

2014.3

# juriste

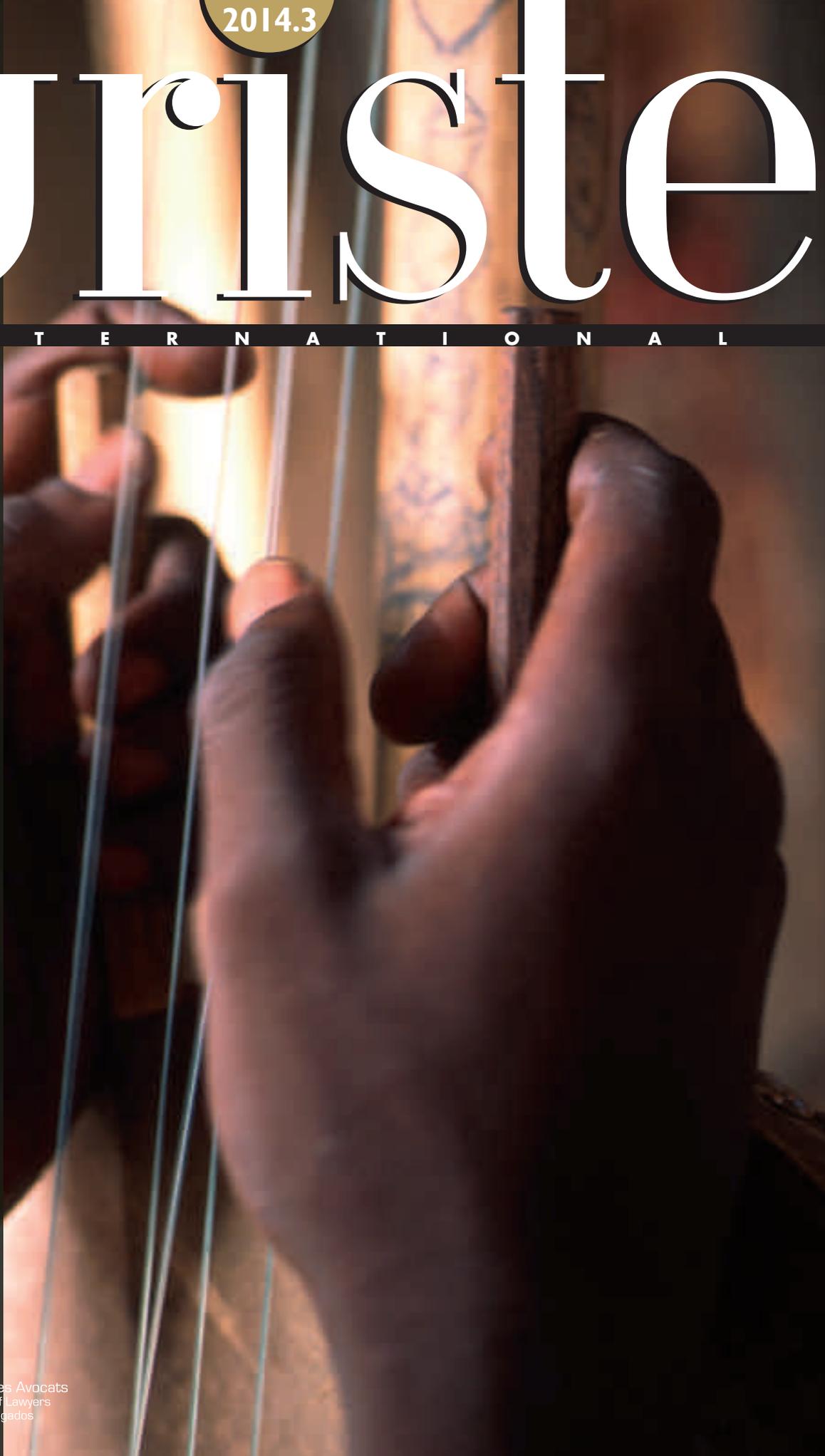
I N T E R N A T I O N A L

Union Internationale des Avocats

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



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





**bruylant**  
www.bruylant.be



**larcier**  
www.larcier.com



## Journal européen des droits de l'homme European Journal of Human Rights

Rédacteur en chef : Olivier De Schutter

Larcier - 5 numéros par an

± 450 pages par an

Abo. 2014 : 155,00 €



## Code de droit international des droits de l'homme

Olivier De Schutter, Françoise Tulkens et Sébastien van Drooghenbroeck

>Collection Codes en poche

Bruylant – 4<sup>e</sup> édition 2014 – 868 p. – 66,00 € - ISBN 9782802733928



## Code de droit des organisations internationales

Éric David

>Collection Codes en poche

Bruylant – Édition 2014 – 600 p. – 66,00 € - ISBN 9782802743989

Commandez en ligne !

Les frais de port sont gratuits pour la Belgique,  
les Pays-Bas, le Luxembourg et la France.

www.larcier.com • www.bruylant.be

Les références de nos distributeurs sont consultables sur nos sites.



# Sommaire Table of contents Indice

Thème principal des illustrations : Marie Docher ■ Main picture theme: Marie Docher ■ Tema principal de las ilustraciones: Marie Docher

## Editorial ■ 3

---

Editorial du Président 3 President's Editorial 4 Editorial del Presidente 5 Message du Rédacteur en Chef 7 Message from the Chief Editor 8 Mensaje del Redactor Jefe 9 Marie Docher 10

## Actualités de l'UIA ■ UIA News ■ Novedades de la UIA ■ 13

---

Coopération UIA - UNICRI 13 L'UIA au Luxembourg 14 Actualités du "UIA's Women Network" 16 Comité de rédaction 18

## Droits de l'Homme et de la Défense ■ Human Rights and Protection of Lawyers ■ Derechos Humanos y de la Defensa ■ 26

---

"Solo estamos perseguidos, nunca somos escuchados" - *Nous ne sommes que persécutés, jamais écoutés* 23 The UK's gradual erosion of the right to privacy 26 The Rule of Law is the Foundation Stone of Girl Empowerment 28 L'affaire Grande Stevens c. Italie 30 Prohibition on Execution of the Mentally Ill: Theory and Practice 33 Egyptian Lawyer, Mahienour El-Massry, Recipient of 2014 Ludovic-Trarieux Human Rights Prize, Invited to the UIA Congress in Florence 34

## La Profession d'Avocat ■ The Legal Profession ■ La Abogacía ■ 37

---

Un avocat dans une pochette surprise ? 37 Plaidoyer pour la prise en compte du secret professionnel de l'avocat dans la nouvelle Directive « rétention des données » 38 Challenges Facing the Legal Profession in Japan 41

## Pratique du Droit ■ Legal Practice ■ Ejercicio de la Abogacía ■ 45

---

Le financement de l'arbitrage par les tiers 45 Les spécificités et les avantages de l'Arbitrage CCJA 47 Investissements étrangers et modes alternatifs de règlement des différends 52 Happy implementation! Or how the UK got it wrong... 55 Commentary on the Bill of Stolen Assets Recovery in Yemen 58 Central-Eastern Europe: Litigation Costs and Their Recovery 61



# Editorial





## Editorial du Président

I Stephen L. DREYFUSS

Il m'est difficile de croire qu'il s'agit déjà de mon dernier éditorial de Président dans le Juriste International. Cette année est passée très vite, sans cesse ponctuée d'occasions de transmettre le message de l'UIA à nos confrères à travers le monde.

Chacun de mes éditoriaux s'est concentré sur mes tentatives d'élargissement de la portée de notre association par des contacts personnels avec les dirigeants de barreaux et avec nos confrères avocats, dans des pays où notre association n'a pas été aussi active qu'elle aurait dû l'être par le passé. L'Asie a été un de nos points focaux cette année, et nous avons franchi une étape importante à la mi-juillet en organisant notre premier séminaire au Japon, avec le soutien exceptionnel du Barreau de Tokyo. Près de 200 avocats japonais, pratiquant dans le secteur privé du conseil en entreprise, sont venus écouter des analyses pointues relatives à des questions juridiques liées à la lutte contre la corruption au Japon, en Chine, en Europe et aux États-Unis. Fondant leurs espoirs sur ce succès, le Barreau de Tokyo et l'UIA envisagent de transformer ce séminaire en un événement annuel. Du point de vue de l'UIA, les bienfaits de cette ouverture sont déjà visibles sous la forme d'un nombre non négligeable d'avocats japonais inscrits à notre congrès à Florence à la fin octobre.

Plus généralement, il est très gratifiant pour moi en tant que Président de voir que mes nombreux voyages ont véritablement impacté l'UIA sous la forme d'adhésions de membres de pays précédemment sous-représentés ou absents de notre association. Par exemple, à la suite de mon voyage à Wellington, en Nouvelle-Zélande il y a quelques mois, pour la conférence POLA (Association des Présidents de Barreaux et de Law Societies d'Asie), nous avons accueilli nos premiers membres du Myanmar, et le nombre d'inscrits provenant de la région a augmenté de manière significative.

