard work, intense pressure, deadlines, excessive workloads, immense responsibilities, constant client demands, and a general emphasis on performance lead to long-lasting stress. Long lasting stress is linked to increased fatigue, insomnia, and may lead to anxiety, depression, burnout, and other serious health problems. They include an increased likelihood of heart attacks, diabetes, high blood pressure, increased cholesterol, and obesity.

In 2015, the American Bar Association conducted extensive national research on lawyer impairment.<sup>2</sup> The survey examined: (1) alcohol use, (2) substance abuse, (3) mental health issues, and (4) help-seeking behaviours. With a total of 12,825 lawyers participating in this study, the results showed that more than one third of respondents were experiencing problematic levels of alcohol consumption. Lawyers also disclosed that they used other addictive substances, including stimulants, sedatives, tobacco, cannabis, and opioids. The most common mental health problems lawyers reported were anxiety, depression, social anxiety, hyperactivity, panic attacks, and bipolar disorders.

With the acceleration of these problems, we are witnessing a rise in the numerous negative impacts of stress on lawyers' daily lives, where a host of these problems are known to have long neglected and stigmatised. For many lawyers who regard these problems as a professional taboo, the problems are played down. The facts, however, cannot be ignored any longer. Ultimately, lawyers' inability to face their problems may have a negative impact on their clients, and could lead to potential disciplinary problems and the lawyer's eventual departure from the legal profession. In France, for example, 1 out of 4 lawyers leaves the profession within 10 years of beginning their practise.

A lawyer's work-life balance, and physical and psychological well-being, play a vital role in the

successful delivery of legal services, including the lawyer's professional communication with clients. Ultimately lawyers' achievement of health is desirable for the common good of all lawyers in that the legal profession must be perceived as an honourable profession within a society.

Yet, the legal profession is amongst the last profession to a debate these topics. Why? The reasons behind this may be the fear related to harming reputations, and concerns regarding lawyer privacy and confidentiality. Lawyers need to deliberately pursue deep changes in maintaining their health in order to attain long-lasting results on individual, corporate, and society levels.

The subject of how lawyers can achieve health will now be addressed. As a first step, speaking up and raising awareness about the problem may be an effective means to change the current situation and de-stigmatise the topic. This effort would undoubtedly help to build foundations that would lead to better, more harmonious, legal futures. It is important to bring back an interest in the legal profession, an interest which is currently viewed as fading amongst the younger generation. This disinterest is demonstrated in the Czech Republic, where there has been a steady decrease of trainee lawyers in recent years.

Surprisingly, for many current employers, a new generation of "millennials" now refuse to work in the evenings, thereby renouncing their private lives. Perhaps slowly, the definition of "success" is changing. For a younger generation, success may mean leading a happy life and having a work-life balance. We may notice attention towards our "inner" selves - our feelings, well-being, and overall physical and mental health. After all, being "healthy," in the widest sense of the term, is indeed the main precondition for conducting any successful business.

Will it be possible to completely restructure the legal profession in order to attain this seemingly unrealistic vision? Some law firms have already launched training sessions and have started to look at meditation,



mindfulness, and the ability to cope with stress as new skills. Others are openly promoting a positive mental health approach and culture at their workplace. At first sight, this altruistic approach is in reality beneficial for the employer. It has been proven that employees with good mental health have a higher rate of productivity, and lower abstention hours from work. In the end, it could also be a powerful public relations and marketing tool for the firms, a way to distinguish themselves in the legal market since law firms are generally perceived as companies where work-life balance principles are not respected.

We may also notice positive initiatives at the international level. Both international law organizations and individual Bars across the world are creating special wellness committees, setting-up helplines, and providing other services for their members or organizing related training seminars, conferences, and online courses.

Many interesting surveys have been recently conducted and their reports published. Consider the "Path to Lawyer Well-Being" report drafted by the National Task Force on Lawyer Well-Being in 2017 in cooperation with the American Bar Association. This report includes practical recommendations for lawyers and focuses on eliminating the stigma associated with lawyers' mental health problems. The report further emphasizes well-being as an integral part of a lawyer's duty of competence and stresses the importance of educating lawyers in this field.

Something in this report that is very inspiring, yet complex, is the definition of "lawyer well-being." It is described as: "A continuous process whereby lawyers seek to thrive in each of the following areas: emotional health, occupational pursuits, creative or intellectual endeavors, a sense of spirituality or greater purpose in life, physical health, and social connections with others. Lawyer well-being is part of a lawyer's ethical duty of competence. It includes lawyers' ability to make healthy, positive work/life choices to assure not only a quality of life within their families and communities, but also to help them make responsible decisions for their clients. It includes maintaining their own long term well-being. This definition highlights that complete health is not defined solely by the absence of illness; it includes a positive state of wellness."<sup>3</sup>

What are the ways to increase well-being? On an individual level, most studies recommend

integrating physical activity and meditation into our daily lives. One ancient method that is accessible to all and was identified as an ideal restorative practice that combines both physical and mental elements, is yoga. Yoga is gaining popularity in many countries. In Sanskrit, "yoga" means "union," a union with oneself. Yoga helps us stay focused on the present moment. The practice results in the release of stress and tension, improves concentration, and enhances the physical condition. Gradually, yoga practitioners become more aware of their body and its needs, and they start to listen to and respect their body. Very often, it is the ignorance of the warning signs of our body that lead to an eventual collapse, break-down, and burnout.

Yoga is very efficient as a stress management technique because it incorporates physical exercise, breathing techniques (called "pranayama"), relaxation, and meditation. It offers many benefits compared to other physical activities.

We are at the beginning of a long path towards not only achieving lawyers' "well-being" as an integral part of a lawyer's life, but also "as a profession, we have the capacity to face these challenges and to create a better future for lawyers that is sustainable."<sup>6</sup> Relaxation and rest should not be a lawyer's luxury, it should be an integral part of a lawyer's daily working routine because health and well-being are the main preconditions for success in law, as well as all businesses. Our bodies need to recharge its batteries in order to deliver performance. It is up to all of us to assess our lives and make changes.

This article is written amidst the Covid-19 pandemic, which has revealed how fragile and unprepared our society is. Many changes need to be made, including within the legal profession. As tragic as it is, our loss also has a silver lining. The current pandemic may help us to perceive our lives with a new optic and cause us to adjust our professional careers. We need to shift the paradigm from

Some law firms have already launched training sessions and have started to look at meditation, mindfulness, and the ability to cope with stress as new skills.

Yoga has also been recommended by the Harvard Medical School as an efficient tool against depression, and is praised even more at this time of pandemic. Yoga has recently been suggested as a way to combat anxiety related to Covid-19.<sup>4</sup> It can also be beneficial for those who have no experience with yoga. A Harvard psychologist has stated that trying new things and discovering new activities can be a welcome distraction that can positively affect your health.<sup>5</sup> Not a yoga person yet? There are good reasons to start.

Regarding the general recommendations for stakeholders in the legal community, the "Path to Lawyer Well-Being" report provides both general and tailor-made recommendations applicable to a specific stakeholder. The general suggestions include: acknowledge the problems, destigmatize help-seeking behaviours, build relationships with lawyer well-being experts, provide high-quality educational programs, and de-emphasize alcohol at social events. More specifically, recommendations for legal employers include: form a lawyer well-being committee, assess lawyer's well-being, establish well-being policies, and provide training and education.

stigmatizing the attention to the well-being of lawyers, which has been portrayed as shameful and superfluous, to a new reality where work-life balance, mental health, and the well-being of lawyers is integrated as an inseparable cornerstone of our profession.

Eva INDRUCHOVÁ, LL.M., Ph.D.  
Lawyer and yoga teacher  
Prague, Czech Republic  
eva.indruchova@seznam.cz

1. European Agency for Safety and Health at Work, Psychosocial risks and stress at work, see: <https://osha.europa.eu/en/themes/psychosocial-risks-and-stress>.

2. The Prevalence of Substance Use and Other Mental Health Concerns Among American Attorneys, *Journal of Addiction Medicine*: January/February 2016.

3. The Path to Lawyer Well-Being: Practical Recommendations For Positive Change, The Report of the National Task Force on Lawyer Well-Being, August 2017, P. 9.

4. Harvard Medical School recommends yoga, meditation to deal with coronavirus anxiety, *The Economic Times*, March 16, 2020.

5. Idem.

6. Idem.



# Well-Being and the Strategies for Coping with the Competing Demands Faced by Young Lawyers



■ Bérangère DIOT & Veronica DINDO

Réflexions sur le bien-être des avocats, en particulier durant les premières années d'exercice, au regard d'un ensemble de facteurs liés au contexte professionnel et propositions de stratégies afin de faire face aux difficultés rencontrées.

## Introduction

Being a lawyer is an immense privilege. With our profession, in fact, we can contribute to improving and changing our clients' lives. At the same time though, our role often comes with hefty responsibilities, a heavy workload and high demands, which can threaten our well-being.

When we go through periods of particular distress, both our productivity and our quality of life are affected. Furthermore, the general state of well-being of the lawyers within a firm can have an impact on the business (for example, in terms of turnover).

The first part of this article aims to therefore provide some cues for a general reflection on the topic, such as a possible definition of well-being, a description of its measures and the examination of some situational factors that can influence and contribute towards our well-being.

The second part shares ideas and experiences of strategies that can be installed in order to improve the professional well-being of young lawyers in particular.

## What is Well-Being: The Importance of Awareness

The level of awareness on the importance of wellbeing in the legal profession varies from country to country.

In order to promote our well-being as lawyers and young lawyers, it is essential to begin with an understanding of the notion of well-being and possible tools for its assessment and improvement.

The American Bar Association – that appears to be quite attentive to the issue - has carried out interesting studies on the subject, which resulted in the drafting of a “Well-Being Toolkit for Lawyers and legal employers” in August 2018 ([www.americanbar.org](http://www.americanbar.org)).

The ABA Toolkit (pag. 7) claims that there are six dimensions to be considered to properly assess the well-being of a person: occupational, emotional, physical, intellectual (intended as the importance of continuous learning and intellectual challenges to foster an ongoing development), spiritual (intended as the development of a sense of meaningfulness and purpose) and social. According to the toolkit, these dimensions are all related and have the capacity to influence our quality of life.

This “multidimensional approach” to well-being appears sensible. We can consider that work is one important component

of life, although not the only one. At the same time, when we struggle in one area of our life, such as the occupational dimension, all the other aspects are affected, too.

## Well-Being at the Workplace

More specifically on the occupational dimension, in relation to well-being, it is interesting to note that research suggests that it is situational factors, more than individual traits and qualities, that influence whether we experience work engagement or burnout<sup>1</sup>.

Among these factors, there are for example: the amount of workload, a sense of control and autonomy, adequate rewards, a sense of community, fairness and alignment of values with the firm.

Individual strategies to improve well-being are, in fact, to be contextualized with regards to the work environment we are within: they will be successful so far as they are supported by a general culture attentive to the issue.

As a confirmation of the above, it is interesting to note that, regarding excessive workload, stress arises notably from uncertainty on how to deal with the tasks we are assigned, rather than due to an excessive amount of assignments to be followed, which we are more inclined to know how to deal with.



## Strategies for Young Lawyers to Improve their Professional Well-Being

As suggested in the first part of this article, well-being is not easy to achieve, and this is sometimes hard to admit, especially for young lawyers who have to face a high level of stress and pressure, whilst dealing with the various needs of clients, emergencies, meeting the requirements and expectations of the firm and its partner(s), constraints and deadlines.

A natural way to respond would be to just be yourself, to implement what was learnt at university, to improve with training and by gaining experience, to do your best, and to simply move forward without asking yourself what could be done in the work environment to improve your professional well-being.

Beyond the usual advice concerning physical and mental exercise (taking breaks, physical activity, meditation, reading personal development literature...), concrete and practical strategies can be installed to face day-to-day professional problems in order to improve well-being and ultimately work, as well as interactions with clients and others.

## Actions to Improve Work Conditions and Efficiency

The following actions are the result of feedback from lawyers and are also inspired by the Mindful Business Charter which was created at the end of 2018 and signed by several law firms <sup>2</sup>.

The first group of advice is practical. To be able to work efficiently, one is required to organize tasks, files, deadlines, by setting priorities and reminders at the start of the day, the week, the month, and to reorganize if necessary at short notice to deal with unexpected demands. Multitasking should to be limited however otherwise it can lead to mistakes, forgetfulness and stress. By planning carefully and considering yours and others' time, you will ensure sufficient time to work efficiently.

Although turning towards and being open to others is sometimes thought

Also, other than workload in itself, there are other related aspects that are relevant to the quality of work, such as the margin of autonomy that we have and therefore in managing our own time and setting out priorities. For example, coping with requests to meet tight deadlines which are not based on actual needs, can represent a source of stress.

Moreover, considering the evolution that technology has had in recent years, the difficulty to "unplug" has an important impact on a lawyer's sense of autonomy and control, given the demands of the clients and the potential availability of a lawyer 24 hours a day, 7 days a week, accessible via different communication methods.

It is a major change from the times when mail arrived in the morning and was likely

to be the only written news to be dealt with during a working day.

A regulation of the lawyers' availability and a well-planned organization which allows for the delegation of tasks during time-off is of essence to help prevent the feeling of being overwhelmed.

Finally, another situational factor that is worth noting is the importance of engagement towards work, which is based on the need to feel that our work is meaningful and that it corresponds to our values.

It could indeed be considered that "People work for money but go the extra mile for recognition, praise and rewards" (Dale Carnegie).



of as a weakness, it is a great source of learning and assistance. This can be acquired by asking questions directly and via feedback from colleagues or, in a less direct manner, by sharing your knowledge or by offering your help. Usually, others will then respond the same towards you. Redefining, clarifying or stating the difficulties of a task with the person in charge or someone with more experience often unblocks situations and allows to move forward. To improve relations with others, working on having a good communication is essential (talking, listening, not interrupting, setting meetings, and admitting when wrong...).

Being willful is also a source of well-being and can result in many positive returns. Creativity is not the monopoly of other professions and the development of ideas and proposals by young lawyers should be promoted and supported as some may feel intimidated. This implies thinking and defining your place within your work and the firm by taking responsibilities, by willing to gain in autonomy, in setting aims and short and long-term challenges. On a more active level, it can be fulfilling to participate in the firm's activities, in taking initiatives, and in occasions to socialize with colleagues.

Two examples of useful exercises were designed, one by Anne Brafford, former partner of a law firm, and the other by the Paula Davis-Laack, Founder and CEO of the Stress & Resilience Institute, and are summarized hereafter:

1. Identify your main strengths and weaknesses<sup>3</sup> (within six main categories: wisdom, courage, justice, humanity, temperance, transcendence), then think of ways to use them or find the right proportion in specific situations.

2. In stressful or frustrating situations, establish a list of the aspects that can be controlled (eg. the quality of your work) and the ones that cannot and need to be accepted (eg. clients past actions)<sup>4</sup> which will help to take a step back.

## In Conclusion

When reflecting upon strategies to improve our well-being at work (or that of one of our employees, trainees or colleagues) it is sensible to bear in mind both the fact that well-being is a complex concept, related not only to the occupational dimension, but also to the other areas of our life, and the importance of taking into account the working context in which we are and its characteristics. Awareness of the above will enable us to draft more suitable and effective solutions. Many actions can be implemented and successful if we decide to improve our well-being and are conscious of what we can do at our own level which implies rethinking our ways of working, communicating and being open to changes.

Bérangère DIOT  
Cadiou & Barbe  
Paris, France  
berangerediot@lawoffice.fr

Veronica DINDO  
Verona, Italy  
dindo@lawlab.it

1. ABA Toolkit, pag. 2, and A.M. Brafford in Positive Professionals: Creating High-Performing Profitable Firms Through the Science of Engagement, 2017.

2. See <https://mindfulbusinesscharter.com> : "The intention of the Mindful Business Charter is to remove unnecessary sources of workplace stress and promote better mental health and wellbeing in the legal community. We recognise that there will be times and transactions when long-hours and stress cannot be avoided, but this isn't always the case, and we want it to become the exception rather than the rule. In this way, the Charter is brave and commercial. It recognises that we cannot remove all sources of stress, nor will change happen overnight – but as a legal community we have a responsibility to try do things differently."

3. Anne Brafford, "Use your strengths", worksheet 10, in the « Well-being toolkit for lawyers and legal employers » for use by the American Bar Association.

4. Paula Davis-Laack, worksheet 6, in the "Well-being toolkit for lawyers and legal employers" for use by the American Bar Association.



MEXICO  
UIA CONGRESS  
GUADALAJARA  
SAVE THE DATE  
OCTOBER 27-31, 2021



www.uianet.org  
#UIAGDL



# LexisNexis and Sader Publishing Launch the First Trilingual French Civil Code

LexisNexis, in collaboration with Sader Publishing, launches the first trilingual French Civil Code (English – French – Arabic), under the supervision of Professor Michel Séjean, with a forward by Nicole Belloubet, former French Minister of Justice.

More than 200 years after its first edition, the Civil Code continues to have a global reach. It remains the point of reference for many codified and non-codified texts around the world. This Code is part of LexisNexis' desire to share the long history and experience of the Civil law with lawyers from different legal systems and to promote the Rule of Law across the globe.

Accessing the most updated version of the French Civil Code that incorporates the recent reform of the law of obligations, should prove to be particularly useful to many legislators, academics, researchers, students and practitioners around the world. To make sure that language is no barrier, LexisNexis and Sader Publishing have taken the initiative to combine in one book, an English and Arabic translation of the entire French

Civil Code in order to make the concepts accessible to as many people as possible – especially common law trained lawyers.

An explanatory note, written by a renowned professor precedes each section of the Civil Code.

The English translation was carried out by law professors from Loyola University (New Orleans, USA) and Louisiana State University (Baton Rouge, USA), as part of a project led by Juriscope. Expertise on English terminology was provided by Professor Michel Séjean.