Néanmoins, notre ouverture ne doit pas

se limiter à une expansion régionale : elle est avant tout générationnelle. Nous devons continuer d'attirer des avocats jeunes, créatifs et impliqués, provenant de partout dans le monde, baignés dans plusieurs traditions juridiques et parlant plusieurs langues différentes, qui laisseront leur trace comme leaders de notre profession et de notre association dans les années à venir. C'est pourquoi, cette année, j'ai beaucoup travaillé sur la coopération entre l'UIA et l'AIJA, l'Association Internationale des Jeunes Avocats. J'ai, non seulement été à leur congrès à Prague fin août, mais j'ai aussi pris la décision d'y rester de bout en bout, pendant une semaine, de façon à créer autant de liens que possible avec ces jeunes avocats, et leur expliquer que l'UIA peut leur offrir, à l'issue de leur expérience à l'AIJA, les meilleures opportunités de visibilité immédiate dans le monde. Considérant le nombre de demandes de connections LinkedIn que j'ai reçues – beaucoup avant même d'avoir quitté Prague – mon message semble avoir été clairement reçu.

Ce qui rend l'UIA unique, évidemment, c'est notre diversité linguistique, culturelle et juridique. En tant qu'Américain, je sais combien il est commun de trouver des associations internationales dominées par une langue et quelques nationalités. Aucune autre association que la nôtre ne propose un espace d'échange aussi significatif et aussi profondément ancré que celui que nous offrons à des confrères qui ne partagent ni langue commune, ni mode d'exercice de la profession. Il n'y a qu'à l'UIA qu'un avocat américain parlant uniquement l'anglais par exemple, peut communiquer directement avec un avocat algérien dont les langues sont le français et l'arabe. Il n'y a qu'à l'UIA qu'un jeune avocat indépendant, peu importe sa nationalité, peut, dès le début de sa carrière (à l'UIA), se voir accordé un rôle essentiel dans la préparation d'analyses et de présentations clés sur des questions juridiques – aux côtés de membres d'importants cabinets d'avocats

parisiens, londoniens ou new yorkais – sans devoir attendre de nombreuses années pour être vu et entendu.

Le travail de l'UIA s'étend aussi à toutes les différentes catégories de membres qui nous rejoignent. À notre dernière réunion du Conseil de Présidence à Athènes, en septembre, nous avons adopté des amendements à nos statuts de manière à refléter notre profond engagement en faveur de l'égalité homme-femme. À cette fin, certaines de nos consœurs à la tête de l'UIA ont mis en place un réseau dédié aux femmes, avec lequel, à chaque réunion du Conseil de Présidence, et à chaque congrès de l'UIA, nous organisons un petit-déjeuner des femmes pour que nos membres existantes et potentielles puissent échanger leurs points de vue, d'éventuelles références, ou discuter de questions qui leur sont tout particulièrement importantes. J'ai eu le privilège de me rendre à ces événements en tant que Président de l'UIA – ils sont extraordinaires. Nos membres existantes se sont saisies de l'opportunité d'expliquer à leurs consœurs ce que l'UIA représentait pour elles, et ce que l'UIA fait pour leur carrière. Après chaque événement, nous recevons des dossiers d'inscription de femmes véritablement inspirées à l'idée de rejoindre l'UIA. Et comme nous le savons bien, ceux ou celles qui nous rejoignent restent avec nous.

Quoique je regrette l'idée que notre congrès de Florence signifie la fin de ma présidence, je me réjouis aussi du fait qu'il marquera un grand début pour notre association. Basé sur le vote indicatif du Conseil de Présidence à Athènes, nous présenterons à l'Assemblée générale nos recommandations en faveur de l'élection de la Suisse Laurence Bory, à la succession de la Vice-Présidence de l'UIA. Lorsque l'Assemblée générale ratifiera son élection, Laurence sera en ligne pour devenir la première femme à tenir le poste de Présidente de l'UIA dans son histoire riche de près de 90 ans. Laurence a un

# President's Editorial

## I Stephen L. DREYFUSS

long et brillant palmarès au sein de l'UIA, acquis dans différentes fonctions exercées tout au long de ses années d'adhésion, et se démarque en candidate d'exception quelle que soit l'issue finale. Néanmoins, son élection marquera une étape longtemps attendue, qui confirme, de façon hautement symbolique, notre engagement envers l'égalité des chances entre tous nos membres.

Il vient un temps dans la carrière d'un avocat, où il devient essentiel de se détacher des préoccupations triviales de la pratique juridique quotidienne afin de prendre en compte les nombreuses questions cruciales à laquelle notre profession doit se confronter dans le monde entier. Le rôle de l'avocat n'a jamais été aussi important pour les citoyens que nous défendons, et pourtant, nous avons rarement été confrontés à tant de défis répétés et tant d'attaques de la part des gouvernements dans le monde entier. Au cours de cette année passée à vous représenter comme Président, j'ai fait tout mon possible pour m'exprimer contre l'injustice et en faveur de la défense de nos confrères à travers le monde – non seulement au nom de tous les avocats, mais spécialement au nom des citoyens et de la protection essentielle que nous leur fournissons en tant que premier, et parfois unique, bouclier contre l'autorité gouvernementale arbitraire et abusive.

Ce fut un privilège et un honneur de vous représenter. Je vous invite à me rejoindre à notre congrès de Florence qui conclura ma présidence en une magnifique célébration du droit, en présence d'amis et de confrères du monde entier.

Stephen L. DREYFUSS  
*Président de l'UIA*

It is hard to believe that this is my last *Juriste International* editorial as UIA President. The year has flown by, marked by extraordinary opportunities to bring the UIA message to our colleagues throughout the world.

Each of these editorials has focused on my efforts to broaden the UIA's range and scope by personal contact with bar leaders and fellow lawyers in countries where our association has not been as active as it should be. Asia has been a leading focus for us this year, and we achieved a significant milestone in mid-July when we presented our first seminar in Japan, with the valuable co-sponsorship of the Tokyo Bar Association. Nearly 200 Japanese lawyers, both private practice lawyers and in-house corporate counsel, heard sophisticated comparative law analyses of legal issues surrounding the fight against corruption in Japan, China, Europe and the United States. Building on this significant success, we and the Tokyo Bar hope to make this joint seminar an annual event. From the UIA's point of view, we are already seeing the benefits of this outreach effort in the form of a significantly higher number of Japanese lawyers who have registered for our Congress in Florence at the end of October.

More generally, it is gratifying for me as a President to see that my extensive travel this year is paying off for the UIA in the form of new members from countries previously underrepresented in or missing altogether from our association. For example, after my long trip to Wellington, New Zealand earlier this year for the POLA conference of the Presidents of Asian law associations, we now have welcomed our first member from Myanmar, and have increased our membership throughout the region.

Our outreach cannot only be geographic, however; it also must be generational. We need to continue to attract a new generation of creative, committed lawyers from a variety of countries, trained in diverse legal traditions

and speaking a variety of languages, who will make their mark as the leaders of our profession and of our association in the years to come. For this reason, I have worked hard this year to deepen the UIA's relationship with AIJA, the International Association of Young Lawyers. I made it a point not only to attend AIJA's annual Congress in Prague at the end of August, but also to stay there for the entire week in order to make personal contact with as many young lawyers as possible and explain to them the ways in which the UIA offers them the best post-AIJA opportunity for immediate visibility and leadership opportunities of any international lawyers' association in the world. Based on the number of LinkedIn requests I received – many before even leaving Prague – my message was heard loud and clear.

What makes the UIA unique, of course, is our linguistic, cultural and legal diversity. As an American, I know how common it is for international associations to be dominated by one language and only a few nationalities. No other international lawyers' association offers the opportunity that we provide for significant and profound exchange among colleagues who do not share a common language or mode of legal practice. Only in the UIA can a lawyer from the United States who speaks only English, for example, communicate directly with a lawyer from Algeria who speaks only Arabic and French. Only in the UIA can a young sole practitioner from any country assume from the outset of his or her UIA career a prominent leadership role in the preparation of significant analyses and presentations of legal issues – alongside members of major international firms from New York, London or Paris – without waiting for years for an opportunity to be seen and heard.

The UIA's outreach also extends to every constituency among our members. At our most recent Governing Board meeting in Athens in September, we adopted amendments to our by-laws to reflect our profound institutional

# Editorial del Presidente

## I Stephen L. DREYFUSS

commitment to gender equality. To this end, a number of our female colleagues in the UIA leadership have instituted in recent years a UIA women's network, in which at every meeting of the UIA Governing Board and at every UIA Congress, we hold a women's breakfast for current and potential women members of the UIA to exchange views, discuss possible referrals and address issues of particular importance to them. I have been privileged to attend these events as UIA President, and they are extraordinary. Current female members have a chance to explain to their colleagues what the UIA has meant to them and has done for their careers, and after every meeting we receive membership applications from new women members who have been inspired to give the UIA a try. And as we all know, once someone gives the UIA a try, he or she stays.

Although I regret that our upcoming Florence Congress will mark the end of my Presidency of the UIA, I am delighted to report that it also will mark a significant new beginning for our association. Based on the indicative vote of the UIA Governing Board in Athens, we will present to the General Assembly in Florence our recommendation for the election of Laurence Bory of Switzerland as the next Vice-President of the UIA. When the General Assembly ratifies her election, Laurence will be in line to become the first woman to serve as UIA President in our nearly 90-year history. Laurence has a long and distinguished record of achievement in multiple roles in the UIA throughout her many years of membership, and would have been a compelling candidate in any event. Nevertheless, her election will mark a milestone that is long overdue, and is a highly symbolic confirmation of the reality of our commitment to equality of opportunity among all of our members.

There comes a point in any lawyer's career when it is important to take the time to lift one's gaze from the mundane concerns of day-to-day legal practice in order to consider

the many significant issues confronting our profession around the world. The lawyer's role has never been more important to the citizens we serve, but at the same time lawyers have rarely been subject to such sustained challenges and attacks from governments around the world. In my year as your President, I have done my best to speak out against injustice and defend our colleagues around the world – not merely on behalf of all of us as lawyers, but especially on behalf of our fellow citizens and the crucial protection we provide as their first and sometimes only shield against arbitrary and abusive government authority.

It has been a privilege and an honor to represent you. Please join me at our Florence Congress as I close my Presidency at this wonderful celebration of the law with friends and colleagues from around the world.

Stephen L. DREYFUSS  
*UIA President*

Me cuesta creer que sea éste mi último editorial de *Juriste International* como Presidente de la UIA. Este año se ha pasado volando, marcado por unas extraordinarias oportunidades de llevar el mensaje de la UIA a nuestros compañeros de todo el mundo.

Cada uno de estos editoriales ha dado cuenta de mis esfuerzos por ampliar la cobertura y el alcance de la UIA mediante el contacto personal con los dirigentes de colegios de abogados y compañeros abogados de aquellos países donde nuestra asociación no ha estado tan activa como debía. Asia ha sido uno de nuestros principales focos de atención este año, y a mediados de julio marcamos un hito importante con la presentación de nuestro primer seminario en Japón, que contó con el inestimable copatrocinio del Colegio de abogados de Tokio. Cerca de 200 abogados japoneses, tanto abogados que ejercen por libre como abogados de empresas, tuvieron ocasión de oír sofisticados análisis de derecho comparado sobre cuestiones jurídicas relativas a la lucha contra la corrupción en Japón, China, Europa y Estados Unidos. Gracias a este importante éxito, nosotros y el colegio de abogados de Tokio esperamos convertir este seminario conjunto en un encuentro anual. Desde el punto de vista de la UIA, ya estamos viendo las ventajas de este esfuerzo de colaboración, que se materializa en un gran aumento del número de abogados japoneses que se han registrado en nuestro Congreso de Florencia para finales de octubre.

De manera más general, como Presidente me resulta gratificante ver que todos los viajes que he hecho este año están resultando productivos para la UIA, pues contamos con nuevos miembros de países que antes estaban infrarrepresentados o sencillamente, no estaban representados, en nuestra asociación. Por ejemplo, tras el largo viaje que hice a Wellington (Nueva Zelanda) este año para la conferencia POLA de Presidentes de asociaciones de abogados asiáticas, tenemos desde hace poco un primer miembro de

Myanmar, y en general el número de miembros de la región ha aumentado.

Sin embargo, este alcance no ha de ser únicamente geográfico. Debe ser también generacional. Tenemos que seguir atrayendo a una nueva generación de abogados creativos y comprometidos de muy diversos países, formados en distintas tradiciones jurídicas y que hablen distintos idiomas, pues serán ellos quienes dejarán su impronta como líderes de nuestra profesión y de nuestra asociación en los próximos años. Por este motivo, durante este año me he esforzado mucho en intensificar las relaciones de la UIA con la AIJA, la Asociación Internacional de Jóvenes Abogados. No sólo me propuse asistir al congreso anual de la AIJA en Praga a final de agosto, sino que además permanecí ahí durante toda la semana para entablar contacto personal con tantos jóvenes abogados como fue posible y explicarles cómo, tras su paso por la AIJA, la UIA es la asociación de abogados internacional que les brinda las mejores oportunidades de adquirir una visibilidad inmediata y las mejores posibilidades de liderazgo del mundo. A juzgar por el número de peticiones de LinkedIn que recibí – muchas incluso antes de marcharme de Praga – mi mensaje se hizo oír con fuerza y claridad.

Lo que hace única a la UIA es, por supuesto, nuestra diversidad lingüística, cultural y jurídica. Como americano, sé lo habitual que es que las asociaciones internacionales estén dominadas por un idioma y muy pocas nacionalidades. Ninguna otra asociación internacional de abogados propicia como nosotros un intercambio relevante y profundo entre compañeros que no comparten ni el idioma ni la forma de ejercicio de la profesión. La UIA es la única asociación donde un abogado de Estados Unidos que habla sólo inglés, por ejemplo, puede comunicarse directamente con un abogado de Argelia que habla sólo árabe y francés. La UIA es la única asociación donde un ejerciente joven e independiente de cualquier país puede asumir desde el principio

de su carrera en la UIA un papel prominente en la preparación de análisis y presentaciones de calidad sobre cuestiones jurídicas – junto con miembros de bufetes internacionales importantes de Nueva York, Londres o París – sin esperar años para tener la oportunidad de ser visto y oído.

El alcance de la UIA se hace también extensivo a todos nuestros grupos de miembros. En nuestra última reunión del Consejo de Presidencia celebrada en Atenas en septiembre, aprobamos modificaciones de nuestros reglamentos para reflejar nuestro firme compromiso institucional con la igualdad entre sexos. Con este fin, varias de nuestras compañeras con puestos de representación en la UIA han creado en los últimos años una red de mujeres de la UIA, que en cada reunión del Consejo de Presidencia y en cada Congreso de la UIA que celebramos organizan un desayuno de mujeres, para mujeres miembros existentes y potenciales de la UIA, con el fin de intercambiar puntos de vista, comentar posibles referencias y abordar temas de especial calado para ellas. He tenido el privilegio de asistir a estos eventos como Presidente de la UIA, y son extraordinarios. Las actuales mujeres miembros tienen la oportunidad de explicar a sus compañeras lo que ha supuesto la UIA para ellas y cómo ha influido en sus carreras, y después de cada reunión recibimos nuevas solicitudes de mujeres que quieren hacerse miembros porque a raíz de estas reuniones quieren probar a formar parte de la UIA. Y, como todos sabemos, una vez que alguien prueba la UIA, se queda.

Aunque me da pena que nuestro próximo Congreso de Florencia marcará el final de mi presidencia en la UIA, me complace decir que también marcará un nuevo comienzo importante para nuestra asociación. A tenor de la votación orientativa del Consejo de Presidencia de la UIA en Atenas, presentaremos a la Asamblea General de Florencia nuestra recomendación para la elección de Laurence

Bory, de Suiza, como próxima Vicepresidenta de la UIA. Cuando la Asamblea General ratifique su elección, Laurence estará llamada a convertirse en la primera mujer que sirva como Presidenta de la UIA en nuestros casi 90 años de historia. Laurence tiene una larga y distinguida trayectoria de éxitos en diversas funciones en la UIA a lo largo de sus muchos años como miembro de la asociación, y hubiera sido una candidata convincente en cualquier evento. Sin embargo, su elección marcará un hito que debería haberse alcanzado hace ya mucho tiempo, y constituye una confirmación muy simbólica de la realidad de nuestro compromiso con la igualdad de oportunidades entre todos nuestros miembros.

Llega un momento en la carrera de un abogado en que es importante tomarse tiempo para levantar la vista de las preocupaciones cotidianas del ejercicio diario de la profesión y considerar las cuestiones importantes a las que se enfrenta nuestra profesión en todo el mundo. El papel del abogado nunca había sido tan importante para los ciudadanos a los que prestamos servicio, pero al mismo tiempo, los abogados pocas veces se han visto enfrentados a problemas y ataques tan constantes de gobiernos en todo el mundo. En mi año como su Presidente, he desplegado todos mis esfuerzos para pronunciarme contra la injusticia y defender a nuestros compañeros de todo el mundo, no sólo en nombre de todos nosotros como abogados, sino también y sobre todo en nombre de nuestros conciudadanos y la protección crucial que ofrecemos como su primer – y a veces único – escudo contra la autoridad arbitraria y abusiva de los gobiernos.

Ha sido un privilegio y honor representarles. Por favor, vengán a nuestro Congreso de Florencia, donde pondré fin a mi Presidencia en esta maravillosa celebración del derecho con amigos y compañeros de todo el mundo.

Stephen L. DREYFUSS  
*Presidente de la UIA*



# Message du Rédacteur en Chef

**I Bénédicte QUERENET-HAHN**

La protection des libertés et de la vie privée dans les nouvelles technologies de l'information (NTIC) est décidément un thème qui ne cesse de faire parler de lui, dans l'actualité judiciaire et législative, ce qui explique qu'il occupe encore dans cette édition nombre de nos colonnes.