The Arabic translation was carried out by Sader Publishing.

▶ **The trilingual French Civil Code can be purchased online at [www.lexiscode.com/en/](http://www.lexiscode.com/en/)**

Public price: EUR 49 / GBP 45

**Media contact:**

[Sanahine.kassabian@lexisnexis.fr](mailto:Sanahine.kassabian@lexisnexis.fr)

## About LexisNexis Legal & Professional

LexisNexis is a leading global provider of content-enabled workflow solutions designed specifically for professionals in the legal, risk management, corporate, government, law enforcement, accounting, and academic markets.

LexisNexis encompasses authoritative legal publications and services dating back to the 19th century including: The All England Law Reports and Halsbury's Laws in the United Kingdom, the JurisClasseur encyclopaedia in France, and [lexis.com](http://lexis.com), Shephard's and the Matthew Bender portfolios in the US.

Through the integration of information and technology, LexisNexis uniquely unites proprietary brands, advanced Web technologies and premium information sources. We provide customers across the globe with access to billions

of searchable documents and records from more than 45,000 legal, news and business sources.

## About Sader Publishing

SADER® comprises a group of companies, the first of which was a publishing house founded in Lebanon, in 1863. It is a heritage that has grown into a legacy in the field of law, in both Lebanon and the MENA region. SADER® provides comprehensive legal and business solutions to and for the Middle East, Gulf and Levant. In 1921, Youssef SADER transformed the company into a creator of legal content precious to the legal community in the region. SADER® became the first specialized legal publisher in the Middle East. Publisher of numerous legal compendiums and specialized books, it turned its offering from traditional print to online complex digital solutions. In line

with promoting its vision of facilitating access to legal information and services for people around the world, SADER sought to provide its expertise to the benefit of the greater Middle East region. The UAE Ministry of Justice being among its first and primary supporters, SADER launched the UAE Legal portal in 2007 with the Ministry of Justice. In 2008, LexisNexis and Sader Publishing joined efforts to launch the Lexis® Middle East online platform.

## About the Supervisor

Michel Séjean is a graduate of the Higher Institute of Interpretation and Translation (ISIT Paris) and holds a Ph.D. in Law. He is a Professor at the Université Bretagne Sud. He is the Editor-in-Chief of the Henri Capitant Law Review and a member of the Paris MENA Legal Club's Scientific Board.

## LexisNexis et Sader Publishing lancent le 1<sup>er</sup> code Civil Trilingue

LexisNexis, en collaboration avec Sader Publishing, publie le premier Code civil français trilingue (anglais-français-arabe), sous la direction du Professeur Michel Séjean. L'ouvrage est préfacé par Nicole Belloubet, Ministre de la Justice (France).

Plus de 200 ans après sa première publication, le Code civil reste le point d'appui de nombreux textes codifiés ou non-codifiés dans le monde. Le Code civil trilingue s'inscrit dans la volonté de LexisNexis de diffuser plus largement la culture civiliste auprès des juristes du monde entier, permettant particulièrement aux juristes de *common law* d'en maîtriser les spécificités, et d'encourager internationalement la promotion du *Rule of Law*.

L'accès au Code civil français, dans sa version la plus récente (à jour au 1<sup>er</sup> juillet 2019), est particulièrement utile pour de nombreux législateurs, universitaires, chercheurs, étudiants et praticiens à travers le monde. Pour que la langue ne soit pas une barrière, LexisNexis et Sader Publishing ont pris cette

initiative inédite de réunir dans un seul ouvrage une traduction anglaise et arabe de l'intégralité du Code civil français.

Pour que les concepts soient abordables, chaque section du Code civil est précédée d'une notice introductive et explicative (11 notices au total), rédigée par un universitaire de renom.

La traduction anglaise des textes a été effectuée par des professeurs du Loyola University (Nouvelle Orléans, États-Unis), et de la Louisiana State University (Baton Rouge, États-Unis) dans le cadre d'un projet porté par le Juriscope. L'expertise terminologique anglaise a été réalisée par le Professeur Michel Séjean.

La traduction arabe du texte a été effectuée et supervisée par Sader Publishing.

▶ L'ouvrage est disponible sur :  
<https://www.lexiscode.com/>

### A propos de l'auteur

Michel Séjean est diplômé de l'Institut supérieur d'interprétation et traduction (ISIT, Paris). Il est titulaire d'un doctorat en droit et agrégé en droit privé et sciences criminelles. Il est Professeur à l'Université Bretagne Sud et par ailleurs, rédacteur en chef de la *Henri Capitant Law Review* et membre du conseil scientifique du Paris MENA Legal Club.

### A propos de Sader Publishing

SADER® est une maison d'édition fondée au Liban en 1863. Elle constitue un héritage unique dans le domaine du droit, tant au Liban que dans la région MENA. Libraire de profession, son fondateur Ibrahim Sader, convertit rapidement sa librairie en une maison d'édition. En 1921, Sader devient le premier éditeur juridique spécialisé dans la région MENA. Les offres de Sader ont, depuis, évolué de l'édition papier traditionnelle vers les

solutions numériques les plus complexes.

En collaboration avec le Ministère de la justice des Émirats arabes unis, Sader lance sa plateforme « Sader UAE » en 2007, avec la volonté du pays de traduire sa législation fédérale vers l'anglais, afin d'ouvrir le pays aux investisseurs étrangers. Sader poursuit son expansion vers d'autres pays du Golfe, ainsi que la Jordanie et plus récemment Chypre, élargissant ainsi le périmètre de son activité, sa vocation étant de faciliter l'accès à l'information et aux services juridiques à travers le monde.

En 2008, Sader s'associe à LexisNexis. Cette collaboration entre les deux maisons d'édition a donné lieu à la création de la plateforme « Lexis Middle East ».

### A propos de LexisNexis® en France – [www.lexisnexis.fr](http://www.lexisnexis.fr)

LexisNexis, 1<sup>er</sup> groupe mondial des *legal-techs* avec des produits comme Lexis

360, Lex Machina, Ravel Law ou Lexis Advance. En France, LexisNexis est l'acteur leader des solutions d'information et d'analytics pour les professionnels du droit et du chiffre. L'entreprise s'appuie sur une expertise éditoriale centenaire et sur la maîtrise de technologies comme l'intelligence artificielle et la sémantique, pour concevoir une vaste gamme de produits et services : Lexis 360 (près de 80 000 utilisateurs professionnels en France et plus de 15 millions de contenus), la gamme Poly et son rédacteur d'actes juridique automatisé par l'IA, JurisData Analytics ou encore Lexis Actu. Ces outils sont utilisés par les professionnels du droit pour prendre les meilleures décisions et optimiser la sécurité juridique, la productivité et la performance.

### Contact Presse :

Sanahine Kassabian  
[sanahine.kassabian@lexisnexis.fr](mailto:sanahine.kassabian@lexisnexis.fr)  
01 45 58 94 55

# LE CODE CIVIL FRANÇAIS TRILINGUE

Premier ouvrage donnant accès à  
l'intégralité du Code civil français en  
langues anglaise, française et arabe

Co-édité avec  
Sader Publishing



À découvrir sur  
[lexiscode.com](http://lexiscode.com)



Legal Practice  
Pratique du Droit  
Ejercicio de la Abogacía







# L'expertise en matière d'art

I Philippe BOCQUILLON

Pour qui n'est pas amateur d'art, rien ne ressemble plus à un tableau qu'un autre tableau qui n'est jamais qu'une surface plane recouverte de couleurs en un certain ordre assemblées.

Et pourtant, ainsi que les médias s'en font régulièrement l'écho, les prix peuvent s'envoler et atteindre des sommets pour certains tableaux, sculptures ou meubles. Ces enchères nous font rêver en nous rappelant que cet objet que l'on a chez soi depuis toujours et dont on ignore l'origine ou tel autre reçu par héritage, a peut-être aussi une valeur insoupçonnée qui pourrait se révéler à l'occasion d'une vente publique ou à la faveur d'une attribution nouvelle et prestigieuse.

Mais qui détermine l'auteur et la valeur de tel objet d'art ?

Les experts, car ce sont eux qui sont chargés d'abord d'identifier son auteur et d'estimer ensuite l'œuvre qui leur est soumise. Sa valeur dépendra de la cote qu'accorde le marché à cet artiste qu'ils ont identifié et variera ensuite selon les qualités intrinsèques de l'œuvre qui tiennent à sa taille, sa qualité de conservation, sa place et son importance dans la production globale de l'artiste.

L'expert joue donc un rôle essentiel : il fait le partage du bon grain de l'ivraie. Il met de l'ordre dans cette matière soumise à toutes les tentations et convoitises. Il doit résister aux pressions que l'intérêt financier attaché à une attribution plutôt qu'à une autre peut exacerber.

Aussi, il est important de faire un point sur qui sont ces experts aux pouvoirs exorbitants et sur leur responsabilité car le rôle qui leur est confié et la confiance qui leur est accordée doivent rencontrer une conscience et une compétence à la hauteur de ces enjeux.

## I- Qui détermine l'attribution, l'authenticité et la valeur des œuvres d'art ?

Les « experts », mais aussi les « spécialistes » et les « ayants cause d'artistes ».

En cas de désaccord entre experts ou plus simplement de doute quant à l'attribution ou l'authentification d'une œuvre, la justice sera saisie et c'est encore un expert judiciaire, cette fois, qui sera désigné par le juge pour l'éclairer et qui scellera le sort de l'œuvre litigieuse.

grande prudence, sinon méfiance, à l'avis de ces hyper-généralistes qui ne peuvent tout savoir.

Ainsi, chacun peut s'attribuer ce titre prestigieux d'expert qui fait pourtant présumer une connaissance sûre, aigüe et hors du commun d'une discipline ou d'une matière.

Pour pallier cette absence de condition objective au droit de se dire « expert » et face à l'absence de toute réglementation en la matière, les experts s'organisent.

Il existe en France 3 syndicats importants d'experts :

La première précaution de l'expert généraliste qui doit se prononcer sur l'authenticité d'une œuvre sera d'ailleurs d'interroger le spécialiste de l'artiste, s'il existe [...].

### I. Les « experts »

Ils exercent le plus souvent en libéral sauf s'ils travaillent régulièrement pour une maison de vente qui peut les salarier.

Le plus souvent, en matière d'arts plastiques, ils sont généralistes même s'ils sont plutôt investis dans une période, mais celle-ci est très large puisqu'il n'est pas rare que l'on rencontre des experts en « peinture ancienne » qui englobe tous les siècles jusqu'au XIX<sup>e</sup> ou en « peinture moderne » qui prend le relais jusqu'à aujourd'hui.

Il est vrai, cependant, qu'à cette première distinction, certains revendiquent des champs de compétence plus restreints, se référant à certaines régions du monde telles que « les arts asiatiques » ou la peinture de tel pays, de telle région, de telle période.

Le titre n'exige ni diplôme ni même un nombre minimum d'années d'expérience. Autant dire que ce titre ne protège guère le public qui ne peut se fier qu'avec la plus

- Le SFEP : Syndicat Français des Experts Professionnels ;
- La CNE : Compagnie Nationale des Experts ;
- La CNES : Chambre Nationale des Experts Spécialisés.

Ces organisations professionnelles exigent de leurs adhérents des années d'expérience ou même un contrôle des connaissances par un examen d'expertise d'objets. Elles se sont fédérées en créant le 16 mai 1988 la Confédération européenne d'experts d'art qui a accueilli en avril 1993 la Chambre belge des experts en œuvre d'art. La confédération a élaboré un code de déontologie approuvé par son conseil d'administration en janvier 1994.

Mais si chacun peut librement se prétendre expert, celui qui certifie l'authenticité d'une œuvre d'art engage sa responsabilité. Si son avis s'avère erroné, il ne pourra faire valoir « après coup » n'avoir pas la qualité d'expert, cette qualification ne répondant à aucune définition objective. (Cour d'appel Paris, 1<sup>re</sup> ch., 22/03/2005)

## 2. Les « spécialistes »

Les « spécialistes » sont ceux qui se consacrent à l'étude et à la production d'un nombre très limité d'artistes, voire d'un seul. Ils ont publié, souvent rédigé le catalogue raisonné de leur artiste de prédilection qui est censé reprendre et répertorier son œuvre en son entier dont ils ont ainsi une connaissance approfondie. Leur opinion fait l'autorité.

La première précaution de l'expert généraliste qui doit se prononcer sur l'authenticité d'une œuvre sera d'ailleurs d'interroger le spécialiste de l'artiste, s'il existe, auquel il est tenté d'attribuer la paternité de l'objet d'art qu'il est chargé d'expertiser. Cette démarche est recommandée et consacrée par la jurisprudence.

Mais on peut regretter que les conservateurs souvent très spécialisés notamment dans les grands musées, et qui paraissent les plus à même d'exercer avec objectivité et autorité légitime ce pouvoir d'authentification des œuvres, se voient privés de la faculté d'éclairer le public. Le Décret n° 90-404 du 16 mai 1990 leur interdit en effet de se livrer directement ou indirectement non seulement au commerce mais aussi à l'expertise d'œuvres d'art et objets de collection.

Mais tous les artistes et surtout les moins célèbres, n'ont pas leur spécialiste et c'est pourquoi, par défaut, les ayants cause de l'artiste sont sollicités.

### 3- « Les ayants cause » de l'artiste

Les héritiers bénéficient d'une autorité de fait sur les attributions de leur ancêtre.

Ils ont d'abord un droit de divulgation. Parmi les œuvres demeurées dans l'atelier, ils disposent du droit de décider quelles sont celles qui méritent d'être montrées au public, celles qui doivent rester dans la famille et celles qui leur paraissent devoir être détruites.

Mais c'est essentiellement le droit qui leur est reconnu de faire saisir les faux qui leur a donné le pouvoir de juger de l'authenticité des œuvres des artistes concernés.

Mais, cependant, la jurisprudence ne confère à la famille qu'un pouvoir par défaut : CA Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 3/02/2004 : « *Les prérogatives attachées*

*au droit moral de l'auteur dont sont investis ses ayants-droit afin d'assurer la défense de l'œuvre de celui-ci pas plus que l'autorité reconnue et revendiquée par ces ayants droit sur la connaissance de cette œuvre, ne leur confèrent un pouvoir discrétionnaire sur l'authentification de celle-ci* ».

L'attribution par un membre de la famille cèdera presque toujours devant une opinion contraire argumentée d'un expert.

### 4. L'expert agréé par la justice

Quand un doute, un désaccord entre experts ou entre l'acheteur et le vendeur survient, la justice est saisie, tenue de départager ces avis contraires quant à l'attribution discutée.

La loi du 29 juin 1971 confère au juge un libre choix de l'expert auquel il donnera mission d'identifier son auteur et de déterminer sa valeur à la suite de rendez-vous contradictoires consacrés à l'examen de l'œuvre litigieuse.

Il existe des listes d'experts judiciaires, une liste nationale dressée par la Cour de cassation et une liste dressée par chaque cour d'appel. Pour figurer sur la liste, les candidats doivent seulement « *avoir exercé pendant un temps suffisant une profession ou une activité en rapport avec leur spécialité* ».

Ce titre d'expert agréé par la justice ne fait pas échapper son titulaire à sa responsabilité qui peut être engagée également à l'occasion de l'expertise qui lui a été confiée par le juge.

Le pouvoir de ces experts judiciaires est redoutable car bien qu'ils n'émettent qu'un simple avis, la justice se rallie systématiquement à leur opinion, même dans le cas où elle se heurterait à l'expertise du spécialiste de l'auteur pressenti... Sauf faute procédurale grave dans la conduite des opérations d'expertise contraignant le juge à écarter ses conclusions.

### II. La responsabilité des experts

Le titre d'expert n'étant pas protégé et chacun pouvant s'auto-qualifier ainsi, la responsabilité des experts se doit d'être très encadrée.

La matière est jurisprudentielle ; la responsabilité des experts relève pour l'essentiel

du droit commun en ce qu'elle est soumise aux dispositions générales du code civil régissant la responsabilité contractuelle ou quasi-délictuelle, sauf un texte spécial prévu pour les experts intervenant auprès des opérateurs de vente.

La jurisprudence évolue : elle est encore quelque peu hésitante, mais tend à une sévérité plus ferme, glissant de l'obligation traditionnelle de moyens à une obligation de moyens renforcée, certains arrêts suggérant de retenir l'obligation de résultat.

L'expert est sollicité par le public pour donner un avis sur une œuvre qui lui est présentée. S'il a pu identifier son auteur, il lui sera demandé d'établir un « certificat d'authenticité » par lequel il atteste de l'auteur de l'œuvre qui lui est soumise. L'expert engage alors sa responsabilité, non seulement vis-à-vis de celui qui l'a interrogé, mais aussi de tous ceux qui sur la foi de ce même certificat acquerront l'œuvre en considération de l'identification de son auteur qu'il aura découverte ou confirmée. (CA Paris 1<sup>ère</sup> ch., 8/12/2003). Mais l'expert n'est jamais tenu de donner un avis et il ne peut être contraint de se prononcer.

Si l'œuvre se révèle n'être pas de l'auteur qui aura été identifié par l'expert, traditionnellement sa responsabilité s'apprécie sur les moyens qu'il a mis en œuvre pour en arriver à la conclusion, dans notre hypothèse erronée, qu'il a proposée. C'est à la victime qu'il appartiendra de prouver qu'il n'a pas mis toute la diligence qui s'imposait mais qu'il a, au contraire, agi avec négligence en ne procédant pas aux recherches et investigations qui s'imposaient.

La jurisprudence traditionnelle recourt aux notions d'opérations « usuelles » et opérations « inhabituelles ».

L'expert est toujours tenu aux opérations usuelles telles qu'interroger le spécialiste de l'artiste, consulter les ouvrages de référence, rechercher la provenance de l'œuvre, examiner un tableau à la lampe de Wood.