En raison de l'intensification de la menace terroriste et de la volonté des États de disposer des moyens de la combattre, notamment sur le net, fleurissent actuellement, dans de nombreux pays, des projets de loi dont la vocation est de donner aux États plus de moyens pour lutter contre le terrorisme. Parmi ces projets, certains comportent de potentielles atteintes à la liberté, qui ne font néanmoins que peu débat, compte tenu du climat anxieux qui règne autour de la question terroriste. En début d'année, les pays occidentaux s'étaient indignés, à juste titre, de la législation adoptée en Turquie, qui permet au BTK, l'organisme turc de régulation d'Internet, d'ordonner aux opérateurs de bloquer tout site diffusant des contenus « discriminatoires ou insultants à l'égard de certains membres de la société ». Un article de Víctor Rosello Mallol paru dans nos colonnes dénonçait particulièrement l'arbitraire et la censure instaurés par cette loi, qui avait notamment permis au BTK de demander aux fournisseurs d'accès d'interdire à leurs clients d'accéder à Twitter et à Youtube. Dans l'indifférence générale et quasiment sans débat, les législateurs français et britanniques s'appêtent à adopter, au nom de la lutte contre le terrorisme, une législation semblable, permettant à l'autorité administrative de demander aux fournisseurs d'accès à internet (FAI) de bloquer l'accès aux sites faisant « l'apologie du terrorisme », sans recourir à un juge. De telles législations présentent incontestablement un risque pour les droits fondamentaux, que même la lutte contre le terrorisme ne saurait justifier.

C'est pourquoi il faut saluer et promouvoir les travaux de l'UIA en matière de « droits de l'homme numérique », et notamment le récent séminaire qui a eu lieu à Luxembourg sur « Les enjeux européens et mondiaux de

la protection des données personnelles », ainsi que les articles de Maria Cronin sur « The UK's gradual erosion of the right to privacy » et de Jean-François Henrotte et Alexandre Cassart pour un « Plaidoyer pour la prise en compte du secret professionnel de l'avocat dans la nouvelle directive rétention des données ». Ils contribuent aux débats et réflexions pour faire avancer les droits de l'homme dans le monde digital.

L'accent est également mis dans cette édition sur d'autres sujets d'importance.

Au soutien de la lutte contre la peine de mort, l'UIA est partenaire du projet « Final Words », initié par Marc Asnin. Il consiste à publier les derniers mots des condamnés à mort de l'Etat du Texas, transcrits par les autorités pénitentiaires. L'objectif de ce projet est de montrer l'humanité des condamnés à mort, pour relancer, notamment aux États-Unis, le débat contre la peine capitale. L'article de Zoe Bedford est également consacré à la lutte contre la peine de mort, mais cette fois, des personnes aliénées. Elle y dresse la synthèse des conventions internationales et législations interdisant la peine de mort pour les personnes aliénées, tout en déplorant que certains pays persistent à condamner à la peine capitale des personnes notoirement atteintes de maladies mentales.

L'UIA soutient également la « Caravana de Juristas », à laquelle a participé, cette année encore, Julie Goffin. Ce projet de solidarité a pour objectif de soutenir les avocats colombiens défenseurs des droits de l'homme, dont 260 ont été assassinés, au cours des cinq dernières années. Julie Goffin décrit dans nos colonnes le travail admirable des avocats colombiens défenseurs des droits de l'homme, qui agissent notamment pour les victimes de privation des terres, dans un environnement particulièrement hostile et conflictuel. Comme le dit très justement Julie Goffin dans son article, en parler, faire connaître leur combat pour les victimes, c'est déjà soutenir et protéger ces avocats.

Alors, parlez-en !

Il faut parler également des adolescentes, pour que leurs droits soient reconnus. Comme le souligne Shelly Quast, d'Equality Now, dans de nombreux pays, les adolescentes sont victimes d'excision, de mariage forcé, de violences domestiques, sans législation ni justice pour les défendre. Equality Now est une association qui lutte contre les violences et discriminations faites aux femmes. Son objet est plus particulièrement de faire avancer l'État de droit, pour les femmes et les adolescentes. Elle s'emploie à détecter les législations insuffisantes à la protection des droits des femmes, et à les faire évoluer. L'UIA et ses membres peuvent et doivent contribuer à la défense des droits des femmes, notamment en identifiant et signalant les législations insuffisantes et discriminantes, et en promouvant l'accès des femmes à la justice.

Enfin, nous abordons dans ce numéro un sujet qui pourrait, à la lecture du titre de l'article de Patrick Henry : « un avocat dans une pochette surprise », paraître léger et drôle, mais qui est incontestablement l'un des défis auxquels notre profession va être confrontée. L'avocat est à la croisée des chemins entre Avocat traditionnel défenseur des libertés et Avocat homme d'affaires, chef d'entreprise, prestataire de services. Cette transformation de la profession s'accompagne d'une liberté de communication accrue, qu'il va falloir que les avocats apprennent à maîtriser, s'ils veulent éviter d'abimer leur réputation et leur crédibilité. La « pochette surprise » décrite par Patrick Henry est un exemple d'action de communication à éviter.

La photographe Marie Docher nous fait la faveur d'illustrer ce numéro d'une série de photos qu'elle a faites sur les mains. Elle a particulièrement cherché à en photographier l'expressivité, comme forme de langage. C'est pourquoi nous les avons choisies, comme complément au langage écrit de Juriste International.

Bénédicte QUERENET-HAHN  
*Rédacteur en Chef - Juriste International*

# Message from the Chief Editor

## I Bénédicte QUERENET-HAHN

The protection of freedoms and privacy in today's new information and communication technologies (NICTs) is undeniably a never-ending topic of discussion today, particularly in legal and legislative circles, which is why it has once again taken up several columns in this issue.

Due to the intensification of terrorist threats and the desire of States to have the means to combat them, especially on the net, a profusion of bills of law are currently being drafted in several countries, aimed at strengthening the hands of States by providing more ways of fighting against terrorism. Among them, some also contain potential infringements of freedom, but these are nevertheless rarely discussed, given the climate of anxiety reigning over the issue of terrorism. At the beginning of the year, countries in the West were rightly indignant at the legislation adopted in Turkey allowing the BTK – the Turkish internet regulatory body – to order service providers to block any site that disseminated content considered to be «discriminatory or insulting with regard to certain members of society». An article by Victor Rosello Mallol published in our columns especially condemned the arbitrariness and censorship established by the law, which enabled the BTK to ask internet access providers to prohibit their clients from accessing Twitter and YouTube. And given the general indifference and lack of any real debate, French and British legislators are getting ready to adopt a similar law, in the name of the fight against terrorism; the law would enable administrative authorities to ask internet access providers to block access to websites “condoning terrorism”, without any recourse to a judge. Such legislations irrefutably constitute a risk with regard to fundamental rights, which cannot be justified even by the fight against terrorism.

That is why the UIA's work towards “the Rights of the Digital Person” deserve to be saluted and promoted, especially the recent seminar in Luxembourg on “European and Global Challenges of Personal Data Protection” as well as Maria Cronin's articles on “The UK's gradual erosion of the right to privacy” and Jean-François Henrotte and Alexandre Cassart's article

favouring advocacy for taking legal professional privilege into account in the new directive on data retention, “Plaidoyer pour la prise en compte du secret professionnel de l'avocat dans la nouvelle directive rétention des données”. They contribute to the debate and reflections aimed at ensuring progress in human rights in the digital world.

This issue also lays emphasis on other important subjects.

One is support for the fight against capital punishment. In this regard, the UIA has become a partner in the “Final Words” project, initiated by Marc Asnin. It consists in publishing the last words spoken by prisoners on death row in the state of Texas, as transcribed by the prison authorities. The aim of the project is to highlight the humanity of those on death row, in order to give a fresh impetus to the debate against the death sentence, especially in the USA. Zoe Bedford's article is also devoted to the fight against capital punishment, but this time, in the case of the mentally ill. She has summarised the international conventions and legislations prohibiting the death sentence for the mentally ill, while deploring the fact that some countries continue to sentence people suffering from extreme mental illnesses to capital punishment.

The UIA also supports the “Caravana de Juristas”, with Julie Goffin participating this year again. This solidarity project is aimed at supporting Columbian lawyers who are human rights defenders, of whom 260 have been killed over the last five years. In our columns, Julie Goffin has described the admirable work done by these lawyers in defending human rights, especially in the case of those deprived of their land, in a particularly hostile and conflict-ridden environment. As Julie Goffin very rightly declares in her article, talking about it and getting their struggle for the victims of such practices more widely known in itself supports and protects these lawyers. So go ahead and talk about it! Another subject that needs to be talked about is the case of adolescent girls, so that their

rights may be recognised. As Shelly Quast from EqualityNow has underlined in her article, in several countries, adolescent girls fall victim to excision, forced marriage and domestic violence, with no one to defend them – neither any legislation nor the justice system. EqualityNow is an association that fights against violence and discrimination against women. Its specific purpose is to ensure progress in the rule of law, particularly for women and adolescent girls. She attempts to detect laws that are inadequate in terms of the protection of women's rights, and get them changed. The UIA and its members can and must contribute to the defence of women's rights, especially by identifying and pointing out inadequate and discriminatory legislations and by promoting women's access to justice.

Finally, in this issue, we have broached a subject that would seem rather light and funny if we were to go solely by the title of the article by Patrick Henry, “un avocat dans une pochette surprise” (a lawyer in a “lucky bag”), but it is unquestionably one of the challenges our profession will have to face. Lawyers are at the crossroads between being traditional advocates defending freedoms and corporate lawyers heading companies and providing services. The transformation of the profession is taking place hand in hand with increased freedom of communication, which lawyers will have to learn to gain command over if they wish to avoid ruining their reputation and credibility. The “lucky bag” or “pochette surprise” described by Patrick Henry is an example of communication activities that should be avoided.

The photographer, Marie Docher, has done us the favour of illustrating this issue with a series of photos she has taken of hands. She has sought, in particular, to capture their expressiveness as a form of language. That is why we chose them – to complement the written language of the Juriste International.

Bénédicte QUERENET-HAHN  
Chief Editor - *Juriste International*

# Mensaje del Redactor Jefe

## I Bénédicte QUERENET-HAHN

La protección de las libertades y de la vida privada en las nuevas tecnologías de la información (NTIC) es, sin lugar a dudas, un tema que no deja de dar que hablar en la actualidad judicial y legislativa, motivo por el cual en esta edición, una vez más, ocupa muchas de nuestras columnas.

Dada la intensificación de la amenaza terrorista y la voluntad de los Estados de disponer de los medios para combatirla, sobre todo en Internet, actualmente están apareciendo en muchos países proyectos de ley con la vocación de dotar a los Estados de más medios para luchar contra el terrorismo. Algunos de estos proyectos presentan posibles atentados contra la libertad, que sin embargo crean poco debate, dado el clima de ansiedad que reina en torno a la cuestión terrorista. A principios de año, los países occidentales se habían indignado, y con razón, por la legislación aprobada en Turquía, que permite al BTK, organismo turco de regulación de Internet, ordenar a los operadores que bloqueen cualquier página web que difunda contenidos «discriminatorios o insultantes respecto a determinados miembros de la sociedad». Un artículo de Víctor Rosello Mallol publicado en nuestras páginas denunciaba en especial la arbitrariedad y la censura instauradas por esta ley, que había permitido al BTK pedir a los proveedores de acceso que prohibiesen a sus clientes el acceso a Twitter y a Youtube. Ante la indiferencia general y casi sin debate, los legisladores franceses y británicos van a adoptar, en nombre de la lucha contra el terrorismo, una legislación parecida, que permite a la autoridad administrativa pedir a los proveedores de acceso a Internet (ISP) que bloqueen el acceso a las páginas que hacen «apología del terrorismo», sin recurrir a un juez. Estas legislaciones presentan, sin duda, un riesgo para los derechos fundamentales, que ni siquiera se justifica por la lucha contra el terrorismo.

Por eso, hay que reconocer y promover los trabajos de la UIA en materia de «derechos de la persona digital», y más concretamente el seminario que tuvo lugar recientemente en Luxemburgo sobre «Retos europeos y

mundiales en materia de protección de datos personales», así como los artículos de Maria Cronin sobre «The UK's gradual erosion of the right to privacy» y de Jean-François Henrotte y Alexandre Cassart de un «Plaidoyer pour la prise en compte du secret professionnel de l'avocat dans la nouvelle directive rétention des données». Ambos contribuyen a los debates y reflexiones para que avancen los derechos humanos en el mundo digital.

Asimismo, en esta edición se hace hincapié en otros temas importantes.

En apoyo a la lucha contra la pena de muerte, la UIA colabora con el proyecto «Final Words», iniciado por Marc Asnin. Consiste en publicar las últimas palabras de los condenados a muerte del estado de Texas, transcritas por las autoridades penitenciarias. El objetivo de este proyecto es mostrar la humanidad de los condenados a muerte, para volver a lanzar, sobre todo en Estados Unidos, el debate contra la pena capital. El artículo de Zoe Bedford está también dedicado a la lucha contra la pena de muerte, pero esta vez de las personas alienadas. En él resume los convenios internacionales y las legislaciones que prohíben la pena de muerte para las personas alienadas, y lamenta que algunos países sigan condenando a la pena capital a personas claramente afectadas por enfermedades mentales.

La UIA apoya también la «Caravana de Juristas», en la que este año participó una vez más Julie Goffin. Este proyecto de solidaridad tiene por objeto apoyar a los abogados colombianos defensores de los derechos humanos, 260 de los cuales han sido asesinados durante los últimos cinco años. Julie Goffin describe en nuestras páginas el admirable trabajo de los abogados colombianos defensores de los derechos humanos, que actúan a favor de las víctimas de privación de tierras, en un entorno esencialmente hostil y conflictivo. Como bien dice Julie Goffin en su artículo, hablar de ello, dar a conocer su lucha a favor de las víctimas, es ya apoyar y proteger a estos abogados. ¡Así que hablemos de ello!

También hay que hablar de las adolescentes, para que sus derechos sean reconocidos. Tal como destaca Shelly Quast, de Equality Now, en muchos países las adolescentes son víctimas de ablación, matrimonio forzado, violencia doméstica, sin legislación ni justicia que las defiendan. Equality Now es una asociación de lucha contra la violencia y la discriminación de la mujer. Más concretamente, tiene como fin hacer que avance el Estado de derecho para las mujeres y adolescentes. Se dedica a detectar las legislaciones insuficientes para la protección de los derechos de las mujeres, y a hacer que evolucionen. La UIA y sus miembros pueden y deben contribuir a la defensa de los derechos de las mujeres, concretamente identificando y señalando las legislaciones insuficientes y discriminatorias, y promoviendo el acceso de las mujeres a la justicia.

Por último, en este número abordamos un tema que, al leer el título del artículo de Patrick Henry: «un avocat dans une pochette surprise» («un abogado en una bolsa sorpresa»), podría parecer ligero y divertido, pero que es sin duda uno de los retos a los que se enfrentará nuestra profesión. El abogado está en la encrucijada entre el Abogado tradicional defensor de las libertades y el Abogado hombre de negocios, jefe de empresa, prestatario de servicios. Esta transformación de la profesión va acompañada de una mayor libertad de comunicación, que los abogados van a tener que aprender a dominar, si no quieren echar por tierra su reputación y su credibilidad. La «bolsa sorpresa» descrita por Patrick Henry es un ejemplo de acción de comunicación que debe evitarse.

La fotógrafa Marie Docher nos hace el favor de ilustrar este número con una serie de fotos que hizo de manos. A través de ellas, trató de plasmar su expresividad, como una forma de lenguaje. Por eso las hemos elegido, para complementar el lenguaje escrito de Juriste International.

Bénédicte QUERENET-HAHN  
Redactor Jefe - *Juriste International*

## Marie DOCHER

www.docher.com - marie@docher.com



Marie Docher est née en 1963. Elle est photographe autodidacte.

Diplômée de l'École Supérieure de Commerce de Clermont-Ferrand en 1987, elle travaille 7 années dans le secteur de l'édition d'entreprise puis crée sa première société de communication visuelle en 1994.

Parallèlement, elle commence à développer des travaux d'illustrations sur les religions pour une banque d'image française ainsi qu'un travail personnel.

En 2001, elle arrête ces activités et, après des années d'apprentissage et de production, elle rejoint la galerie d'art Bering & James à Houston, Texas en 2008, avec l'exposition *Reflecting Habitus*, puis, en 2010, avec *An intercultural view on American values*. Elle est invitée pour parler de son travail lors de workshops au City College et au San Francisco Art Institute.

Elle fait partie d'expositions telles que *Tracing Love 24/7* à Belgrade, *Shaping silence* durant le Brighton Fringe Festival, le Festival Photo de Kaunas en Lituanie, *Medin'Medina* à Marrakech avec la Galerie 127, les *Boutographies* à Montpellier...

En 2012, elle est invitée en résidence par le Sunnhordland Museum à travailler en Norvège et expose en juin 2013 un ensemble de vidéos, photographies et papiers photographiques regroupés sous le titre : *L'île sans rivage*. Ce travail est ensuite produit et exposé à la Galerie 916 à Tokyo lors d'un *solo show* en juin 2014. En juin 2013, elle fait partie de la Biennale Photographique de Liège. Elle monte un projet sélectionné pour le Mois de la Photo à Paris 2014 : *L'intime comme illusion*. Ce travail est composé de vidéos, photographies et d'un livre de textes et images intitulé *Alors je suis devenue une Indien d'Amérique* aux éditions iXe.

Son travail d'illustration est représenté par Plainpicture.

Marie Docher was born in 1963. She is a self-taught photographer.

After obtaining a degree from the École Supérieure de Commerce in Clermont-Ferrand in 1987, she worked for seven years in the corporate publishing sector and then set up her first visual communication firm in 1994.