Il n'a l'obligation de procéder à des actions « inhabituelles », c'est-à-dire à des examens très pointus, qu'en cas de doutes légitimes et si le coût n'est pas hors de proportion avec la valeur de l'objet concerné. Il ne peut se livrer à des examens scientifiques susceptibles d'endommager l'œuvre à expertiser

mais c'est à lui qu'il appartient alors de démontrer le risque encouru pour l'œuvre litigieuse pour justifier son abstention.

Enfin, les juges apprécient traditionnellement la faute au regard de l'état des connaissances à l'époque de l'expertise.

L'erreur d'expertise ne suffit donc pas : il faut qu'elle soit fautive pour engager la responsabilité de l'expert.

Cette jurisprudence traditionnelle a été bousculée par l'article L321-17 du code de commerce qui accroît la responsabilité de l'expert qui apporte son concours à une vente publique.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 février 2015 précise que, dans ce cas, l'expert est tenu « à une obligation de moyens renforcée ». Ce « renforcement » a pour effet d'inverser la charge de la preuve : ce n'est plus à la victime d'apporter la preuve que l'expert a commis une faute, mais à l'expert d'apporter la preuve qu'il n'a pas commis de faute.

Cette évolution se poursuit et une conception nouvelle paraît s'emparer de la jurisprudence qui n'est cependant pas encore définitivement fixée.

Un arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1995 décide assez banalement : « L'expert qui affirme l'authenticité d'une œuvre d'art sans assortir son avis de réserves engage sa responsabilité sur cette affirmation ». Cette formule a servi d'amorce à une conception nouvelle. La Cour d'appel de Paris, désignée comme juridiction de renvoi à l'occasion de cette procédure, a refusé d'examiner les arguments de l'expert qui soutenait que son avis était conforme aux connaissances de l'époque, pour asséner : « En certifiant que la toile était une œuvre authentique alors qu'elle était fautive, l'expert a engagé sa responsabilité ». (Paris I<sup>re</sup> ch. 18/02/1998)

Dans une autre espèce relative à l'expertise d'un meuble qui se révéla erronée quant à sa date de création, l'expert faisait valoir que seule une opération « inhabituelle » de démontage aurait permis de ne pas commettre l'erreur. La Cour d'appel de Paris a retenu la responsabilité des experts en affirmant que : « Les experts intimés ne peuvent s'abriter derrière le fait qu'un démontage du

meuble – que selon eux il ne leur appartenait pas d'entreprendre – aurait permis de déterminer à quelle époque il avait été fabriqué »

Dans une autre espèce encore, un expert objectait et démontrait pour justifier son expertise qui s'avèrera néanmoins erronée, que l'œuvre avait été soumise auparavant au peintre lui-même qui n'avait pas élevé d'objection quant à sa paternité : cet argument qui paraissait devoir emporter l'exonération de responsabilité de l'expert n'a cependant pas été retenu par la 1<sup>ère</sup> chambre de la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 15/01/2002 qui a repris la formule de la Cour de cassation en ajoutant que : « Quelles que soient les circonstances qui ont déterminé son opinion, sa responsabilité est engagée »

Un arrêt ose même la formule : « Considérant que les experts sont tenus à une obligation de résultat... » (Paris, 25<sup>e</sup> ch., 16/01/2004)

Toutefois, une résistance à cette conception nouvelle existe et les arrêts même récents qui ne s'y rallient pas, ne sont pas isolés.

Mais s'il serait faux de conclure que l'obligation de résultat est désormais la règle, il est néanmoins juste de retenir une indéniable tendance dans ce sens.

Eu égard à cette évolution de la jurisprudence, la tentation pour les experts d'assortir systématiquement leurs certificats de réserves est sans doute grande, mais quel est l'acquéreur qui se risquera à acheter une œuvre d'art au prix souvent élevé, quand le certificat sera expressément assorti d'un doute même de principe et émis à titre de précaution ?

Ce glissement vers une obligation de résultat s'explique notamment par le développement spectaculaire de l'assurance de responsabilité dont la souscription est fortement encouragée par les associations professionnelles d'experts auprès de leurs membres, et rendue obligatoire par la loi du 11 février 2004 pour les experts qui moyennant rétribution apportent leur concours aux maisons de vente et aux commissaires-priseurs.

La souscription d'une police d'assurance quand elle n'est pas obligatoire est vivement recommandée car si l'expert n'est pas tenu de garantir le vendeur de la restitution du prix de l'œuvre ayant fait l'objet de sa part d'un avis erroné, il peut être condamné à réparer

le préjudice accessoire subi par le vendeur tenu à restituer le prix reçu, dans le cas où ce dernier n'aurait pas les fonds lui permettant de faire face à son obligation envers l'acheteur.

Dans certains cas, l'expert peut être contraint vis-à-vis de l'acheteur de supporter le remboursement du prix de vente par le jeu de la responsabilité *in solidum* avec le vendeur. Certes le vendeur sera tenu de garantir l'expert, mais cette disposition n'exonèrera l'expert que si la solvabilité du vendeur lui permet de désintéresser l'acheteur.

Quant aux estimations, autre rôle fondamental des experts, les tribunaux sont beaucoup plus indulgents, l'estimation étant par essence aléatoire.

Hormis les cas de fraude ou de dol, ne sont sanctionnées que les erreurs d'estimation résultant d'une faute grossière d'expertise ou d'absence d'investigations élémentaires qui s'imposaient ou encore de recherche de références sérieuses.

La jurisprudence n'est donc pas encore arrêtée même si d'importants arrêts dénotent une tendance à une responsabilité accrue des experts.

Les hésitations de la jurisprudence s'expliquent, même s'il serait souhaitable qu'elle se fixe.

Une trop grande sévérité peut inciter les experts à refuser de se prononcer pour ne pas encourir les conséquences d'une faute ou même d'une simple erreur qui sont disproportionnées aux honoraires dérisoires qu'ils sont en mesure de réclamer pour procéder à leur expertise. Or, le marché de l'art a besoin de ce régulateur indispensable qui réduit les risques d'abus et de faux qui circulent au préjudice du public.

Une jurisprudence moins exigeante reviendrait aussi à ne pas inciter les experts à la prudence extrême qui doit guider leur travail et à créer des vocations chez des aventuriers dépourvus de compétence et du moindre scrupule sur lesquels ce marché très particulier peut exercer un attrait certain.

Philippe BOCQUILLON  
Avocat  
2 BV Avocats  
Paris, France  
phbocquillon@2bv-avocats.fr

# Algunas consideraciones prácticas sobre el mercado del arte en México

I Jaime Eduardo ORTIZ PALLARES

## Algunas consideraciones prácticas sobre el mercado del arte en México

Desde hace ya algunas décadas, la producción de artes plásticas se ha convertido en un vehículo importante de intercambio o inversión. El crecimiento que ha tenido este sector obedece a cambios significativos en la percepción misma del arte. Originalmente el arte se consideraba como algo propio de ciertos sectores cultos de la sociedad. Sin embargo, los modelos existentes de difusión de la información han permeado diversas capas de la sociedad, buscando hacer más accesible el arte a cualquier participante de la sociedad y ello ha representado no sólo grandes oportunidades para su difusión, sino también para la apertura de nuevos mercados. La propiedad o posesión de obras de arte, más allá de reflejar cierto nivel cultural de su propietario, actualmente se reconoce como reflejo de un estado de poder, de poder económico significativo o de las tendencias mismas de la moda. Prueba de ello, es la creciente existencia de ferias de arte, en donde lo relevante no es la difusión del arte mismo, sino su comercialización. Por ello, en nuestra opinión, es fundamental distinguir los dos aspectos esenciales del tema, es decir, por una parte, lo que podemos llamar la promoción y difusión del arte, lo cual consiste en aquellas actividades tendientes a difundir el estado actual de la cultura, mediante la difusión de las artes, sea a través de proyectos concretos o de exhibiciones en museos públicos o privados y, por la otra parte, lo que es el mercado del arte en sí, el cual, más que estar supeditado a la difusión, es un negocio que reditúa ganancias importantes a sus participantes. Es en este último aspecto en el que deseamos enfocar algunas reflexiones de la forma en que habremos de abordar el tema de las transacciones de obras plásticas, desde un punto de vista meramente práctico.

En México no existe un cuerpo normativo especializado o particular que regule el intercambio de bienes en el mercado del

arte. Realmente son las reglas del derecho común para el intercambio de bienes las que suelen aplicar. Sin embargo, existen otra serie de disposiciones legales que deben ser consideradas en este tema, con el objetivo de alcanzar el máximo posible de seguridad jurídica en este tipo de transacciones, con la finalidad de minimizar los riesgos a los que las partes se pueden enfrentar.

El primer aspecto a considerar en el intercambio de bienes en el mercado de arte, es determinar si la obra es susceptible de circular libremente en el comercio nacional o internacional ya que hay ciertas piezas que, por su naturaleza u origen, están restringidas o prohibidas para su venta o exportación por ser consideradas parte del patrimonio cultural del país<sup>1</sup>.

En México no existe un cuerpo normativo especializado o particular que regule el intercambio de bienes en el mercado del arte.

Otro aspecto fundamental a considerar en este tipo de transacciones es, precisamente, el de la autenticidad de la obra materia de la transacción. Este es un aspecto fundamental considerando que la mayoría de las veces, la obra de arte es una obra de carácter único, aún y cuando se trate de series de la misma obra como es el caso de grabados o esculturas, ya que la obra en sí misma es resultado del proceso creativo de su autor, independientemente que la obra sea de carácter primigenio o derivado<sup>2</sup>. Es indiscutible que el valor mismo de una obra artística, más allá de su técnica, ejecución, forma de fijación o aspecto, reside en la paternidad de su artista. Es decir, la obra en sí misma adquiere un valor determinado por ser atribuida al artista que la creó. Generalmente, la paternidad o autenticidad de una obra de arte se desprende del nombre del autor o signo o firma con que se identifica al autor cuando se trata de autores conocidos o bien, de su posible

identificación por sus características, cuando el autor es desconocido<sup>3</sup>. En nuestra opinión, la atribución de una obra como creación de un artista determinado, requiere de análisis tanto la autenticidad del nombre, signo o firma plasmado por el artista en la obra, como de las características y rasgos propios de la obra en cuestión. Hay casos en donde el artista no plasmó ni su nombre, firma o signo y sólo las características propias de la obra permitirán atribuir su paternidad a un artista determinado. Este último aspecto cobra especial relevancia ya que, generalmente, las obras falsificadas ostentan el nombre, signo o supuesta firma del artista. Atribuir la paternidad de una obra de arte a una persona determinada requiere de conocimientos especializados en el artista, de su trayectoria y sobre todo de

la forma y técnicas de ejecución de la obra. Cuando no existen evidencias documentales o históricas sobre la trayectoria de un artista, se torna complejo atribuir la paternidad de la obra a ese artista y sólo serán los dictámenes técnicos y científicos los que podrán soportar la autenticidad de la obra o al menos su atribución, a menos de que por las características de la técnica y ejecución empleadas, sea evidente que la obra pertenece a este artista. En estos casos, siempre será recomendable contar con varios dictámenes técnicos y científicos de profesionales que, por sus antecedentes, prestigio y experiencia, se encuentran capacitados para emitir una opinión seria y objetiva al respecto, para contar con un soporte documental objetivo y unánime de la autenticidad de una obra de arte.

Independientemente de lo anterior, en el mercado del arte, es común cubrir la atribución de la paternidad de una obra

a un artista determinado, mediante los denominados “certificados de autenticidad”. Los certificados de autenticidad son aquellos documentos en los que el artista mismo o un tercero experto o autorizado, hacen constar que una obra es de la autoría del artista que la creó. Este es un medio generalmente aceptado, aunque siempre será recomendable verificar el origen de dichos documentos, como se verá más adelante.

De la misma manera, también es recomendable verificar que todo certificado cuente con algunos datos básicos, como lo son las medidas de la obra, la técnica utilizada, la fecha de creación y las características propias de la obra, la fecha de expedición del certificado y la firma de quien lo expide; adicionalmente, si es posible, es importante que el certificado incluya algunos datos sobre la historia de la obra y su origen y si ésta ha sido exhibida y en qué lugares ha sido exhibida o si ésta ha sido publicada y en qué medios.

Sin embargo, no sobra señalar que, ante un mercado creciente en la falsificación del arte, muchas veces estos certificados son insuficientes para acreditar la autenticidad y paternidad de una obra. Cuando el creador de la obra aún vive es relativamente sencillo obtener la certificación de la autenticidad de la obra, ya sea por conducto del mismo artista o de diversos intermediarios que tienen relación con el artista, ya sea galerías, fundaciones o intermediarios. Sin embargo, cuando el creador ha fallecido, el trabajo de certificación de autenticidad requiere de la toma de ciertas precauciones para estar en posibilidad de verificar la autenticidad de una obra, caso en el cual que habrá que recurrir a la opinión de los expertos como ya se indicó.

Adicionalmente a la verificación de la autenticidad de una obra, también es necesario conocer el origen de la obra<sup>4</sup>. Salvo la adquisición de una obra de arte directamente del artista que la creó, las transacciones en el mercado del arte pueden tener su origen en subastas, galerías o particulares por lo que, en estos casos, es recomendable contar con los elementos que permitan conocer el tracto que ha tenido la obra desde su origen hasta su actual propietario. El proceso de verificación será mucho más complicado

cuando la obra tenga mayor antigüedad, si el artista ya falleció o si el artista no es reconocido. Cuando no es posible identificar el desarrollo que tuvo una obra desde su origen hasta su actual propietario, será fundamental, en primer lugar, analizar que la obra no se haya obtenido a través de una actividad ilícita y ello sólo podrá acreditarse con el título de propiedad del dueño o descartando que se trate de una pieza que haya sido ilegalmente sustraída de su propietario, para lo cual las instituciones públicas encargadas de la cultura o los museos pueden ser de gran ayuda cuando el autor es reconocido. También constituyen elementos de ayuda para determinar el origen de una obra de arte, los catálogos y los registros históricos. Muchas veces es posible reconstruir el desarrollo que una

considerando que la oferta es limitada al tratarse de piezas únicas. Sin embargo y en adición a las reglas de la oferta y la demanda, hay otros factores que inciden en el valor de una obra, entre otros, destacan el prestigio del artista<sup>5</sup>; la capacidad de producción que tenga un artista ya que, al referirnos a obras creativas únicas, no es el mismo valor que se puede atribuir a la obra de un artista vivo que el que se puede atribuir a un artista que ya falleció, por obvias razones; el formato y técnica empleados en la realización de la obra; las características de la obra; el periodo en que la obra fue realizada; el estado de conservación de la obra; si la obra ha sido objeto de publicaciones en revistas o libros especializados o si ha sido expuesta en museos nacionales o extranjeros o si forma parte de colecciones reconocidas.

Otro aspecto importante a considerar respecto del valor de una obra, no sólo reside en el valor que la obra tenga en sí misma, sino también en el valor de reventa que pueda tener.

obra de arte ha tenido desde su origen a través de estos registros. Cuando no sea posible contar con elementos que puedan acreditar la autenticidad y el origen de una obra de arte, el riesgo de realizar estas transacciones es alto y este sólo podrá ser controlado o minimizado de manera contractual.

Una vez acreditado el origen y autenticidad de una obra, otro aspecto a considerar en estas transacciones es el valor de la obra y el precio de la transacción. Este es un tema que ha suscitado muchas discusiones. Sobre todo, por la finalidad que se persigue con la adquisición de una obra de arte. Si bien es cierto existen parámetros de mercado aceptados para conocer el valor de la obra en función del reconocimiento que tenga un artista determinado, lo cierto es también que el valor de la obra, no será el mismo para un coleccionista principiante que aquel que esté dispuesto a pagar un coleccionista profesional cuando la obra en cuestión podría ser aquella faltante en su colección o el que está dispuesto a pagar alguien para disfrutar de la obra o aquel que pague el inversionista con la intención de obtener retorno a su inversión. Es claro que el valor de una obra de arte se define y determina por las reglas de la oferta y de la demanda,

El valor aproximado de una obra de arte se puede conocer partiendo de las características propias de la obra ya que ello permitirá conocer qué tipo de obras similares<sup>6</sup> han sido objeto de transacciones en el pasado y el precio que por las mismas se ha pagado. Para ello existen diversos medios. Existen páginas especializadas en Internet que reportan el precio de ciertas obras que han sido objeto de transacciones en mercados reconocidos. Adicionalmente, también es posible conocer el precio aproximado de una obra a través de los resultados reportados en subastas o bien, mediante cotización directa en galerías o en el taller del artista o en fundaciones dedicadas a la promoción y cuidado de la obra de un artista cuando este ya falleció. A falta de cualquiera de los medios antes mencionados el único proceso para determinar el valor de la obra, será a través de la obtención de un avalúo de peritos autorizados que cuenten con el prestigio, la experiencia, capacidad y conocimientos técnicos y profesionales requeridos para tal fin.

Otro aspecto importante a considerar respecto del valor de una obra, no sólo reside en el valor que la obra tenga en sí misma, sino también en el valor de



reventa que pueda tener. Si la obra no tiene posibilidades de ser vendida con posterioridad a su adquisición, el valor de la obra será realmente el que el mercado esté dispuesto a pagar por ella, demeritando el valor de la misma.

Adicionalmente, también el valor de la obra puede tener repercusiones en función del tipo de enajenante. No será lo mismo adquirir la obra en una galería especializada que en una galería no especializada, ni en una subasta, ni entre particulares. Generalmente, las galerías especializadas son bastante estrictas en cuidar tanto la imagen y reputación del artista como la de la propia galería y, por ello, son poco flexibles para negociar el precio de una obra, cuestión que generalmente no sucede con galerías no especializadas. La adquisición de obras de arte en subastas puede tener grandes beneficios porque, generalmente, el precio de salida de venta de la obra, inicia por debajo del precio promedio de mercado con la finalidad de incentivar su compra por lo que, en caso de no existir posturas adicionales al presentada por el precio de salida, este tipo de adquisiciones se presentan como una oportunidad en el mercado; sin embargo, si hay posturas posteriores al precio de salida, es común que el precio de una obra se incremente más allá de su precio de mercado sentando nuevos elementos para la valuación de las obras del artista de que se trate. Este es el mejor ejemplo del juego de las reglas de la oferta y la demanda, en las transacciones de obras

de arte. Las transacciones entre particulares permiten tener mayor flexibilidad en la transacción de una obra ya que son diversos los factores que pueden influir en el origen y razones de la transacción.

Una vez definidos el origen, autenticidad y valor de una obra de arte será necesario definir aquellos aspectos propios de la transacción y más allá de los aspectos comunes a considerar en una transacción de intercambio de bienes como lo son los antecedentes, declaraciones, forma de pago, términos de entrega, traspaso de riesgos, entre otros, también será importante considerar ciertos aspectos relacionados con los derechos autorales correspondientes, como lo son los relativos a la exhibición, reproducción o explotación de la obra.

La Ley Federal del Derecho de Autor dispone que el derecho de autor no está ligado a la propiedad del objeto material en el que la obra esté incorporada por lo que, salvo pacto expreso en contrario, la enajenación por el autor o su derechohabiente del soporte material que contenga una obra, no transfiere al adquirente ninguno de los derechos patrimoniales sobre tal obra<sup>7</sup>. Por lo que, en este sentido, el propietario de la obra, en caso de que no le hayan sido transmitidos los derechos patrimoniales del derecho de autor sobre la obra, estará impedido de realizar ciertos actos tendientes a explotar la obra, por lo que únicamente podrá utilizarla, sin necesidad de autorización previa del

autor o su derechohabiente, ni pago de contraprestación alguna y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

- I. Cita de textos, siempre que la cantidad tomada no pueda considerarse como una reproducción simulada y sustancial del contenido de la obra;
- II. Reproducción de artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios referentes a acontecimientos de actualidad, publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, o cualquier otro medio de difusión, si esto no hubiere sido expresamente prohibido por el titular del derecho;
- III. Reproducción de partes de la obra, para la crítica e investigación científica, literaria o artística;
- IV. Reproducción por una sola vez, y en un sólo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro.  
Las personas morales no podrán valerse de lo dispuesto en esta fracción salvo que se trate de una institución educativa, de investigación, o que no esté dedicada a actividades mercantiles;
- V. Reproducción de una sola copia, por parte de un archivo o biblioteca, por razones de seguridad y preservación, y que se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer;
- VI. Reproducción para constancia en un procedimiento judicial o administrativo;
- VII. Reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales de las obras que sean visibles desde lugares públicos; y
- VIII. Publicación de obra artística y literaria sin fines de lucro para personas con discapacidad<sup>8</sup>.

Por otra parte, en el caso de que en la transacción se haya acordado la transmisión de los derechos patrimoniales de la obra en cuestión, el adquirente está obligado al pago de una contraprestación que podrá ser determinada de manera fija o mediante el esquema de regalías; siendo importante destacar que la transmisión de los derechos patrimoniales sólo será de carácter temporal y cuyo término, de manera excepcional, podrá ser mayor a quince años cuando la naturaleza de la obra o la magnitud de la inversión así lo justifiquen<sup>9</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, en este tipo de transacciones también será recomendable regular los efectos relativos a los derechos autorales correspondientes, si serán o no transmitidos los derechos patrimoniales, la vigencia de explotación de los mismos y la forma en que será pagada la contraprestación por tal motivo y a quien deberá ser liquidada<sup>10</sup>.

Sin embargo, e independientemente de todo lo anterior, cualquier transacción que involucre una obra de arte, deberá ser tratada en atención a las características particulares de la obra en cuestión ya que estas son las que definen el alcance obligacional y de responsabilidad que deberán asumir las partes. Por ello, solo es nuestra intención dejar en estas líneas un esbozo práctico de los aspectos fundamentales que deben regir en este tipo de transacciones, deseando que, de alguna u otra manera, pueda ser de utilidad para los lectores.

Jaime Eduardo ORTIZ PALLARES  
*Ortiz, Noriega y González, S.C.*  
México D.F., México  
[jeop@ono.com.mx](mailto:jeop@ono.com.mx)

1. Por ejemplo, la Ley de Bienes Nacionales considera sujetos al dominio de la Federación los muebles de la Federación que por su naturaleza no sean normalmente sustituibles, como los documentos y expedientes de las oficinas,

los manuscritos, incunables, ediciones, libros, documentos, publicaciones periódicas, mapas, planos, folletos y grabados importantes o raros, así como las colecciones de estos bienes; las piezas etnológicas y paleontológicas; los especímenes tipo de la flora y de la fauna; las colecciones científicas o técnicas, de armas, numismáticas y filatélicas; los archivos, las fonograbaciones, películas, archivos fotográficos, magnéticos o informáticos, cintas magnetofónicas y cualquier otro objeto que contenga imágenes y sonido, y las piezas artísticas o históricas de los museos.

De la misma manera, la Ley Federal Sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas restringe el comercio de piezas prehispánicas o prevé la posibilidad de emitir declaratorias que consideren patrimonio artístico del país ciertas obras o monumentos. En este último supuesto hay ciertos artistas mexicanos reconocidos como lo son Diego Rivera, Gerardo Murillo, Saturnino Herrán, Frida Kahlo, entre otros, cuyas obras no son susceptibles de ser vendidas para que permanezcan de manera definitiva en el extranjero.

Adicionalmente, la Ley Federal del Derecho de Autor prevé que el titular de los derechos patrimoniales de una obra puede oponerse a que la misma sea exhibida, reproducida, publicada, editada o fijada en algún material; gozando también, del derecho a oponerse a que la obra sea vendida o distribuida, salvo que la obra en cuestión ya haya sido vendida.

2. La Ley Federal del Derecho de Autor define como obras primigenias aquellas que han sido creadas de origen sin estar basadas en otra preexistente, o que, estando basadas en otra, sus características permitan afirmar su originalidad y

como obras derivadas, aquellas que resulten de la adaptación, traducción u otra transformación de una obra primigenia.

3. Estas características de identificación de una obra según su autor son las que recoge la Ley Federal del Derecho de Autor.

4. Hay casas de subastas de prestigio reconocido que se niegan a subastar las obras de ciertos artistas si el origen de la obra en cuestión no queda claramente acreditado. Inclusive hay casos en los que se han retirado obras anunciadas para una subasta, cuando han surgido dudas sobre su procedencia o autenticidad.

5. Cuando hacemos referencia al prestigio de un artista nos referimos a su trayectoria tanto en la vida cultural como en el mercado, es decir, el tipo y número de exhibiciones que ha realizado, si sus exposiciones han sido individuales o colectivas, nacionales o extranjeras, si han tenido lugar en museos de reconocido prestigio; si las obras forman parte de colecciones públicas y privadas importantes o si estas forman parte de algún espacio público. Y en cuanto al prestigio del mercado, nos referimos a la aceptación que generalmente tiene un artista no sólo para los coleccionistas, sino para el público en general y a la capacidad de reventa que la obra en cuestión puede tener.

6. Al referirnos a obras similares estamos considerando que estas se realizaron con la misma técnica, en periodos similares de producción y en mismos soportes materiales y en formatos idénticos o parecidos.

7. Cfr. Artículo 38 de la Ley Federal del Derecho de Autor. Generalmente, en las transacciones de obras plásticas es práctica común que no sean transmitidos los derechos patrimoniales de autor de las obras.

8. Vid artículo 148 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

9. Cfr. Artículos 30, 31 y 33 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

10. En México la Ley Federal del Derecho de Autor regula la figura de las Sociedades de Gestión Colectiva, las cuales, sin ánimo de lucro, se constituyen con el objeto de proteger a autores y titulares de derechos conexos tanto nacionales como extranjeros, así como recaudar y entregar a los mismos las cantidades que por concepto de derechos de autor o derechos conexos se generen a su favor. En este sentido, es fundamental aclarar si las regalías o contraprestaciones pactadas serán liquidadas a este tipo de sociedades o al autor o a sus derechohabientes ya que es común que, una vez liquidadas las contraprestaciones pactadas al autor o a sus derechohabientes, estas sociedades demanden el pago de la contraprestación correspondiente argumentando que tienen derecho a ello por representación del autor.





# Donación versus liberalidad dentro del matrimonio

La protección constitucional de la familia

I Luis ZARRALUQUI NAVARRO

*“Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes, será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes:*

*1º Que el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos.”* (Artículo 644 del Código Civil).

La señora Domínguez ha pedido hora con un abogado para tener una segunda opinión porque está muy preocupada por lo que le ha pasado a su amiga Julia.

Ambas amigas se casaron, con pocos meses de diferencia, hace veinte años; son amigas de toda la vida y Julia acaba de divorciarse. Ella ha quedado razonablemente contenta – nunca se está completamente satisfecha en estos procedimientos – porque, además de la custodia de sus tres hijos menores de edad (el más pequeño tiene solo 4 años) y el uso del domicilio familiar, ha obtenido una pensión compensatoria a cargo de su marido durante un período de tres años; aunque ella pedía siete decidió conformarse con los tres que acordó el juzgado de familia, pero se teme que el contrario, no.

Hasta aquí todo *normal*.

El problema por el cual la señora Domínguez quiere esa segunda opinión es porque Julia la ha llamado ayer, muy alterada, para decirle que su marido (ex marido, ya) le había puesto una nueva demanda solicitando la revocación de las donaciones que le hizo durante los primeros dieciséis años que estuvieron casados; hasta que nació el menor de sus tres hijos. Y parece ser que un juzgado de primera instancia lo ha acordado en base a que han nacido hijos con posterioridad a esas donaciones y hay que proteger la legítima de los hijos. El importe asciende a 1.154.000 € y el listado es tremendo; comprende todos los regalos que le ha ido haciendo su marido a lo largo de estos años; desde el Ford Focus que le regaló antes de tener su primer hijo, hasta los diez viajes de esquí que él le regalaba cada año por su cumpleaños, la operación

de pecho que le regaló cuando tuvo su segundo hijo, los distintos colgantes que iba añadiendo a su pulsera de oro cada vez que se quedaba embarazada, pasando por un reloj, un traje de chaqueta de Armani, unos zapatos de Prada, y así una lista larguísima.

Julia siempre pensó que eran regalos aunque es cierto, ahora lo recuerda, que en alguna de las transferencias que le hizo a su cuenta particular para pagar el regalo – en concreto la operación de cirugía del pecho –, en el apartado “concepto” puso *donación*; sin más. La verdad es que a ella le sonó *muy fino* pero no le dio mayor importancia; ya se sabe lo que son *estas cosas de los bancos*.

Por otra parte, también es cierto que ella, más modestamente porque no ha trabajado nunca, le ha hecho a él regalos durante todo el matrimonio; lo habitual.

El abogado de su amiga Julia, con el que ha tenido esa primera consulta, le ha informado que hay un artículo del Código Civil, concretamente el 644, que regula las donaciones y la posibilidad de que sean revocadas por el mero hecho de que el donante tenga un hijo con posterioridad a la donación.

La señora Domínguez está muy preocupada porque, aunque su matrimonio va muy bien *a día de hoy*, quiere saber si eso también le puede ocurrir a ella porque su marido y ella tuvieron muchas dificultades para tener hijos – estuvieron casi cinco años haciéndose tratamientos específicos para lograrlo – y, durante ese tiempo, él le hizo infinitos regalos – incluida una cantidad de dinero para pagar la entrada de su actual vivienda de la que son copropietarios – y ahora no sabe si va a tener que devolverlos.

Sin embargo, el abogado de Julia le ha *tranquilizado* diciéndole que no debe preocuparse porque está seguro que la Audiencia Provincial va a revocar esa sentencia, ya que la misma es contraria, entre otras cosas, al deber fundamental recogido en el artículo 39.1 de nuestra

Constitución que asegura la protección, social, económica y jurídica de la familia.

El problema que tienen tanto Julia como su amiga, la señora Domínguez, es real y, desgraciadamente, puede crear una tremenda alarma social si nuestro Tribunal Supremo no da unas pautas claras en cuanto a la diferencia entre *donación estrictu sensu* – al que se refiere el artículo 644 del Código Civil – y las habituales liberalidades o regalos entre maridos y mujeres.

En los matrimonios – donde la gran mayoría de los mismos tienen como uno de sus objetivos principales tener hijos – los cónyuges se hacen regalos; no *donaciones* en el sentido jurídico del término. La voluntad de los esposos cuando se hacen regalos no es que tengan el tratamiento legal de las *donaciones* ni *préstamos* sujetos a devolución.

Al igual que en los terrenos fiscal y penal, los comportamientos, “transmisiones” y actuaciones entre cónyuges – en aras a esa protección constitucional de la familia – gozan de un tratamiento especial. Para que sean consideradas *donaciones* y no regalos o liberalidades esas transmisiones deben llevar el “refuerzo” de ser otorgadas en escritura pública, como ocurre con los inmuebles.

La clarificación por parte de nuestro Tribunal Supremo es necesaria; de lo contrario estamos protegiendo el abuso y la inseguridad dentro de la propia familia.

Luis ZARRALUQUI NAVARRO  
Zarraluqui Abogados de familia  
Madrid, España  
lzn@madrid.zarraluqui.net





# The Growth of Animal Law

I Joan E. SCHAFFNER

Bien que les avocats défendent les animaux depuis de nombreuses années, les questions relatives aux animaux et à la loi n'ont suscité un intérêt général, aux États-Unis et à l'étranger, qu'au cours des 15 dernières années. Ce domaine traite des règles régissant toutes les interactions humaines impliquant des animaux et recoupe tous les domaines de fond de la loi. Alors que les humains comprennent mieux les capacités de tous les êtres sensibles et apprécient à quel point toutes nos vies sont devenues interconnectées, le droit animal continuera à se développer et à jouer un rôle essentiel dans les régimes juridiques nationaux et internationaux.

## Introduction

Although lawyers have been advocating for animals for many years, issues surrounding animals and the law have only gained widespread interest in the U.S. and abroad in the past 15 years. In 2005, when hurricane Katrina struck the Gulf Coast, thousands of people were forced to flee without their companion animals or risk death by remaining at home to protect them. The animals left behind were often rescued and shipped throughout the U.S. to await reunification with their owners or to find new homes. Myriad legal issues followed that involved the intersection of emergency management law and animal law. There were many questions about proper holding periods, transfer of ownership, and liability of rescuers. Congress passed legislation requiring that states include animals in their emergency evacuation plans in order to receive federal funding for disaster relief.

2007 was an active year for events involving animals worldwide. Early in 2007, contaminated pet food from China, used by many of the most popular brands, led to extensive animal deaths and the major recall of pet food. Numerous legal issues followed this poisoning and raised questions of liability

and proper remedy for the loss of one's companion animal. In the spring of 2007, a dog-fighting ring was discovered on property owned by Michael Vick, a famous U.S. football player. Vick was ultimately indicted under various federal and state criminal laws and a huge underground enterprise in dog fighting was exposed to a horrified public. Notably, the federal district court, for the first time, appointed a guardian/special master to represent the interests of the seized dogs. In August, Leona Helmsley passed away and gained notoriety by leaving \$12 million in trust to her beloved white Maltese dog, "Trouble." And, in October, the largest puppy mill enterprise in Virginia was exposed in which over a thousand dogs were rescued from deplorable circumstances of cruelty and neglect.

greatest advancements in animal advocacy for exotic animals in entertainment. Sea World announced in 2016 that it would end the breeding of orcas. Already, the California Coastal Commission has banned the breeding of captive orcas in the state.

Just one year later, after years of controversy, litigation, and legislation, the so-called "Greatest Show on Earth" closed. Ringling Brothers had been embroiled in a 14-year lawsuit over their treatment of Asian elephants, fined \$270,000 by the U.S. Department of Agriculture for violations of the Animal Welfare Act, and was unable to travel to key cities, like Los Angeles, after the cities banned the use of bull hooks. And legal progress continues. In December 2018, New Jersey enacted "Nosey's Law"

[...] In the U.S., all jurisdictions have anti-cruelty laws that provide minimal protections against suffering for certain animals (primarily companion animals) that include both felony and misdemeanor sanctions.

In July 2015, Cecil the lion was killed in Zimbabwe by a wealthy American dentist trophy hunter. Although there was nothing particularly unique about the hunt, the famous lion's death went viral and brought increased attention to the horrors of trophy hunting. Soon after, several airlines banned the transport of lion, leopard, elephant, rhinoceros, and buffalo trophies. By 2016, the U.S. Fish and Wildlife Service listed African lions as endangered, implemented a permitting process for trophy imports, and banned the import of trophies of captive-bred lions killed during canned hunts.

Blackfish is a documentary film on the tragic life of Tilikum the orca. Tilikum was ripped from his family at two years old, held captive, and forced to perform. In 2010, the orca, then 33, killed three people, including his trainer. The film made a huge "splash" with audiences worldwide and arguably contributed to one of the

and became the first state to ban most wild animals in circuses and travelling shows. In the summer of 2019, the United Kingdom joined 27 other countries that ban the use of wild animals in circuses.

These highly publicized events and tragedies reflect only a small part of the situations that invoke the policy and law governing our relationship with animals.

## What is Animal Law?

So, what is animal law? Humans have raised, trained, worked, fought, confined, lived with, experimented on, bought, sold, and hunted animals for thousands of years. The field addresses the rules governing these human practices involving animals. The area is quite diverse, cutting across every substantive area of the law, including property, tort, contract, family, criminal, administrative, environmental, and international.