At the same time, she started to develop illustrations on religions for a French image bank, doing it on her own account as well.

In 2001, she stopped these activities and after years of apprenticeship and production, she joined the Bering & James Art Gallery in Houston, Texas, in 2008, with an exhibition entitled *Reflecting Habitus*, followed by another one in 2010, entitled *An intercultural view on American values*. She was invited to talk about her work during workshops at the City College and the San Francisco Art Institute.

She also took part in exhibitions such as *Tracing Love 24/7* in Belgrade, *Shaping silence* during the Brighton Fringe Festival, the Kaunas Photo Festival in Lithuania, *Medin'Medina* in Marrakech with the Galerie 127, the *Boutographies* in Montpellier, among others.

In 2012, she was invited by the Sunnhordland Museum to reside and work in Norway, and in June 2013, she exhibited a series of videos, photographs and photo papers grouped under the title: *L'île sans rivage* (Island without Banks). These works were later produced and exhibited at the 916 Gallery in Tokyo during a solo show in June 2014. In June 2013, she also took part in the Photography Biennial in Liege. She set up a project that was selected for the Photography Month in Paris in 2014: *L'intime comme illusion* (Privacy as an Illusion). These works were composed of videos, photographs and a book of texts and images entitled *Alors je suis devenue une Indien d'Amérique* (So I became an American Indian), published by iXe.

Her illustrations are represented by Plainpicture.

Marie Docher nació en 1963. Es fotógrafa autodidacta.

Diplomada por la École Supérieure de Commerce de Clermont-Ferrand en 1987, trabaja durante 7 años en el sector de la edición empresarial y crea su primera empresa de comunicación visual en 1994.

Paralelamente, empieza a desarrollar trabajos de ilustraciones sobre las religiones para un banco de imágenes francés, así como un trabajo personal.

En 2001, interrumpe estas actividades y tras varios años de aprendizaje y producción se incorpora a la galería de arte Bering & James en Houston, Texas en 2008, con la exposición *Reflecting Habitus*, y más tarde, en 2010, con *An intercultural view on American values*. Es invitada a hablar de su trabajo en talleres en el City College y en el San Francisco Art Institute.

Forma parte de exposiciones tales como *Tracing Love 24/7* en Belgrado, *Shaping silence* durante el Brighton Fringe Festival, el Festival Photo de Kaunas en Lituania, *Medin'Medina* en Marrakech con la Galerie 127, *Boutographies* en Montpellier...

En 2012, es invitada como artista en residencia por el Sunnhordland Museum para trabajar en Noruega y expone en junio de 2013 una serie de videos, fotografías y papeles fotográficos agrupados bajo el título: *L'île sans rivage*. Este trabajo es producido y expuesto más adelante en la Galería 916 de Tokio en una exposición individual en junio de 2014. En junio de 2013 forma parte de la Bialna Fotografica de Lieja. Monta un proyecto seleccionado para el Mes de la Foto en París en 2014: *L'intime comme illusion*. Este trabajo se compone de videos, fotografías y un libro de textos e imágenes titulado *Alors je suis devenue une Indien d'Amérique* de Éditions iXe.

Su trabajo de ilustración está representado por Plainpicture.



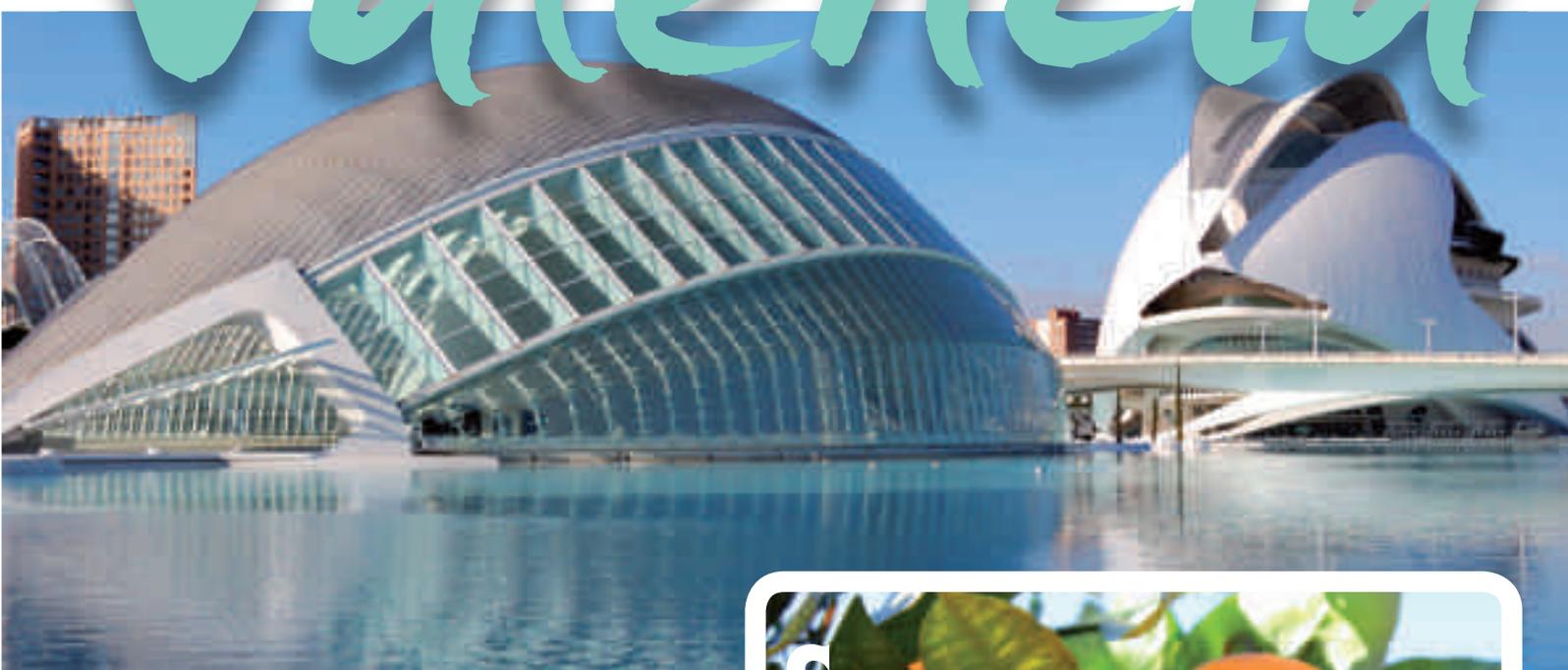
Union Internationale des Avocats  
International Association of Lawyers  
Unión Internacional de Abogados

VALENCIA  
2015  
59<sup>th</sup> UIA CONGRESS



En 2015, los abogados del mundo se reunirán en España en

# Valencia



2015  
59° Congreso



Save  
the date

28 de octubre

1 de noviembre

Union Internationale des Avocats  
25 rue du Jour - 75001 Paris - Francia

Tel.: +33 1 44 88 55 66 - Fax: +33 1 44 88 55 77 - Email: [uiacentre@uianet.org](mailto:uiacentre@uianet.org) - Página Web: [www.uianet.org](http://www.uianet.org)



Actualités de l'UIA  
UIA News  
Novedades de la UIA





# Coopération UIA - UNICRI

I **Martin PRADEL**



**unicri**

United Nations  
Interregional Crime and Justice  
Research Institute



L'Institut interrégional de recherche des Nations unies sur la criminalité et la justice (UNICRI pour United Nations Interregional Crime and Justice Institute) est une organisation dépendant des Nations unies créée en 1967 pour venir en aide aux États dans la lutte contre la criminalité.

Ainsi, son siège se trouvant à Turin, l'UNICRI a la mission d'assister les organisations intergouvernementales, les gouvernements ainsi que les organisations non-gouvernementales dans leur lutte contre le crime et dans la promotion de la justice. Résolument investie dans la transposition des standards internationaux et dans la sensibilisation au respect des instruments internationaux, l'UNICRI forme les cadres de l'Organisation des Nations Unies, et leur dispense un enseignement. Les « étudiants » qui en fréquentent les programmes ont la possibilité de partager leurs expériences dans le domaine de la criminologie et du droit pénal international, dans le plus grand des brassages de cultures qui soit.

Le vaste campus de l'UNICRI à Turin est également ouvert à des étudiants et des jeunes avocats venus de tous les pays du monde, qui souhaitent achever leur formation initiale par une expérience singulière.

C'est dans ce cadre que l'Ordre des avocats au barreau de Turin, l'Union Internationale des Avocats (UIA) et l'UNICRI organisent conjointement, chaque année, un séminaire consacré à la Défense dans le domaine du Droit criminel international.

Cette année, ce séminaire annuel a rassemblé une soixantaine d'étudiants et de jeunes avocats, venus d'une trentaine de pays du monde pour se former et confronter leurs expériences, pendant plusieurs jours, au mois de mai.

Comme chaque année, en ouverture de ce séminaire, la Direction des droits de l'homme et de la défense de la défense de l'UIA a été invitée à présenter notre association, ce que j'ai pu faire le 6 mai 2014.