As a general rule, all captive animals are characterized as personal property under the law. Wild animals are the property of the “common” and managed by the sovereign that has jurisdiction over the land in which the wildlife live. Most laws addressing wildlife are a subset of environmental laws. Thus, animal law is organized around the human use of the animal as property – for companionship, research, entertainment, sport, or food, and as a natural resource. Each of these human uses raise different legal issues and thus different legal regimes have developed to govern each. That is not to say that there is no overlap among these groups, but often the legal issues and laws governing each use are distinct. The result, of course, is that a given species of animal (say a dog, horse, rabbit, or elephant), are treated differently under the law depending upon whether the animal is a domestic or wild animal – living in the wild or captive – and, the owner’s use of the animal.

In the U.S., private state laws of torts, contracts, property, trust and estate, and family law provide protection for human owners’ property interests in their animals. Public state and federal laws govern both the treatment of certain domestic and wild captive animals to provide for their welfare and certain wild animals to protect the public’s interest in the environment. Perhaps the two most important laws in the U.S. that protect domestic and/or captive wild animals are the state anti-cruelty laws, designed to protect animals from criminal abuse and neglect, and the federal Animal Welfare Act (AWA), designed to avoid cruel treatment of animals used in research, entertainment, and for breeding, by setting standards for their humane treatment by those who use them for profit. Further, the most well-known law governing wild animals is the Endangered Species Act (ESA), which is designed to protect species from extinction. The ESA was enacted to implement in the U.S. the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES), the multilateral treaty that entered into force in 1975.

The characterization of animals as property has been criticized by many who argue that animals are quite different from any other form of property. All other forms of property are inanimate objects that have

no feeling of pain or pleasure nor capacity to communicate or establish relationships with others. Animals, however, are sentient beings who can feel pain and pleasure, are self-aware social beings; and today, most people agree that animals must at least be protected from unnecessary intentional cruelty. Thus, in the U.S., all jurisdictions have anti-cruelty laws that provide minimal protections against suffering for certain animals (primarily companion animals) that include both felony and misdemeanor sanctions. Moreover, these laws go beyond prohibiting cruelly beating, injuring, or overworking the animal and impose minimum affirmative duties on their owners to give adequate food, air, water, and shelter to the animals under their care.

Since animals can feel joy and physically and emotionally thrive as thinking, social beings, they also deserve to be treated

of care for animals while on the farm, as well as during transport and at the time of slaughter, provide some protection for their interests. Of note, under any law, an owner may legally kill their animal so long as it is done “humanely.”

There are serious shortcomings with many of the laws designed to protect animals in the U.S. First, enforcement is very weak. In most jurisdictions, the public prosecutor or designated agency must enforce the law, and, with limited resources and a multitude of competing interests, enforcement generally is low. Second, hundreds of thousands of animals are exempt from the laws. For example, all birds, mice, and rats used in research are exempt from the AWA, and all birds used for food are exempt from the HMSA, and there are virtually no laws that govern our treatment of fish, many of whom are sentient beings.

The line that divides the animal welfarist and the animal rights advocate is the belief that animals have the inherent right to be free from human use and control.

humanely and with care. In addition to the anti-cruelty laws, the federal AWA sets standards for the care of animals used in research, entertainment, and breeding. Most standards are very minimal; in fact, arguably compliance with the standards themselves if allowed in a different context, might violate the state’s anti-cruelty laws. This conundrum is avoided under the law by exempting these practices from the anti-cruelty codes.

In the U.S., animals used for food are the most neglected community of animals. Only two federal laws govern farm animals—the Humane Methods of Slaughter Act (HMSA) and the 28-Hour Law that addresses the transport of animals. No federal law protects animals while on the “farm.” In recent years, a few states have enacted laws to provide minimal protections to animals from the most cruel forms of confinement, such as battery cages, gestation crates, and veal crates; however, they protect very few of the animals who live on farms as most of these laws are in states that have relatively few “farms.” Notably, in other countries, such as those of the European Union, directives establishing minimal standards

## Animal Welfare v. Animal Rights

Lawyers who are interested in improving the legal treatment of animals such that their interests and inherent worth are recognized focus on animal protection law, which is a subset of the more general area of animal law. The primary difference is that the focus of these lawyers is on the animal’s inherent interests rather than their owner’s interests.

Generally speaking, individuals committed to improving the treatment of animals fall into two categories depending upon their philosophy: those engaged in seeking to enhance animal welfare—the physical and mental state of the animal—and those engaged in seeking to define and enforce animals’ “rights.” The laws relating to animals can be viewed on a continuum from virtually no animal protection to broad sweeping rights for animals with varying protections for animals along the spectrum. Let’s see what this spectrum might look like.

At the one extreme lies Descartes’ view of animals that they lack feelings

and emotion, even pain, and thus humans could treat animals however they choose, independent of the harm inflicted on the animal. Most people, and the laws, do not proscribe to this view any longer. The most uncontroversial position allowing minimal protection for animals is depicted in the basic anti-cruelty laws that prevent affirmative acts of cruelty towards certain animals by humans. However, as we discussed, most jurisdictions have moved one step further along the spectrum and impose affirmative duties upon humans to give adequate food, air, water, and shelter to the animals under their care.

The next step along the spectrum of providing animals more legal protections would be to regulate hunting, scientific experiments, entertainment, and farming to ensure against unnecessary animal suffering. For example, scientists using animals in research would have to demonstrate that the experiments on live animals are necessary and serve important medical goals towards curing fatal human disease. Moreover, they would have to provide humane conditions under which the animals were housed and cared for and that all animals used in such experiments would be subjected to the least suffering possible. This is an animal welfare position based upon utilitarian principles. The cost to the animals is weighed against the benefit to humans, with experiments on live animals allowed, but only under strict provisions protecting animal welfare in the laboratories. In the U.S., the AWA is designed to provide such regulation for animals used in research and certain types of entertainment. However, many advocates find that the regulations are substantively inadequate and the enforcement almost nonexistent.

The final step along the spectrum for the animal welfarist is to recognize that certain uses of animals cannot be controlled sufficiently to protect animal welfare and do not promote important human interests, and thus should be banned. Greyhound or horse racing are good examples of this step. For many animal welfarists animal racing is unethical for several reasons. First, many of the animals, especially the greyhounds, live in miserable conditions and are not treated well. Second, the animals often are put to death when their racing careers are over, or when they are no longer of use to the owner. Third, there is controversy over the

use of whips (or other paraphernalia worn by or used on the animals that inflicts pain) to force a horse to run faster.

The animal welfarist would impose strict regulations on the racing of animals, requiring that the conditions be improved, and the animals be allowed to live out their natural lives in loving homes or pastures after their careers are over. However, if one believes that the political reality is that the regulations would be minimal and not enforced, as a practical matter, the lives of greyhounds and horses will not be improved, and thus the only way to address the suffering of these animals is to abolish animal racing altogether.

The line that divides the animal welfarist and the animal rights advocate is the belief that animals have the inherent right to be free from human use and control. Independent of how well animals are treated, nonhuman animals are not the means for human ends, but rather are autonomous beings with intrinsic value. There is a spectrum defining varying beliefs under this theory as well. At one end, all animal rights advocates would argue that animals cannot be used by humans for research or food. But what about housing wild animals in captivity in zoos to save their species from extinction? Some would argue that many animals live longer and arguably happier lives in confinement than in the wild, and saving the species from extinction, even if all individuals are confined in zoos, is an important goal.

Others would counter that wild animals deserve to have their liberty and humans

have no right to use animals for their own entertainment or even to propagate the species if the animals will live in confinement. What about pets? Is the ownership of companion animals ethical or does it infringe on the animals' rights? Some would argue that it does not interfere with the rights of animals to have humans as guardians so long as they are well-cared for. The strictest animal rightist would argue that no human should have control over any animal, and, in fact, the domestication of animals must come to an end. As you see, this issue of animal welfare v. animal rights raises many interesting and controversial issues, all of which are issues of relevance to animal law.

Today, generally, the law is welfarist. However, efforts to recognize nonhuman animals as legal "persons" deserving of rights are making progress. Lawyers have been using habeas corpus as the legal mechanism for securing such rights for certain animals. In 2016, a judge in Argentina granted Cecilia, a chimpanzee who had spent years living alone in a cage in a zoo, personhood and ordered that she be transferred to a sanctuary in Brazil where her rights would be respected. The following year, Chucho the bear was granted a writ of habeas corpus in Columbia. And, efforts in the U.S. continue by the Nonhuman Rights Project to secure a writ of habeas corpus for chimpanzees, Tommy and Kiko, and Asian elephants, Minnie and Happy. In February 2020, Justice Truitt of the Supreme Court of New York, Bronx County, agreed that "Happy is more than just a legal thing, or property. She is an intelligent, autonomous being who should be treated with respect



and dignity, and who may be entitled to liberty.”<sup>1</sup> Constrained by controlling caselaw, Judge Truitt regretfully denied the writ. The case is on appeal and time will tell whether Happy, and others like her, will be granted personhood and allowed to live out their lives in a sanctuary that respects their rights.

## Conclusion

Perhaps the biggest international headline of 2020 is the new coronavirus (Covid-19) that originated in Wuhan, China and by March had killed 3,000 people and infected more than 90,000 worldwide. Several of the first individuals infected worked at the Huanan Seafood Wholesale Market – a wildlife market in Wuhan. Such markets are crowded, squalid places where live animals, many endangered, are displayed in cages stacked on top of each other. After purchase, the animals are often slaughtered on site. These markets not only create a public health hazard but cause horrific pain and suffering to the animals.

Covid-19 is believed to be linked to these wild animals, specifically pangolins, one of the world’s most trafficked animals and a seriously endangered species. As such, in January, China banned wildlife markets and on February 24<sup>th</sup> banned the trade for consumption (but not for fur, medicine, and research) and the consumption of wild non-aquatic animals. The ban was driven by public health concerns, but a secondary benefit of the ban is the protection of wildlife from these horrific conditions. This story reinforces how closely humans are linked to nonhuman animals and how their protection benefits us all. As we better understand the intellectual, emotional, and other capabilities of all sentient beings and appreciate how interconnected all our lives have become, animal law will continue to grow and serve a critical role in domestic and international legal regimes.

Joan E. SCHAFFNER  
Associate Professor of Law  
George Washington University  
Washington, D.C., United States  
jschaf@law.gwu.edu

1. Nonhuman Rights Project on behalf of Happy v. Breheny, Index No. 260441/2019, Decision (Feb. 18, 2020).



# Benefits and Pitfalls of a Default Rule Approach to Financial Crime Contract Provisions

■ Jessica Lyn BARTLETT

*The views and opinion expressed in this article are those of the author and they do not necessarily represent or purport to represent the views of Barclays Capital Asia Limited or any Barclays’s company.*

Contracting parties (“counterparty or counterparties”) are increasingly accepting as the market standard that their contracts will include financial crime representations, warranties, and undertakings. The content and text of these financial crime provisions are also increasingly becoming standardized and increasingly being adopted as a default rule, where the default behavior is inclusion in a contract and exclusion is the outlier (what I term the “default rule approach”). This carries many benefits, from conserving resources, addressing internal compliance challenges, permitting a new method for identifying higher risk relationships, and cohering with regulatory expectations.

financial crime provisions are dropped into all contracts or so rigidly applied that they are unmodified to reflect actual risk or perversely result in painstaking negotiation over what can be uncontroversial revisions.

In this article, I will briefly identify the more typical financial crime provisions, provide an explanation of the benefits that often drive the adoption of the default rule approach, and identify some of the common pitfalls. Most of these pitfalls have at their core an overly rigid application of policy or one size fits all templates, which divorce the use of the standardized provisions from mitigating financial crime risk and can result in spending resources to process and negotiate uncontroversial removals or revisions. Building in some flexibility into the adoption, drafting, and implementation of financial crime provisions, can help to avoid these pitfalls and ensure that the standardized provisions are fit for their purpose.

One position that organizations can take is to only include financial crime provisions in higher risk contracts where there is some risk to address or mitigate.

The default rule approach can also present challenges. Standardized language can run counter to guidance issued by government authorities that financial crime compliance should be risk-based and not “one size fits all.” In the 2012 FCPA Resource Guide, the U.S. Department of Justice and U.S. Securities Exchange Commission stated a now often repeated refrain: “When it comes to compliance, there is no one-size-fits-all program.” The agencies elaborated: “One-size-fits-all compliance programs are generally ill-conceived and ineffective because resources inevitably are spread too thin, with too much focus on low-risk markets and transactions to the detriment of high-risk areas.”<sup>1</sup>

Practically speaking, the very benefit of adopting the default rule approach can become a detriment if, for example, the

## Overview of Standardized Financial Crime Provisions

Below, I provide a summary description of the financial crime provisions which we generally see standardized across different types of contracts and in different markets, including in the U.S., Europe, and Asia. This gives context for the remainder of the discussion only and it is not meant to be exhaustive or argue for the inclusion of any particular provision in any particular contract.

There continues to be significant variations across contract types or that pertain to counterparties and markets. For example, we see lengthier financial crime provisions in loan and high yield debt subscription agreements, whereas the length of those provisions may be significantly truncated

in trade finance contracts. That said, in the last several years, the move to standardizing these clauses means that in many contexts and markets, versions of these provisions are often found in contracts. While drafting language varies, and there continues to be significant debates about scope (e.g., subsidiaries, affiliates, employees, etc.) and carve-outs (e.g., materiality and knowledge qualifiers), variations may often be idiosyncratic.

**Non-Sanctions Status.** When a counterparty represents that the signatory, and certain affiliates and employees related to it, are not subject of economic sanctions, embargoes, or other restrictive measures, and are not located in, incorporated in, or operating from jurisdictions that are subject to country or territory-wide economic sanctions or embargoes (“sanctioned countries”). As of this writing, the list of sanctioned jurisdictions is usually and preferably enumerated and includes the Region of Crimea, Cuba, Iran, North Korea, and Syria. The scope of the definition of economic sanctions can vary, but often includes reference to sanctions imposed by the United Nations, United States, United Kingdom, and European Union.

**Compliance with Anti-Bribery, Sanctions, and Anti-Money Laundering Laws.** The counterparty represents that its operations have been conducted in compliance with applicable anti-bribery, sanctions, and anti-money laundering laws. Specific reference is often made to these laws, which can result in lists of laws and regulations either in the representation itself or in the defined terms.

**Financial Crime Compliance Procedures.** Similar to the above but limited to a representation that the counterparty has instituted policies and procedures to ensure compliance with applicable anti-bribery, sanctions, and anti-money laundering laws.

**No Dealings with Sanctioned Persons/Countries Representation/Undertaking.** The counterparty does not have and/or will not have in the future dealings with persons who are the subject of economic sanctions or located in, incorporated in, or operating from sanctioned countries. More often this is framed as a representation, but some contracts include a forward-looking undertaking as well.

**No Unlawful Payments Representation/Undertaking.** The counterparty represents that it, and likely its subsidiaries, directors, officers, employees, agents, and/or affiliates, have not directly or indirectly offered, paid, promised to pay, or authorized the payment of anything of value to a government official or other person which could constitute an unlawful payment under the applicable anti-corruption laws. Note that the scope and knowledge qualifier placement vary. These provisions generally become quite lengthy as they reflect the various legal tests for unlawful payments as provided in the applicable anti-bribery laws, such as the U.S. Foreign Corrupt Practices Act<sup>2</sup> or the U.K. Bribery Act.<sup>3</sup>

**Use of Proceeds Undertaking.** This is typically seen in contracts under which one party provides or facilitates the provision of funds to another party, e.g., loan agreements or subscription agreements. For instance, the borrower or issuer agrees that it will not use the proceeds in violation of economic sanctions laws or in a manner that would cause any party participating in the loan to violate those laws. Although seen less often, anti-corruption or anti-money laundering use of proceeds undertakings can be included as well.

**Investigation Representation.** A counterparty represents that there is no pending or threatened suit, litigation, arbitration, regulatory, or criminal investigation before a government agency, authority, or body involving the counterparty with respect to anti-bribery, sanctions, and anti-money laundering laws. In some cases, this includes its subsidiaries, directors, officers, employees, or affiliates. Again, knowledge qualifiers would be expected here.

**Anti-Money Laundering Delay/Suspension Right.** These are usually seen in contracts with a financial institution. These provisions give the institution the right to delay, suspend, or terminate services or processing of transactions if the institution has financial crime concerns and/or is conducting an investigation of those concerns.

### **Drivers for Adopting the Default Rule Approach**

Financial crime provisions are not required and do not need to be included in all contracts. In general, across jurisdictions, regulators advise that financial crime compliance should be “risk-based.”<sup>4</sup> Given finite legal and compliance resources, an organization should deploy people

In the financial services industry, certain broker contracts include only one or two pages of the essential terms.



to strategically address and mitigate the financial crime risk the organization faces.<sup>5</sup> Thus, higher risk should receive more attention and lower risk should receive less.

One position that organizations can take is to only include financial crime provisions in higher risk contracts where there is some risk to address or mitigate. While that is an appealing approach, it can be challenging to adopt in practice. It can be difficult to devise in the abstract which contracts require these provisions and which ones do not. Even smaller organizations may enter into a wide variety of contracts with any number of counterparties that change over time, and not necessarily predictably. Add to this difficulty that the risk profile of a business or counterparties shifts over time and the legal obligations and restrictions can as well. Another position an organization can take is to adopt a default rule approach to including financial crime provisions in all or most contracts. This represents the move to standardization and is attractive for a number of reasons, which I highlight below.

**It Is Safer.** Incorporating financial crime provisions in all or most contracts ensures against gaps. It is safer to use financial crime provisions as a default rule and negotiate on a case by case basis when a counterparty objects or offers revisions.

**It Demonstrates Commitment.** Incorporating template provisions across most contracts demonstrates a commitment to financial crime compliance as the contractual obligations are uniformly imposed and agreed to with an organization's counterparties. "We require this of everyone" sounds stronger and more defensible, whether that response is being given to internal stakeholders, regulators, or to counterparties and the market.

**It Is Consistent.** Adopting standardized financial crime templates and limiting variations helps to ensure an organization is consistent in its contractual obligations and compliance commitments. When adopting this provision across a market, that consistency is reinforced.