L'enthousiasme des étudiants et des jeunes avocats présents pour les rencontres qu'ils avaient déjà commencé à réaliser dans le cadre de leur cursus était éloquent. Les confrontations culturelles, tournées vers le service de la Justice et de la Paix, produisent cette magie. Il a été marquant aussi de voir ces plus jeunes – notre avenir – émus et marqués par l'exemple qu'a pu être le barreau de Turin, et son Bâtonnier, Fulvio Croce, assassiné le 28 avril 1977, pour avoir été un avocat jusqu'au bout.

L'UNICRI est un institut des Nations Unies qui mérite d'être connu et fréquenté. Soyez attentifs : il est question qu'un séminaire similaire soit ouvert aux moins jeunes, et il n'est pas dit que comme moi, vous ne soyez pas tentés...

Martin PRADEL

*Co-Directeur des Droits de l'Homme et de la  
Défense de la Défense de l'UIA*

*Martin Pradel  
Paris, France*

*pradel@pradelparis.com*

A new edition of the Seminar will be organized by UNICRI, tentatively in April-May 2015, in cooperation with the Office of Public Counsel for the Defence of the International Criminal Court (ICC-OPCD), and with the support of the Union Internationale des Avocats (International Association of Lawyers - UIA) and the Turin Bar Association. Updated information on the new edition will be available starting from January 2015 at [http://www.unicri.it/services/education\\_training/postgraduate/international\\_criminal\\_defence/](http://www.unicri.it/services/education_training/postgraduate/international_criminal_defence/)



## L'UIA au Luxembourg

*Les enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles discutés à la CJUE à Luxembourg*

**I Marc GALLARDO MESEGUER**

Au cours du séminaire organisé par l'Union Internationale des Avocats qui s'est tenu les 19 et 20 septembre 2014 à la Cour de Justice de l'Union européenne, les différents intervenants ont offert une approche aussi bien juridique que pratique sur les principales évolutions des règles existantes en matière de protection des données personnelles afin d'aider les professionnels du droit et les entreprises à mieux les appréhender.

La protection des données personnelles n'a jamais été autant au cœur des préoccupations européennes et mondiales. En témoigne le succès de ce séminaire (260 participants dont 150 Luxembourgeois, 17 pays représentés) auquel ont participé des avocats, des juristes mais également des représentants d'entreprises, tous intéressés par les sujets abordés. En effet, dans une récente enquête menée sur le territoire de l'Union européenne, 92% des citoyens se sont dit préoccupés à l'égard de la protection de leurs données par les entreprises et des gouvernements qui les traitent. La participation record de tout horizon est le reflet des enjeux fondamentaux

soulevés par la matière. Nous vivons une véritable révolution sociale, économique et technologique. La façon de communiquer, de socialiser, de passer des moments de loisir, se déroule à présent sur Internet. L'exploitation des données est en train de changer le monde notamment avec la capacité de traitement des données massives, plus connu sous le nom de Big data. Des opportunités d'affaires émergent permettant de grandes avancées en matière de santé, d'éducation, de sécurité, de lutte contre la fraude. Mais ces avancées indéniables ne doivent pas aller à l'encontre des valeurs fondamentales de la personne concernée comme le respect à la vie privée ou la protection des données à caractère personnel.

En présence d'un panel d'experts et de représentants de grands groupes tels Microsoft, ArcelorMittal, Google, Steria, Euroclear, les 260 participants au séminaire ont apporté leur analyse sur les conséquences pratiques des réformes à venir, dont notamment le projet de Règlement européen.



Ce projet sur la protection des données en cours d'élaboration vise à répondre aux défis actuels de l'ère numérique et de notre vie connectée assurant un haut niveau de protection des individus afin de maintenir leur confiance au moment de délivrer leurs données. Dans cette optique, le projet de Règlement européen cherche aussi à trouver une synergie entre la sauvegarde effective des droits des citoyens européens et l'exploitation économique des données par les entreprises - estimée à 315 milliards € à l'heure actuelle et à un billion € en 2020 - dans le territoire de l'Union mais aussi en dehors en cherchant en même temps une réduction des coûts et des obligations administratives des entreprises, estimée à 2,3 milliards €.



Jean-Jacques Uettwiller, Premier Vice Président de l'UIA, Guy Arendt, Député-Maire et ancien Bâtonnier du Luxembourg, Xavier Bettel, Premier Ministre du Luxembourg, Alain Grosjean, Président du Comité National luxembourgeois, Martine Reicherts, Commissaire européen chargée de la Justice.

Notamment, le projet de Règlement, dans l'état actuel du texte comporte une évolution notable dans plusieurs aspects, entre autres, une seule loi harmonisée au lieu de 28 lois de protection des données ; un champ d'application territorial étendu pour les entreprises établies en dehors de l'Union lorsqu'elles portent sur les traitements liés à l'offre de biens et services aux citoyens européens ou à l'observation de son comportement ; de nouvelles règles pour légaliser le transfert international des données ; le renforcement des droits des citoyens concernant les devoirs d'information et l'obtention du consentement par les responsables du traitement et sous-traitants ; les nouveaux



principes contraignants tels que « Privacy by Design » et « Privacy par Default » ; et le durcissement des sanctions, par rapport à la directive « vie privée » actuelle, en cas de violations des dispositions du Règlement par les entités assujetties.

Il est prévu que le projet de Règlement, après l'adoption de la position commune du Conseil de l'Union européenne et les prochaines discussions du texte avec le Parlement européen, soit adopté courant 2015, et entre en vigueur après une période de 2 ans de transition pour permettre une adaptation mieux organisée à la nouvelle norme de tous les acteurs concernés.

Au-delà des actions du législateur européen, la Cour de Justice exerce aussi un rôle très important dans la sauvegarde des droits des citoyens européens. En 2014, elle a en effet rendu deux arrêts historiques. D'une part, l'arrêt « Google Spain » où la Cour a déclaré le droit à l'« oubli » des citoyens en leur

conférant le droit, sous certaines conditions, de supprimer les liens vers des pages web quand l'inclusion de ces liens dans la liste de résultats d'un moteur de recherche tel que Google, font apparaître des données inadéquates, pas ou plus pertinentes ou excessives au regard des finalités pour lesquelles elles ont été traitées et du temps qui s'est écoulé. D'autre part, l'arrêt « Digital Rights Ireland » où la Cour a déclaré la directive de conservation des données invalide, vu qu'elle comporte une ingérence d'une vaste ampleur et d'une gravité particulière dans les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des

données sans que cette ingérence soit limitée au strict nécessaire. Cette décision montre que la législation européenne peut être non conforme aux exigences de la protection des données personnelles. Plusieurs réformes en cours relatives au secteur financier ont été critiquées avec véhémence par le Contrôleur européen de la Protection des données (CEPD). Ces critiques laissent présager de futurs contentieux devant la Cour de Justice de l'Union européenne.

Les autorités de contrôle doivent aussi évoluer et s'adapter aux nouveaux enjeux, notamment en menant une tâche de formation, de sensibilisation et de support aux citoyens pour une protection effective du droit à la protection des données mais aussi les moyens de mieux se protéger face aux atteintes à la vie privée et plus particulièrement dans l'environnement numérique. Les enjeux sont donc essentiels.

Marc GALLARDO MESEGUER  
Président du groupe de travail Vie Privée et Droits  
de l'Homme Numérique de l'UIA  
Lexing Spain  
Barcelone, Espagne  
marc.gallardo@lexing.es



# Actualités du “UIA’s Women Network”

I Françoise HECQUET



Stephen L. Dreyfuss, Président de l'UIA (debout), Catherine Cotsaki, Médiatrice, Présidente de l'Union Hellénique des Médiateurs (à droite).

Quelques mots au sujet de l'actualité de l'UIA's Women's Network qui a profité de la tenue à Athènes de réunions institutionnelles de l'association et du séminaire consacré à la rédaction de contrats internationaux pour se réunir.

Le réseau tient tout particulièrement à remercier Sotiris Felios ([www.felioslawfirm.gr](http://www.felioslawfirm.gr)) pour son soutien et sa sponsorship amicale du petit-déjeuner.

Grâce à l'aide précieuse de Catherine Cotsaki, Médiatrice accréditée MCIarb, Formatrice accréditée de médiateurs, Présidente de l'Union Hellénique des Médiateurs ([catherinecotsaki@hotmail.com](mailto:catherinecotsaki@hotmail.com)), de nombreuses consœurs grecques participaient à ce petit-déjeuner et ont eu l'occasion de découvrir l'UIA.

Le Président Dreyfuss, qui a fait l'honneur de participer à ce rendez-vous, a rappelé combien il attachait d'importance à la participation active des femmes au sein de l'association et à leur investissement, que ce soit au sein des commissions ou à d'autres niveaux.

Catherine Cotsaki qui participait par ailleurs au séminaire a livré son expérience:

« La Grèce est confrontée à une crise économique d'une manière plus aigüe que dans d'autres pays.