**It Identifies Outliers.** When standardized financial crime provisions are uniformly applied as a default rule by an organization, and especially when that rule is adopted in a market, it makes objections or rejections the

outlier. This provides leverage for inclusion of those provisions. Persistent resistance also raises a red flag of a potential problem that merits additional review, disclosure, negotiation, and perhaps in extreme cases, contract termination.

**It Saves Resources.** Adopting template financial crime provisions that can be incorporated across a number of contracts saves resources. One set of provisions can be drafted by subject matter experts and implemented by the business and their legal support. Rejections or revisions, which could indicate a problem or risk, can be brought to subject matter experts. This means that subject matter experts only get involved in the outlier cases, or where a risk has been identified, and do not need to get involved when there is agreement and no identified issues to address.

**It Saves Time.** Adopting template financial crime provisions across all or nearly all contracts, to which most market participants agree, can save a lot of time as compared to drafting and negotiating those provisions bespoke for each contract, each time.

in unnecessary policy breaches, because "all" never quite happens, or resources are wasted in attempting to include these provisions in contracts or relationships where they do not have utility.

Certain contracts will have little to zero financial crime risk attached to them. Financial crime provisions are not included in those contracts as a matter of normal business practice and likely should not be included because there is not a risk to address. Including those provisions can result in delays while the counterparties negotiate or remove them. This can be quite disruptive. For instance, certain contracts may be more informal or simplified without the need for lengthy back of contract representations and warranties. In the financial services industry, certain broker contracts include only one or two pages of the essential terms. Other contracts, while lengthier, have become standardized so they can be quickly negotiated and simply do not carry financial crime risk by their nature. For instance, merger & acquisition non-disclosure agreements, which allow the

The objective of standardization should be subsidiary to the objective of addressing or mitigating financial crime risk.

**Market Norms.** Regulators may push for adoption of standardized financial crime provisions in a market, as this can encourage less sophisticated members of the market to upgrade their compliance, resulting in more compliance with financial crime laws.

### Pitfalls of Standardized Clauses

Adopting a default rule approach to financial crime provisions can be sensible and may be increasingly preferred by regulators. Even so, if it is too rigidly applied, an organization can stumble into pitfalls. These can be broadly categorized as over-inclusion and one size fits all.

**Over-Inclusion.** By operation, the default rule is intended to be over-inclusive, but this can go too far. What can look good from a policy position, i.e., we include these provisions in "all" contracts, can result

buyer and seller to exchange confidential and proprietary information during due diligence, can be of this type.

Just because a contractual relationship is more informal or standardized does not in itself mean there is no financial crime risk. However, we do see instances in various markets when counterparties are pushing for these provisions not on the basis of risk mitigation, but rather on the basis of a policy requirement. Another argument that is often heard is that even if there is no risk to address, parties should not have a problem including these provisions in any event because it should be uncontroversial to make representations against bribery and dealings with sanctioned parties, etc.

While these can be valid points, when divorced from addressing actual financial crime risk in a relationship or contract, they lead to a perverse result where



counterparties are expending resources on low or very low risks. This neither fulfills the risk-based objectives of financial crime compliance or the objectives of standardizing these provisions since we are not conserving resources or identifying problematic outliers.

**One Size Fits All.** One objective of the default rule approach is to standardize the drafting of financial crime provisions. Templates are widely and successfully used in many areas and can be quite effective for financial crime provisions as well. But if they are used too rigidly or are not adapted for the context, we can again see perverse results because “one size” does not always “fit all.”

For example, certain companies may have disclosed anti-corruption investigations and remediation or may have a certain amount of business with persons or countries that are the target of sanctions. While that might make them higher risk, it may well be possible to do business with those counterparties subject to appropriate comfort in due diligence and other controls, but it may not be possible for these counterparties to sign template financial crime provisions because they cannot make those representations as drafted. If there is comfort in due diligence and in doing business with this counterparty, those contractual provisions should be revised to address the disclosed risks and ensure the representations are indeed ones the counterparty can make.

More broadly, a common pitfall is when financial crime provision templates that are drafted for one set of agreements are dropped into all different types of agreements in a way that does not actually address the context of the contractual relationship or mitigate financial crime risk. While using one template across contracts coheres with the objective of standardization, having

101 different versions of a template is no template at all. This method can result in the inclusion of financial crime provisions that are nonsensical or could disrupt established ways of doing business without mitigating risk.

The objective of standardization should be subsidiary to the objective of addressing or mitigating financial crime risk. For instance, if one counterparty is performing a service and the other is not, the parties may not need to make the same anti-corruption representations and undertakings to each other. Of course, some imperfection can be tolerated so an organization does not get bogged down; but equally, there should be flexibility to modify template drafting to fit the context and actual risks that may be present, especially in response to reasonable requests for revisions.

The disruptive element often arises when a template includes rights to terminate or delay or suspend performance. In some contexts, those rights might be important and perfectly understandable. For example, many banks require these for the operation of retail bank accounts as the bank may need to suspend processing of payments pending an investigation into whether the bank account is being used for money laundering.

Usually those rights are drafted quite broadly in the retail context. But if those same rights are dropped into contracts for settling securities trades, especially those entered into between financial institutions, where timely settlement can be critical between financial institutions, that could be very disruptive in a context that is likely low risk. It may be that some disruptive rights are important to have, but that should reflect the financial crime risk profile of those transactions and that counterparty.

Where financial crime templates are used out of context and divorced from the risk profile, again that practice neither fulfills the objectives of risk-based compliance nor the adoption of the default rule approach.

## Conclusion

Adopting the default rule approach to financial crime provisions can be a successful way to mitigate financial crime risk when dealing with contractual counterparties and carries many practical benefits. However, if that rule is too rigidly applied, it can subvert the objectives of adopting the default rule and risk-based financial crime compliance. Building in some flexibility into where these provisions are used and how they are drafted can help avoid pitfalls and ensure that the default rule fulfills its intended purposes.

Jessica Lyn BARTLETT  
*Director, Financial Crime Legal Asia Pacific*  
*Barclays Capital Asia Limited*  
*Hong Kong, SAR, China*  
[Jessica.bartlett2@barclays.com](mailto:Jessica.bartlett2@barclays.com)

1. See Criminal Division of the U.S. Department of Justice & Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, at 56, 58 (2012), available at [sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf](https://sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf).

2. The Foreign Corrupt Practices Act of 1977, as amended, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq.

3. Bribery Act, 2010, c. 23.

4. Many regulators adopt and benchmark against the recommendations issued by the Financial Action Task Force, which advises adopting the “risk-based approach” to undergird anti-money laundering regulatory regimes and compliance programs because “[t]he risk based approach (RBA) is an effective way to combat money laundering and terrorist financing.” Financial Action Task Force, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, The FATF Recommendations, at 29 (2012, updated June 2019), available at <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>.

5. The U.S. Department of Justice issued guidelines to prosecutors on evaluating a corporate compliance program and advised: “Prosecutors should also consider ‘[t]he effectiveness of a company’s risk assessment and the manner in which the company’s compliance program has been tailored based on that risk assessment’ and whether its criteria are ‘periodically updated.’” U.S. Department of Justice Criminal Division, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, at 3 (April 2019), available at <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>.



# Reflections on Singapore Convention on Mediation

I Yonca Fatma YÜCEL

Cet article vise à évaluer l'impact de la Convention de Singapour sur la médiation en termes d'approche du droit continental ou anglo-saxon de manière globale. Cette Convention a un impact immédiat sur la vie des affaires des États signataires et des candidats lors de son entrée en vigueur dans les États concernés en raison de ses promesses d'avoir un impact essentiel sur les pratiques internationales de règlement des différends liés aux flux commerciaux et d'investissement. Dans le cadre de cet article, la Convention améliore les accords contraignants et la force exécutoire et la procédure fonctionnelle pour l'application des accords de règlement négociés aux acteurs du marché, de sorte que la vie commerciale dans les États mentionnés gagnera l'élan attendu dans un proche avenir et sera durable.

encourages resolution of cross border disputes in a non-confrontational, cost effective, and efficient manner in line with the United Nations Sustainable Development Goals (SDG), more specifically SDG 16 on access to justice.<sup>2</sup> The legal framework established by the Convention is therefore acceptable to the States with different legal cultures, traditions, and different levels of development. It has the same capacity for binding and enforceability and facilitates a procedure for the enforcement of mediated settlement agreements in a similar manner to the “New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards” in respect to arbitral awards.

has the closest relationship to the dispute resolved by the settlement agreement, depending on the circumstances known to, or contemplated by, the parties at the conclusion of the agreement. If a party does not have a place of business, reference is to be made to the party's habitual residence.

For the term “commercial,” “UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation,” drafted alongside the Convention, provides commentary in footnote 1 as follows: “the term ‘commercial’ should be given a wide interpretation so as to cover matters arising

The Convention promises to leave an essential impact on international dispute resolution practices regarding joint trade and investment flows.

On December 20, 2018, The United Nations General Assembly adopted the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Singapore Convention on Mediation (Convention). The signing ceremony for the Convention was held on August 7, 2019, in Singapore and included 46 signatories' States<sup>1</sup> such as mainly Singapore, China, India, Kazakhstan, Malaysia, Maldives, South Korea, United States of America, Uruguay, Venezuela and Turkey except EU countries. On September 12, 2020, it will enter into force for signatories' countries depending on the dates ratified by at least three UN member states, namely Singapore, Fiji, and Qatar.

The Convention promises to leave an essential impact on international dispute resolution practices regarding joint trade and investment flows. This Convention provides for the enforcement of settlement agreements, the requirements for reliance on settlement agreements, and the grounds for refusing to grant relief. Moreover, the Convention reduces the risk of refusal to enforce such agreements, strengthens predictability and certainty in the use of mediation, and

The Singapore Convention is the first international treaty towards private mediated settlement agreements with a legal status comparable to foreign arbitral awards under the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements and the 2019 Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in Civil or Commercial Matters.

The Convention applies to an international agreement resulting from commercial mediation disputes settled in writing by the parties at the end of the mediation process compliance with the general scope. That settlement agreement requires at least two parties, titled as “an international” at the time of conclusion. This means places of business must be located in different states or whose places of business are different from each other based on which substantial part of the obligations has performed in one of the States or which subject matter is the most closely connected with one of them. Nevertheless, if a party has more than one place of business, the relevant place of business is the one where that party

from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: Any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; and carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road.”

The Convention does not apply to settlement agreements for both parties that resolve a dispute arising from transactions engaged in by one of the parties (a consumer) for personal, family, or household purposes and relating to family, inheritance, or employment law.

From the point of view of general principles, the Convention states that each party to the Convention shall enforce a settlement agreement in accordance with its rules of procedure and under the conditions set



forth in this Convention. At that point, for the parties to invoke that the settlement agreement has already resolved conflicts based on their claims, that party has the burden of proof.

There are two significant requirements for settlement agreements signed by the parties resulting from mediation as evidence. With regard to the competent authority of the party to the Convention where relief is sought, the following should be considered (i) the mediator's signature is on the settlement agreement, (ii) a document signed by the mediator was carried out, (iii) an attestation by the institution that administered the mediation is included; or, in the absence of (i), (ii) or (iii), any other evidence is acceptable.

At that point, using an electronic communication method is prominent, among others. In terms of electronic signature method, "Explanatory Note"<sup>3</sup> of the UNCITRAL Secretariat on the "United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts" makes it clear that the technical and commercial factors considered in determining whether the electronic signature's method is reliable are as follows:

"Legal, technical and commercial factors that may be taken into account in determining whether the method used is appropriate, include the following:

- (a) The sophistication of the equipment used by each of the parties;
- (b) The nature of their trade activity;
- (c) The frequency at which commercial transactions take place between parties;
- (d) The kind and size of transaction;
- (e) The function of signature requirements in given statutory and regulatory environment;
- (f) The capability of communication systems;
- (g) Compliance with authentication procedures set forth by intermediaries;
- (h) The range of authentication procedures made available by an intermediary;
- (i) Compliance with trade customs and practice;
- (j) Existence of insurance coverage mechanisms against unauthorized communications;
- (k) The importance and the value of the information contained in the electronic

communication; (l) Availability of alternative methods of identification and the cost of implementation;

- (m) The degree of acceptance or non-acceptance of the method of identification in the relevant industry or field both at the time the method was agreed upon and the time when the electronic communication was communicated; and
- (n) Any other relevant factor."

With regard to grounds for refusing to grant relief, highlighting grounds for clarifying ambiguities are as follows:

"The competent authority of the party to the Convention may refuse to grant relief at the request of the party against whom the relief is sought, based on party only ensures to the competent authority proof that:

- (i) A party to the settlement agreement was under some incapacity;
- (ii) The obligations in the settlement agreement; either have been performed, or are not clear or comprehensible;
- (iii) Granting relief would be contrary to the terms of the settlement agreement;

refused by the relevant court of a State if a party to the IMSA was affected by some incapacity at the point of its conclusion. When parties participating in the conclusion of the IMSA are minors, natural persons with intellectual disabilities or deficits, or legal persons not validly represented, refusal for granting relief will be considered regarding the above reasons. At that point, validation principles, set up by Gary Born in the international commercial arbitration context, may be inspiring in the mediation context. When we return to the mediation context, we can see that it engenders a pro-enforcement bias in respect to the IMSA based on granting relief for enforcement under the Singapore Convention. On the other hand, the competent authority may administer "renvoi" to decide if the parties indeed have capacity when concluding an IMSA at the end of a mediation session.

**(ii) Obligations in the Settlement Agreement are not clear or comprehensible**

A competent authority may refuse to enforce an IMSA if it is not capable of being enforced due to it not being clear or comprehensible. As Schnabel clarifies,<sup>4</sup> "If the competent authority can determine

**If a competent authority, after applying the appropriate contractual construction techniques, is unable to resolve the apparent ambiguity, it may consequently refuse to enforce the IMSA.**

- (iv) There was a failure by the mediator to disclose to the parties circumstances that raise justifiable doubts as to the mediator's impartiality or independence and such failure to disclose had a material impact or undue influence on a party without which failure that party would not have entered into the settlement agreement;
- (v) The competent authority of the Party to the Convention where relief is sought may also refuse to grant relief if it finds that: granting relief would be contrary to the public policy of that Party."

**(i) Incapacity of one of the parties in the International Mediated Settlement Agreement**

Enforcement of an "International Mediated Settlement Agreement" (IMSA) may be

whether the mediated settlement provides for an obligation, and can adequately frame its order providing relief, then this ground for refusal does not apply; the exception is meant only to protect competent authorities from being forced to act in situations in which they truly do not know what relief to provide."

If a competent authority, after applying the appropriate contractual construction techniques, is unable to resolve the apparent ambiguity, it may consequently refuse to enforce the IMSA. When we adopt broader interpretation, competent courts may consider whether the IMSA would have been upheld under any of the possible applicable laws. It may be, thereby, subject to, beyond just its proper governing law, when the above questioning came on its agenda to refuse enforcement.

### (iii) Granting relief would be contrary to the terms of the settlement agreement

A competent authority may refuse to enforce an IMSA if granting relief would be directly inconsistent with the terms of the settlement agreement. This ground may apply where the obligations in a mediated settlement agreement would be conditional or reciprocal, or where the parties' non-performance could be justified for a variety of reasons anticipated by the IMSA.<sup>5</sup>

### (iv) Mediator Conduct Related Grounds for Refusal

In respect to eliminating ambiguities for the terms of "serious breach," "justifiable doubts," "material impact," and "undue influence," more focused terms are as follows:

- The term "serious breach," which means that minor breaches or questionable conduct would not suffice.
- The term "justifiable doubts," which means compliance with Article 6(5) of the UNCITRAL Model Law on Mediation, which imposes an obligation on a mediator to disclose "any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence." From the commentary of Schnabel, "justifiable doubts" is "not affected by whether the party in question subjectively doubt the mediator's independence and impartiality."<sup>6</sup> Moreover, "situations that might raise to mediator's impartiality or independence which might include a mediator's personal or business relationship with one of the parties, a mediator's financial or other interest in the outcome of the mediation, and the mediator or a member of his or her firm having acted in any capacity other than mediator for one of the parties."<sup>7</sup> Mentioned situations may be considered within the content of justifiable doubts.
- The term "material impact" has been the subject of jurisprudence in a variety of contexts of literature. With regard to the English case of *Decura IM Investments LLP v. UBS AG*, the high Court held that "material means substantial or significant within the factual matrix of the case."<sup>8</sup>
- The term "undue influence" indicates how a transaction may be set aside if it is obtained by the influence exerted, by one person on another, such that the transaction cannot fairly be treated as the expression of that person's free will.

In order to determine "proper standards," which means the respect for a party's autonomy, if the choice of the parties is bona fide and complies with the laws of the jurisdiction regulating private law agreements, the proper standard would be so determined.

However, there are sample situations where the choice of standard fails in literature:

- "(1) If the parties made the choice mala fides;
- (2) If the parties made a choice that is not legal under the governing law, for instance:
  - (a) Where multiple choices of standards, have been elected to apply simultaneously,
  - (b) Where the chosen standard has latent ambiguities or is intrinsically inadequate or
  - (c) Where there is a lack of clarity as to which standard has chosen,
- (3) If the parties choose a standard that does not exist or,
- (4) If the parties fail to make any choice at all in their mediation agreement."<sup>9</sup>

### (v) Grounds for Refusal based on Public Policy

Pursuant to Article 5(2) (a), a competent authority may refuse to enforce an IMSA that is contrary to the public policy of the State based on granting relief. The domestic public policy of the state must consider in a manner that is consistent, insofar as possible, with the objectives of the Convention and the public policies and interests of other States. Consequently, the competent authority should only under highly exceptional circumstances refuse to enforce IMSAs by reason of public policy, for it is settled that in the realm of private international law, the public policy exception functions as an escape mechanism.<sup>10</sup>

When we return to the commentary of this term, "national security" seems to be a valid "public policy concern."<sup>11</sup> Nevertheless if the IMSA procured by (or in furtherance of) corruption and bribery, its enforcement should be refused for being contrary to public policy within the framework of broader sense of this term.<sup>12</sup>

In summary, the Convention provides a risk management system accessible in terms

of its flexibility and affordability to cross border business actors whether they are international corporations, publicly listed corporations, traditional incorporated limited entities, sole traders, start-ups,<sup>13</sup> or crowdfunding regarding needs for users. In addition, it helps to develop policies and build application mechanisms and frameworks, compliance with effective supervision, and corporate governance principles and hence, moves to mediated settlement agreements in the global manner rapidly for fostering liaisons between ecosystems on international dispute resolutions and mediation.

Yonca Fatma YÜCEL  
Attorney at law  
Acc.Mediator  
Chief specialist in law/BRSA  
Ankara, Turkey  
yoncaster@gmail.com

1. See <https://www.un.org/en/member-states/> <https://treaties.un.org/>.
2. Alexander / Chong, *The Singapore Convention on Mediation*, Wolters Kluwer 2019, p.xi.
3. See [https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/0657452\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/0657452_Ebook.pdf), 20/05/2019. p. 162.
4. Schnabel, *The Singapore Convention on Mediation: Framework for the Cross Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*, 19 Pepp. Disp. Resol. LJ I (2019) p. 48.
5. See. <https://uncitral.un.org/>, *Report on Working Group II on the Work of its Sixty -Eight Session, A/ CN.9/934* (2018), at para 57.
6. Ibis. p.53.
7. Article 2.1 of *European Code of Conduct for Mediators*.
8. (2015) EWCH 171.
9. Cf. TIONG Min Yen, *The Effective Reach of Choice of Law Agreements*, Singapore Academy of Law Journal, 20 SAclJ 723(2008), para.3. See. Alexander / Chong, *The Singapore Convention on Mediation*, Wolters Kluwer 2019, p. 137.
10. Ibis. p. 54, see". *IPCO Nigeria Ltd. v. Nigerian Petroleum Corp*". (2005) EWHC 726 at para 13.
11. See. <https://uncitral.un.org/> "Report on Working Group II on the Work of its Sixty -Eight Session. A/ CN.9/934 para. 59-66, A/CN.9/WG.II/LXVII/CRP.1/ Add.2. N° 13.
12. See. Born Gary, *International Commercial Arbitration* (2nd Ed.) Wolters Kluwer 2014, p. 3673-3674.
13. Ibis. p.1.

# Recovering on Small Copyright Claims



■ Joshua L. SIMMONS & Johannes A. DOERGE

The transition from analog to digital has taught the creative community many lessons. One positive lesson has been that it is easier than ever for authors to create and disseminate their works to the public. They have learned another lesson, however: it is easier than ever to copy and use authors' creative output without their permission, in many circumstances without the author's knowledge. Even when an author is aware of such infringing use, a new lesson has emerged: it can be tricky to recover damages from such infringers when the potential recovery is low.

Lawmakers in the United States and abroad also appear to have learned these lessons and have begun to consider whether it would be helpful to create courts or tribunals that can use more streamlined processes to award recoveries in copyright disputes involving small monetary relief. To that end, the U.S. House of Representatives passed the Copyright Alternative in Small-Claims Enforcement Act of 2019, H.R. 2426. The CASE Act, as it is colloquially known, would create a tribunal based in the U.S. Copyright Office that would consider copyright claims for small monetary values at possibly faster speeds than traditional federal court litigation.

Like the United States, the United Kingdom also has been experimenting with a small claims system, having passed legislation to create one eight years. Proponents of copyright small claims courts see the United Kingdom's system as a proof of concept for efforts in the United States, as well as a source of information on how a small claims

copyright court actually would be used by authors and alleged infringers.

This article will first describe the history of the CASE Act. Next, it will discuss the current status of the CASE Act and commentators' reactions thereto. Finally, it will describe the results of the United Kingdom's experiment with a small copyright claims court and address potential lessons to be learned from that experience.

study was recommended in the Orphan Works Act of 2006, H.R. 5439, but this bill stagnated in the House.

Five years later, in 2011, the Chairman of the House Judiciary Committee requested a comprehensive study of the extent to which authors are effectively prevented from seeking relief from infringements. In 2013, the Copyright Office produced its report, including its findings and recommendations.<sup>1</sup>

The report recommended a tribunal housed in the Copyright Office that would manage proceedings remotely.

## A Brief History of Copyright Small Claims in the United States

The CASE Act was nearly fifteen years in the making. The road to the CASE Act began in 2006 during a hearing before the U.S. House of Representatives' Subcommittee on Courts, the Internet, and Intellectual Property. In the hearing, several witnesses testified about the decisions that authors face when considering litigation and how the complicated process of federal court litigation keeps many authors out of court all together. Witnesses suggested to Congress that it consider a more streamlined process to resolve copyright claims. The Copyright Office indicated a willingness to undertake a study to investigate how copyright holders were being affected by the decision of whether or not to litigate and such a

The Copyright Office's report discussed the Office's views on perceived procedural challenges faced by small copyright claimants using conventional litigation, proposed alternate processes, and addressed some of the issues that the U.S. copyright system would face under such alternatives. The report recommended a tribunal housed in the Copyright Office that would manage proceedings remotely. It also suggested a damages cap of \$30,000 with a requirement that works be registered by or have a pending application before the Copyright Office before a copyright owner could bring an action. It remained unclear whether the system would be opt-in or opt-out for defendants, however. Under the opt-in model, defendants would have to affirmatively consent to the tribunal's jurisdiction. Under the opt-out model, defendants would give the tribunal notice that they did not want

to participate in the tribunal or risk a default judgment that could be entered by a federal court. The report also suggested eliminating motion practice and proposed a barebones approach to discovery. Finally, the report suggested that the tribunal's findings be binding only on the parties and claims directly at issue and not have any precedential effect, with the tribunals' final determinations enterable by a federal court much like the results of an arbitration.

Following the Copyright Office's report, legislation was introduced by members of Congress with many of the Copyright Office's core recommendations intact. In 2016, two

pieces of legislation were introduced in the House of Representatives that proposed small claims copyright tribunals: the Copyright Alternative in Small-Claims Enforcement Act of 2016, H.R. 5757 (the CASE Act), and the Fairness for Small American Creators Act of 2016, H.R. 6496. As the Copyright Office's report recommended, both bills suggested a total damages cap of \$30,000 with a statutory damages cap of \$15,000 per work. Both bills also suggested that participation be voluntary, that a claim should require a registration or pending application, and that the Register of Copyrights could reconsider and review tribunal decisions. Neither bill, however, managed to make it out of subcommittee.

The CASE Act was resurrected once again in 2017 and this version was considered in a hearing before the House Committee on the Judiciary, but again did not make it to a vote before the House. The 2019 version of the CASE Act, however, quickly built sufficient momentum to pass the House.

## The CASE Act of 2019

On October 22, 2019, the Copyright Alternative in Small-Claims Enforcement Act of 2019 passed the U.S. House of Representatives.<sup>2</sup> As shown below in a brief summary of some of its provisions, this version of the CASE Act tracks the provisions of its predecessors.

<b>Case Value</b>	\$30,000 damages cap; \$15,000 per work infringed
<b>Attorney's Fees</b>	Not available
<b>Voluntary</b>	Yes, opt-out system with 60-day response required
<b>Makeup of Board</b>	Three "copyright claims officers," who act through majority vote.
<b>Available Claims</b>	Copyright infringement; declaratory judgment of non-infringement; misrepresentation under the Digital Millennium Copyright Act
<b>Registration</b>	Registration or application required to bring a claim (a final determination may not be made unless the application has been approved for registration)
<b>Participation</b>	Written submissions, hearings, and conferences conducted remotely
<b>Representation</b>	Attorney or qualified law student
<b>Appeals</b>	Reconsideration and review by Register of Copyrights for "abuse of discretion" by the Copyright Claims Board in denying reconsideration; appeal to Article III courts in cases of "fraud, corruption, misrepresentation, or other misconduct"

Now that the CASE Act has passed in the House, it is being considered by the Senate, but it has not moved to the Senate floor.

## CASE Act Considerations

As the CASE Act has made its way through the House, it has found strong support from organizations including the American Bar Association, the Copyright Alliance, and the American Society of Media Photographers, along with many independent artists and business owners. Proponents of the CASE Act have advocated that it will create a meaningful way for individual creators to protect their works without resorting to federal court litigation. These groups assert that the current system provides the holders of smaller infringement claims a right without a remedy, given the potential complexity of litigation.

Since the CASE Act passed in the House, however, a number of artist organizations and academics have commented on some of the questions that the Act raises and the concerns associated with creating an entirely new judicial system. The largest concerns expressed by industry groups and legal scholars are (1) the due process and separation of powers implications, and (2) the potential for abuse of the CASE Act's system. Digital rights organizations like the Electronic Frontier Foundation (EFF) have raised concerns that the CASE Act's proposals open the copyright system to abuse.<sup>3</sup> These concerns were echoed in a 2017 workshop convened by Pamela Samuelson and Kathryn Hashimoto to discuss the Copyright Office's 2013 report and the legislation that followed.<sup>4</sup> The workshop's published discussions noted concerns "that the opt-out regime under

*consideration ... was not really voluntary enough to bypass the constitutional concerns."*

The CASE Act's proposed system is not without checks and balances, however, as noted by the Copyright Alliance in an October 2019 article.<sup>5</sup> For example, there is accountability built into the selection of Copyright Claims Officers who make up the tribunal. Specifically, they are "appointed by the Librarian of Congress (who is a Presidential appointee) and subject to sanction and removal by the Librarian." Further, two of the officers must be experienced in "a diversity of copyright interests" and the officers "are bound by judicial precedent in rendering decisions." Finally, among other protections, the CASE Act would allow the Copyright Claims Board to dismiss claims brought in bad faith and "award attorneys fees to the respondent up to \$5,000" and even "dismiss ALL pending cases filed by the claimant."

As the United States has slowly put together this strategy for small copyright claims, the United Kingdom already has been testing out a small claims copyright court for years.

## The U.K. Small Claims Track

In the United Kingdom, a system for the adjudication of small copyright claims has been in place for nearly eight years and likely has taught proponents of the CASE Act a number of lessons about how a copyright small claims tribunal may operate.<sup>6</sup> The U.K.'s copyright small claims court was established in 2012 under the name "Small Claims Track" (SCT) within the existing Intellectual Property Enterprise Court. The SCT can also adjudicate claims concerning trademarks, designs, and databases.

The most prominent differences between the SCT and American proposals for a small claims court are the requirements for going before the "court." Under the SCT, there is a damages cap of £10,000, as well as an attorney's fees cap of £260 (an anomaly in a British court where the general rule remains that the losing party pays the total of the other party's fees). The SCT also has a range of filing fees depending on the kind of case being filed, ranging from £60 to £1,310 as opposed to the flat filing fee that was recommended by the U.S. Copyright Office for the CASE Act. Finally, unlike the U.S. proposals that include statutory damages as a form of relief, the SCT requires plaintiffs to prove actual damages in every case, as the U.K. copyright system does not have statutory damages.

A 2018 study of the SCT's first 15 months of operation indicated that, although the SCT can handle a variety of intellectual property claims, copyright claims made up over 80% of the claims before the SCT.<sup>7</sup> Further, most claimants before the SCT were individuals filing suits against companies for the alleged misuse of their IP, and the claims generally sought less than £2,500, despite the statutory maximum of £10,000. The study found that many of the cases brought before the SCT would not have otherwise been brought in traditional courts, suggesting that many claimants were previously losing out completely on the legal process and were forced to tolerate infringement. Survey responses collected by the authors of the study stated that the SCT

effectively provided a stage on which small claimants could litigate issues that would have otherwise gone unheard.

## Lessons from the U.K. Small Claims Track

Although significant differences exist between the legal systems of the United States and the United Kingdom, there are nonetheless important lessons to be learned from the U.K.'s SCT.

First, if the CASE Act's tribunal had statistics similar to the U.K. SCT's and a majority of claims were brought for only a quarter of the damages cap, the average CASE Act claim would be only \$7,500. This would undercut concerns that the copyright tribunal would award the full damages cap in every case. Of course, differences between litigants in the two countries may result in awards above or below that average.

interest not only in the legal community, but among artists and business as well. Such a major change to the U.S. copyright system has the potential to revolutionize the way that individual copyright holders (and individual copyright infringers) think about litigation, as well as resolution of disputes in general. As the CASE Act continues to move through the legislative process, it is critical that commentators and lawmakers alike keep one eye on international developments of similar systems, and the other eye on the concerns raised by authors, as well as other stakeholders and advocacy organizations.

Joshua L. SIMMONS

Kirkland & Ellis LLP

New York, NY, United States

joshua.simmons@kirkland.com

Johannes A. DOERGE

Kirkland & Ellis LLP

New York, NY, United States

johannes.doerge@kirkland.com

Although significant differences exist between the legal systems of the United States and the United Kingdom, there are nonetheless important lessons to be learned from the U.K.'s SCT.

Second, the U.K. SCT tends to suggest that small claims tribunals, like that proposed by the CASE Act, are most likely to be used by individuals who otherwise would not have brought claims in court. What is hard to know until the CASE Act's tribunal begins its work is whether the nature of U.S. litigation will follow that trend, or whether cases that currently are being brought in U.S. federal courts will instead be brought before the tribunal.

Finally, the SCT's variable filing fee structure could present an alternate means to address some of the concern surrounding abuse of the CASE Act's tribunal. Much like in federal courts, a flat filing fee could dissuade some plaintiffs from bringing suit before the tribunal. Under the U.K. system, the variable fee amount allows the system to accommodate particularly small claims.

## Conclusion

Although the CASE Act has passed the House, its fate remains unclear. What is clear, however, is that the Act has stirred significant

1. U.S. Copyright Office, Copyright Small Claims (2013), <https://www.copyright.gov/docs/smallclaims/usco-smallcopyrightclaims.pdf>.

2. Copyright Alternative in Small-Claims Enforcement Act of 2019, H.R. 2426, 116th Cong. (2019).

3. Katharine Trendacosta, *Congress Continues to Ignore the Dangerous Flaws of the CASE Act*, Electronic Frontier Foundation (Sept. 11, 2019), <https://www.eff.org/deeplinks/2019/09/congress-continues-ignore-dangerous-flaws-case-act>.

4. Paula Samuelson & Kathryn Hashimoto, *Scholarly Concerns About a Proposed Copyright Small Claims Tribunal*, 33 Berkeley Tech. L.J. 689, (2018).

5. *Don't Be Bamboozled by Public Knowledge's Lies About the CASE Act*, Copyright Alliance (Oct. 22, 2019), [https://copyrightalliance.org/ca\\_post/dont-be-bamboozled-by-public-knowledges-lies-about-the-case-act/](https://copyrightalliance.org/ca_post/dont-be-bamboozled-by-public-knowledges-lies-about-the-case-act/).

6. Christian Helmers et al., *Evaluation of the Reforms of the Intellectual Property Enterprise Court 2010–2013* (2015), [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/447710/of\\_the\\_Reforms\\_of\\_the\\_Intellectual\\_Property\\_Enterprise\\_Court\\_2010-2013.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/447710/of_the_Reforms_of_the_Intellectual_Property_Enterprise_Court_2010-2013.pdf).

7. Christian Helmers et al., *Who Needs a Copyright Small Claims Court? Evidence from the U.K.'s IP Enterprise Court*, Berkeley Tech L.J. Commentaries (2018).

# Experiences of the Covid-19 Crisis and its Effects on International Sales Contracts



I **Susanne MARGOSSIAN**  
& **Christoph OERTEL**

## UIA Podcasts

This transcript is part of the new UIA feature *UIA Podcasts*. The UIA Podcasts are a series of interviews with legal experts from all over the world sharing their experiences on selected issues with their fellows of the UIA. UIA podcasts can be accessed on the internet via [https://www.uianet.org/en/uia-podcasts#tab\\_content\\_360667](https://www.uianet.org/en/uia-podcasts#tab_content_360667).



Podcasts are the ideal way to obtain knowledge on the go, wherever you may be: on your way to work, in the gym or at your desk.

In the UIAPodcasts Special COVID-19 series, leading practitioners share their knowledge to help lawyers around the world understand the impact of the COVID-19 virus on the practice of law and their clients' needs. So far there have been three interviews touching such various topics of employment law, law on commercial contracts and international sales law.

In the third podcast of the UIA's special podcast series related to business challenges during the Covid-19 crisis, UIA member Susanne Margossian, in-house lawyer at UP International SA, Geneva, Switzerland and President of the UIA International

Sale of Goods Commission, interviews Dr. Christoph Oertel, partner at Brödermann Jahn, Hamburg, Germany and member of the CISG-commission, on experiences he made when dealing with legal challenges his clients faced due to the far reaching restrictions on public life during the last few months. The following text (slightly streamlined) is the transcript from the podcast. The audio file of the whole interview is available in French at <https://www.uianet.org/en/news/uiapodcast-special-covid-19>.

**Susanne Margossian (S.M.):** Christoph, you have already participated in the UIA's webinar regarding the impact on commercial contracts in April at the early stage of the pandemic. How has the situation evolved since then? Have you already had some litigation around pandemic related issues?

**Christoph Oertel (C.O.):** The manufacturing industry now reports that the supply chain is slowly starting to recover. Goods from overseas are arriving again and customers are ramping up productions anew. Nonetheless, production and trade are still at a significantly lower level than they were before the Covid-19 crisis. Our clients in the logistics industry confirm this analysis. Some logistics providers report that the Covid-19 crisis, together with the urgent need for special products, has even created new markets, including road transport from China to Europe for specific time- and temperature-sensitive goods.

We do not have litigation cases in our firm yet. Our clients often found a negotiated solution. Another reason may be that the

Covid-19 crisis also heavily affected the judicial system.

In our daily work, we have implemented numerous contractual clauses addressing the risks of the Covid-19 crisis or any further situation of pandemic and consequential lockdowns. In this regard, two things became clear: (1) contracts need to be suited with specific provisions on situations similar to what we have experienced during the pandemic, and (2) the traditional remedies of force majeure – which is the legal excuse to not perform contractual duties for the duration of the force majeure event – may not be suited for the effects of a pandemic, where there is a general lockdown and interruption of supply chains.

**S.M.:** In recent months, the term “force majeure” has been used in many instances. What is force majeure and what is the difference between force majeure and other concepts, like hardship?

**C.O.:** The concept of force majeure relates to situations where a contractual party cannot perform at all because of a sudden, unforeseen, and unsurmountable external event. In turn, hardship refers to situations where performance is still possible, but has become more difficult to accomplish compared to what the parties have expected for their performances when they concluded their agreement.

**S.M.:** How do courts interpret force majeure? Is there recent case law about this?

**C.O.:** Our law firm has not yet experienced any litigation or arbitration cases involving questions arising from the Covid-19 crisis. I can only speculate on the reasons. Maybe parties simply reached out of court settlements; maybe the events are still too fresh. Therefore, for now, we have to rely on the law applicable to force majeure established before the Covid-19 crisis.

**S.M.:** In France, the judge providing interim relief from the Paris commercial court decided on questions of force majeure before Covid-19 became worse in May. At that time, several suppliers of electricity had contractually agreed to acquire certain quantities of electricity at a guaranteed price from EDF (*Electricité de France* - the French national electricity supplier). However, because of a significant drop in France's electricity consumption during the pandemic, end consumer prices significantly dropped. As a consequence, the suppliers requested a suspension of their supply contracts by invoking the force majeure clause stipulated in their agreements with EDF. Interestingly, the court suspended the agreements because of the force majeure clause.<sup>1</sup> The interim judge highlighted that the respective clause defined a force majeure event as "an external, irresistible and unforeseeable event, which renders the performance of the parties' obligations under reasonable economic conditions impossible." In the eyes of commentators on this judgement, this particular clause mixes the concepts of force majeure and hardship – just as you have described. The performance of the contract has not become impossible (*it est force majeure*), but more expensive (*it est hardship*). The decision is interesting as well because the French courts have been rather restrictive in admitting force majeure concepts to pandemics, such as Ebola and other virus diseases.

**C.O.:** Very interesting indeed. Did the judge excuse one party from performing its obligations, or did the judge allow the parties to request renegotiation of the contractual equilibrium?

**S.M.:** The court indeed applied the legal remedy of force majeure – the suspension of the contract for the duration of the force majeure event. The case shows that the wording of a force majeure-clause in a contract is taken into consideration by the judges. This

shows the importance of careful drafting. What are the elements of a force majeure clause? What if a pandemic is not on the list of events that are viewed as force majeure?

**C.O.:** The answer depends on the applicable law. In German law, the judge will typically seek the true intention of the parties when making the clause, even if such interpretation goes beyond the literal sense of the text. This calls for rather generic wording with a few illustrative examples. In such case, the lack of the term "pandemic" may not necessarily exclude the Covid-19 crisis from a force majeure clause. The judge will derive the parties' intention to include pandemics in their force majeure clause from e-mail exchanges, pre-contractual negotiations, etc.

In our daily work, we have implemented numerous contractual clauses addressing the risks of the Covid-19 crisis or any further situation of pandemic and consequential lockdowns.

In turn, judges from the common law follow a more literal approach to their interpretation of a contract. In such cases, the omission of enumerating a pandemic in a clause may mean significantly increased efforts to argue an exception based on the Covid-19 crisis.

In hindsight, the unprevented restrictions of public life, production, and logistics during the "first wave" of the Covid-19 crisis from March to May 2020 made it very likely that judges – at least in Germany – will accept force majeure as applicable to contract construction. But it is important to provide documentation that demonstrates how businesses were affected by the Covid-19 crisis.

**S.M.:** What if there is no force majeure clause in the contract?

**C. O.:** Again, the answer depends on the applicable law. German law, for example, does not have a statutory provision dealing with force majeure. The German civil code provides for other solutions. A party is excused from its obligation to perform when this performance is impossible. The concept of fault then determines whether such party must pay damages to the other side. Further, there is a concept called an interference with the basis of a transaction. If circumstances on which

parties unconsciously based their agreement change in the aftermath, an adaptation of the agreement may be requested.

Further, the German legislature has more recently adopted a specific law containing civil law remedies for parties affected by the Covid-19 crisis. These remedies include *inter alia*, which is the temporary deferral of payment obligations for obligors who are unable to fulfil their contractual payment obligations due to the Covid-19 pandemic. This law is problematic as it only defers the economic consequences of the crisis to the future without providing a mechanism for a sustainable solution. In French law, Article 1218 of the French civil code contains a specific provision defining the conditions of force majeure and the available remedies.

Common law countries like the UK, in turn, do not have statutory provisions dealing with force majeure. Here, the inclusion of an appropriate contractual clause is imperative. My point is that if you leave the question of force majeure to the applicable statutory law, the results of judicial interpretation may be unforeseen. This is why our clients need support and vision in contract drafting by international lawyers.

**S.M.:** What about international legal instruments, like the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)?

**C. O.:** The CISG is national law in countries that have adopted it. Further, there are the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2016). Both legal texts contain provisions dealing with force majeure. Our law firm encourages the application of these legal texts. Their application is simple. For CISG, you just need to agree on the national law that has adopted the CISG provisions. In turn, parties must explicitly "opt in" for the UNIDROIT Principles to apply. UNIDROIT Principles are best combined with an arbitration agreement should a dispute in their application arise. In our view, the availability of information on the UNIDROIT Principles and the predictability

of its application in case of disputes makes it worth seriously considering its inclusion in the contract. Sometimes, we are even instructed by clients to choose them. Please note that since 17 July 2020, the UIA has officially recommended the consideration of UNIDROIT Principles (2016) as an important option for international lawyers and clients.

**S.M.:** Let us assume I am in a clear-cut force majeure situation. Therefore, I can neither manufacture nor deliver my products since the authorities have locked down my factory. What exactly are the legal consequences for my sales contracts? Do I have any risks if I invoke force majeure? Do I always have an interest to invoke force majeure?

**C.O.:** A contractual clause of force majeure usually obliges the affected party to immediately inform the other party of its impediment. Then, the affected party may suspend performance of its obligation. If the force majeure situation is permanent, the parties usually have a right to terminate their contract. If there is no clause in the contract, the statutory remedies (where they exist) are quite similar. Under French law, for example, the affected party may suspend its obligation to perform. If the impediment is permanent, the contract is then resolved *ipso iure*. Under CISG and UNIDROIT Principles 2016, the affected party must inform the other party. After that, the party is excused from its obligation to perform. Nonetheless, the other party can terminate the contract if statutory conditions are met.

**S.M.:** Can a buyer refuse to take delivery, and henceforth payment, if the buyer no longer needs the ordered goods due to a government lockdown or due to a strategic decision to close the buyer's shop, or to other circumstances, e.g. seasonable goods, thinking about the fashion industry? What are the buyer's options? Must the buyer accept delivery?

**C.O.:** The answer depends on the specific circumstances of the case. The question is whether the Covid-19 crisis has made it impossible for the buyer to receive the sold goods. If your contract has just become a bad deal, you will fail arguing force majeure. In our practice, we had cases where a buyer had ordered protection masks for a very high price when the Covid-19 crisis was at its peak. When the masks arrived, the

shortage in masks was overcome and the prices had fallen. The buyer refused to take delivery and started arguing over the quality of the masks. Our client asked us whether this was a case of force majeure towards the client's own suppliers. Our answer was no. From a legal perspective, accepting delivery of the masks was not impossible. Our client remained obliged to honor the contractual obligations. Nonetheless, we have experienced that the suppliers of our client were open for constructive discussions



In our model language, we have combined the concept of force majeure with the effects of hardship.

about how to handle this situation – maybe, in this case, because the worldwide need for such masks is still present.

**S.M.:** In my own experience as an in-house lawyer, the problems are very often “in-between.” It may not be impossible to deliver, but because I have delays in delivery, I will have resulting additional costs and risks, storage costs, demurrage costs, etc. How do you address these situations?

**C.O.:** The seller will probably be unable to rely on a force majeure exception. Performance has just become more onerous. In such case, hardship is the correct remedy. Under German law, we have a concept close to hardship called “interference with the basis of the contract.” If circumstances on which the parties unconsciously have based their contractual agreement significantly change, the affected party may demand an adaptation of the contract. This provision is problematic as only the court can revise the contract under this provision. When this happens, the affected party may already have suffered irreversible consequences. While the CISG does not contain an explicit provision on hardship, a Belgian court has decided that a hardship remedy may be read into contract under the force majeure provision of Article 79 CISG. In contrast, the UNIDROIT Principles 2016 contain an express provision on hardship, namely in its Article 6.2.1 et seq.: The affected party may first request renegotiation of the contract and only if negotiations fail can a judge terminate the contract or revise it.

**S.M.:** How does the “good faith” principle, known to French law and many other continental legal systems, come into play? Is there an obligation to re-negotiate the contract if it becomes too onerous for one party?

**C.O.:** In our law firm's view, good faith is one of the essential guiding principles in managing the Covid-19 crisis. The commonly applied remedy of excusing a party from its obligation to perform often is unsuited. If one party is excused, the risks and costs are simply shifted to the other party. This party then depends on the contract or the applicable law. It is random whether one party can carry forward the risk of force majeure to a respective customer or whether the party must carry the burden of the missing performance alone. However, the Covid-19 crisis is beyond everyone's control. It affects the entire economy and it seems unfair to cast the economic burden of the Covid-19 crisis on one party alone. Many stakeholders are prepared to accept their share of the burden. For example, when we negotiated rent reductions for our tenants, we reached agreements where the landlord was prepared to accept a rent reduction during the complete lockdown of shops in Germany. This is an example of a good faith negotiation and a solution for a crisis, which goes beyond the sphere of the parties of the contract in question.

**S.M.:** What kind of issues should be considered during the ever evolving Covid situation? How can I protect myself against a “second wave?”



**C.O.:** You need tailor-made provisions for foreseeable impediments due to effects of the Covid crisis. Our law firm has developed a model clause to deal with the Covid crisis. This clause is based on the good faith principle. Realize that the problem now is that further lock down measures or the like under the Covid crisis are not unforeseen anymore. We doubt that one can argue force majeure in cases of lockdowns in the second and third waves. In our model language, we have combined the concept of force majeure with the effects of hardship. We are aware that: (1) the risk of any future Covid restrictions cannot be attributed to one of the parties, (2) such future Covid restrictions are beyond the control of either party and (3) the parties must monitor future Covid restrictions and inform each other promptly of any Covid consequences, such as a lockdown or similar impediments, to fulfill contractual obligations. Our clause determines that serious hindrances for the supply chain due to governmental measures caused by the Covid crisis are cases of force majeure. But, instead of generally excusing the affected party from performance, the parties have the right to seriously re-negotiate the agreement in good faith in order to find a viable solution for both. For long-term agreements, parties should anticipate exceptional situations in our globalized and interdependent world. The Covid-19 crisis is not the only example of a previously “unthinkable” situation. Other situations are the exit of a country from an area of economic integration, for example, the “Brexit,” or our increasing dependence on a functioning infrastructure in a digitized economy. We, as internationally acting lawyers, must play an important and constructive role in finding viable and practical solutions. We must help to uphold the globalized and interdependent world that we have today. This should be our most important concern facing this Covid-19 situation.

**S.M.: To wrap this up, in light of everything, what are your tips and general recommendations that practitioners should take into consideration now to minimize the impact of the situation?**

**C.O.:** During our work with clients affected by the Covid-19 crisis, we have developed a six-step plan to manage the situation rationally. We think that this plan is also suited in case further waves of Covid or other pandemics arise.

In the first step, we recommend preserving evidence of the present situation. The client should ask its contractual partners to explain, in detail, the specific effects of Covid-19 on which the client bases the delivery impairment. This would include proof available to the client or the client’s affected supplier.

In the second step, the parties should identify the general legal environment and the options for remedies they have. The parties should check if their existing contract contains specific provisions regarding the given situation or whether the client must rely only on the applicable law. In the latter case, we have learned that it is worth verifying whether instruments of international trade apply, such as the CISG or the UNIDROIT Principles 2016. These legal texts contain modern provisions on force majeure and hardship. Finally, the national law must be researched. Our experience is that national laws provide a very heterogenic picture in their reaction to force majeure events and hardship.

In the third step, your client should notify any counterpart about the potential impairment of delivery as early as possible. Otherwise, depending on the applicable legal basis,

there is a risk of claim for damages, or that your client will not be released from the client’s obligation to deliver.

In the fourth step, we recommend taking risk-minimizing or mitigation measures. From a practical point of view, your client should identify what possible and economically feasible measures could be taken to minimize risks. Have your client identify a reasonable economic limit for the disadvantages your client is prepared to accept. The client should then initiate the implementation of such practical measures, both possible and economically feasible. Such measures may include asking the supplier whether the parts concerned are also available from another distributor, increasing production capacity in the sub-supplier plants, and examining alternative means of transport for the products.

In the fifth step, your client must decide on the available remedies and their legal consequences (contract, statutory law, and applicable international instruments). We have seen that the options may considerably vary.

Finally, in the sixth step, we recommend that the client constantly informs all contractual partners about the evolution of the situation. While this may be required to preserve the legal remedies available to your client, it also shows willingness to cooperate in a situation which is very likely to also affect your client’s partners.

**S.M.:** Christoph, thank you so much for your time. These comments have been really helpful and at the end, we have a checklist for our listeners of actions to be taken now.

Susanne MARGOSSIAN  
Présidente de la commission UIA Vente  
Internationales de Marchandises  
UP International SA  
Geneva, Switzerland  
s.margossian@upinternational.ch

Christoph OERTEL  
Brödermann Jahn Rechtsanwaltsgesellschaft MBH  
Hamburg, Germany  
christoph.oertel@german-law.com

1. The Paris Court of Appeal confirmed this decision on July 28, 2020.



## 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 Jerome ROTH

### Union Internationale des Avocats (UIA)

20, rue Drouot,  
75009 Paris (France)

Tel. +33 | 44 88 55 66 - Fax. + 33 | 44 88 55 77

E-mail : uiacentre@uianet.org

Site Web : www.uianet.org

ISSN : 0758-2471

EDITORIAL TEAM / ÉQUIPE DE REDACTION / EQUIPO DE REDACCIÓN

Nicole VAN CROMBRUGGHE,  
Chief Editor / Rédacteur en Chef / Redactor Jefe

Barbara GISLASON,  
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  
Romina BOSSA ABIVEN ⇔ Nadine DOSSOU ⇔ Gustavo SALAS RODRIGUEZ

The Legal Profession / La Profession d'Avocat / La Abogacía  
⇔ Pierluca DEGNI ⇔ Aboubacar FALL ⇔ Mary-Daphné FISHELSON

Legal Practice / Pratique du Droit / Ejercicio de la Abogacía  
Marc GALLARDO MESEGUER ⇔ Christoph ÖRTEL ⇔ Steven RICHMAN

Young Lawyers representative / Représentant Jeunes Avocats /  
Representante Jóvenes Abogados  
Thomas RUDKIN

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 | 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  
3 000 exemplaires / copies / ejemplares

Photos credit / Crédit photos / Crédito fotos

Cover: © Shutterstock – Fizkes / Page 1: © Shutterstock- Aelitta / Page 2 & 10: © UIA /  
Pages 12 & 13: © UIA /

Page 14 (upper): © Shutterstock - Meg Wallace Photography ; (lower): © Shutterstock – Jerry-Rainey /  
P 16: © Shutterstock - Tinnakorn Jorruang /

P 17 © Shutterstock - kittirat roekburi / P 25: © Shutterstock - ph.FAB /  
P 29: © Shutterstock - lapas77 / P 30: © Shutterstock - Nubefy /

P 32 (upper): © Shutterstock - Brian A Jackson / (lower): © Shutterstock - Idutko /  
P 35: © Shutterstock - Vectorium / P 37: © Shutterstock - aurielaki /

P 41: © Shutterstock – Fotogestoerber / P 42: © Shutterstock – Fizkes /

P 46 (upper & lower): © Shutterstock - SeventyFour / P 52: © Shutterstock - BondRocketImages /  
P 53: © Shutterstock – Fezziie / P 57: © Shutterstock - bsd / P 59: © Shutterstock - Lane V. Erickson /

P 61: © Shutterstock - BCFC / P 70: © Shutterstock – Ragma Images /

P 71: © Shutterstock – Brian A. Jackson



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



# UIAAdvance

## A global network for law firms

**UIAAdvance** is a membership option for law firms specifically designed to enhance their global outreach. UIA, the world's most multicultural, multilingual law association, brings together some 2 million lawyers from over 110 countries.

*Does your law firm seek to extend its global reach, strengthen its brand, work with clients around the world, and collaborate with as well as learn from a worldwide network of law firms?*

**UIAAdvance provides members exclusive opportunities to benefit from this unique, international network.**

## Interested?

### Find out more and join the network!

It's simple to do. Please contact NoeliaAlonso Morán on **+33 1 44 88 55 66** or by email at **[nalonso@uianet.org](mailto:nalonso@uianet.org)**

Noelia can answer any questions and, along with the UIA team, work with your firm to enhance your firm's benefits of **UIAAdvance** membership.

---

UIA • 20 rue Drouot • 75009 Paris  
Tel : +33 1 44 88 55 66 • Fax : +33 1 44 88 55 77  
**[www.uianet.org](http://www.uianet.org)**

your legal, tax and  
business services firm  
in Luxembourg



legal, tax and regulatory change  
**we are with you all the way**

[arendt.com](http://arendt.com)