Les avocats grecs - femmes ou hommes indistinctement - se trouvent dans une situation très difficile. Ils sont parfois obligés de fournir leurs prestations sans demander d'honoraires, à de bons clients qui pâtissent de la conjoncture actuelle souvent désastreuse, notamment pour les petites et moyennes entreprises.

Les confrères agissent ainsi en reconnaissance de leur fidélité depuis un nombre d'années important et dans l'espoir de les avoir toujours comme clients lorsque les jours seront meilleurs.

Athènes compte plus de 25 000 avocats dont une majorité de femmes, pour une ville de près de cinq millions d'habitants. Les femmes sont également majoritaires dans les Facultés de Droit des diverses Universités grecques.

La Médiation en Grèce, (une des méthodes Alternatives de Résolution des Disputes - ADR) connaît les mêmes obstacles d'application qu'elle a rencontrés dans tous les pays au début de son application. Ils sont essentiellement dus à la réticence des avocats (nombreux sont ceux qui interprètent l'acronyme anglais ADR comme étant les initiales de *Alarming Drop in Revenue*) et au manque d'information des justiciables. Le Ministère de la Justice, mais aussi l'Union Hellénique des Médiateurs se fait un devoir de pallier cette lacune au moyen de "Journées de la Médiation" ouvertes au public qui sont organisées dans plusieurs endroits.

A la fin de cette réunion, que caractérisaient, non seulement un esprit de confraternité, mais aussi un esprit d'amitié et de solidarité féminine, tout le monde avait le sentiment que cette rencontre serait suivie de plusieurs autres et que des perspectives de "faire des choses ensemble", se dessinaient déjà à l'horizon.

Premier indice : deux participantes ont introduit sur le champ une demande d'inscription à l'UIA!

Il ne reste plus qu'à souhaiter plein succès au Réseau Femmes de l'UIA et son expansion dans autant de pays que possible. »

Le réseau attire votre attention sur une formation qui aura lieu à Paris les 16 et 17 mars 2015. Elle sera dispensée en anglais par Pippa Blakemore sur le thème « *Communication for Women Lawyers* ».

Enfin nous vous retrouverons toutes, je l'espère, à Florence où nous aurons une réunion avec Mireia Lopez Montoya qui est responsable des *Accessories Business* chez Bulgari. Elle s'exprimera à propos de son expérience dans le domaine de l'industrie du luxe.

Françoise HECQUET  
Conseiller du Président  
SCP Preel Hecquet Payet Godel  
Paris, France  
[fhecquet@phpg-avocats.com](mailto:fhecquet@phpg-avocats.com)



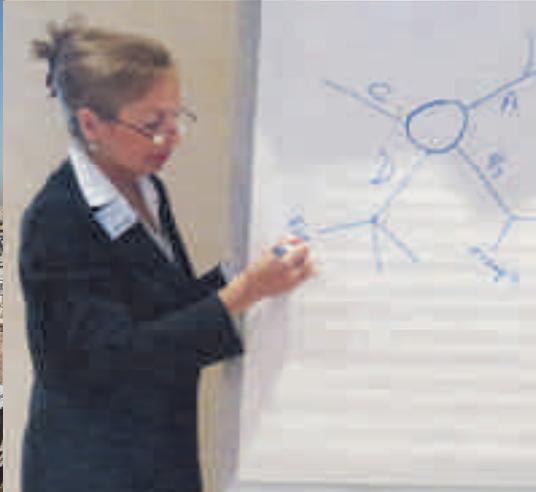
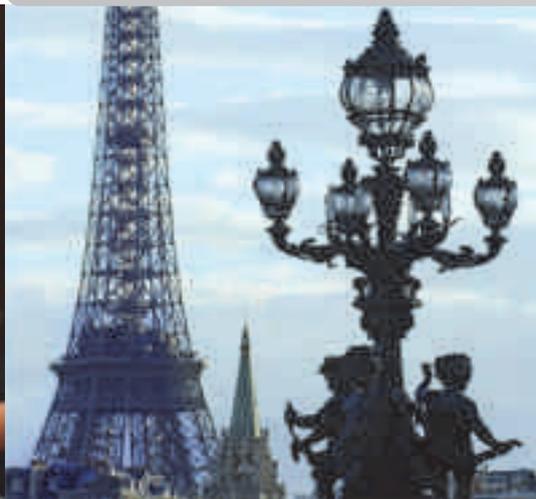
**UIA** Union Internationale des Avocats  
International Association of Lawyers  
Unión Internacional de Abogados

# UIA Training Course

## Communication for Women Lawyers

Pippa Blakemore's session will be fully participative so that everybody has a chance to discuss the opportunities they have been given, the successes they have had, the challenges they have faced and how they have overcome them. Everybody will leave with a Personal Action Plan to help to implement all their ideas.

**Monday, March 16 & Tuesday, March 17, 2015**



## PARIS – FRANCE

UIA ▪ T +33 1 44 88 55 66 ▪ F +33 1 44 88 55 77  
[uiacentre@uianet.org](mailto:uiacentre@uianet.org) ▪ [www.uianet.org](http://www.uianet.org)

Information and online registration at [www.uianet.org](http://www.uianet.org)

# Comité de rédaction



## Rédacteur en chef

**Bénédicte QUERENET-HAHN**

*mpRichard@uia.net.org*

Entrée au comité de rédaction en 2007, en tant que responsable de la rubrique Pratique du droit, je suis devenue rédactrice en chef du Juriste International, à la suite de Bernard

Grelon, qui en a été un formidable rédacteur en chef et surtout un éditorialiste inégalé.

Le comité de rédaction poursuit deux objectifs. Le premier, faire que le Juriste soit à l'image de l'UIA : international, défenseur des droits de l'homme et de la défense, promoteur de la règle de

droit. Le second, informer les membres de l'UIA sur les activités, travaux et réflexions de l'UIA.

Par la dynamique de réflexion qui s'est instaurée au sein du comité de rédaction, nous nous efforçons également de mettre en lumière certains des nouveaux enjeux juridiques de l'évolution de notre société et de faire de Juriste International un contributeur aux travaux scientifiques de l'UIA.

Lors de la préparation de chaque numéro, notre défi est d'identifier et de sélectionner les thèmes et auteurs qualifiés pour rédiger les articles qui y seront publiés, en maintenant un juste équilibre linguistique et scientifique entre les différentes rubriques (vie de l'UIA, droits de l'homme, défense de la défense, pratique du droit).

Editorial



## Rédacteur en chef adjoint

**Nicole VAN CROMBRUGGHE**

*nicole.vancrom@lvplaw.be*

Le Juriste International offre aux membres de l'UIA comme à des intervenants extérieurs une tribune unique leur permettant de partager leurs centres d'intérêt, leurs enthousiasmes

et leurs indignations devant l'évolution, en particulier, de notre environnement juridique. Il est en conséquence une source d'information précieuse pour ses lecteurs auxquels il apporte en quelque sorte le monde à domicile. Ma fonction de rédacteur en chef adjoint me permet d'être en contact avec des confrères dans le monde entier et le plaisir de faire partie d'une équipe soudée et solidaire.

Editorial



## Rédacteur en chef adjoint

**Jerome ROTH**

*jerome.Roth@mto.com*

The Juriste has become a legal magazine of the highest possible caliber, largely due to the extraordinary leadership of Benedicte Querenet-Hahn and Marie Pierre Richard. It

has a broad international perspective, and articles that reflect the expertise of lawyers around the world. As the US representative on the editorial board, I collaborate with the editorial board to

identify topics of interest to our global membership, and I solicit articles from US lawyers who can share the US perspective on those topics. We all then work together to review and edit the articles before publication. My advice to readers is to be open to articles even outside their area of expertise – they may be surprised at the insights those articles afford about different legal systems generally. These articles will often shed unexpected light on their own practice and daily experiences as a lawyer. What an outstanding opportunity this has been for me, working so closely with such an internationally diverse group of colleagues to pursue the common goal of a publication of such recognized quality!

Editorial



## Directeur de rubrique

**Simona MATTA**

*s.matta@pavocats.com*

Voilà maintenant huit années que je suis membre du comité de rédaction du Juriste International, pour lequel je suis en charge de la rubrique Vie de l'UIA. La rubrique présente

l'agenda de notre association, l'actualité de ses séminaires, de ses formations et ses autres activités.

J'apprécie le magazine tant par l'éventail des sujets et des thèmes abordés, tenant toujours compte de la diversité des lecteurs potentiels, que par sa capacité à entretenir les liens entre l'association et ses membres. Ce sont ces atouts, qui m'ont séduite et donné l'envie de participer à ce projet. Au fil du temps, le travail pour le Juriste s'est révélé être une magnifique opportunité : il a étoffé mes connaissances et, surtout, il m'a permis de faire de nombreuses rencontres des plus enrichissantes. Je suis vraiment ravie de prendre part à cette belle aventure.

UIA News



### Directeur de rubrique

**Carlos FATÁS MOSQUERA**

*carlos.fatas@aureo-abogados.com*

En calidad de Co-Director de derechos humanos de la UIA, es un honor formar parte del Comité de Redacción.

Nuestra revista es un formidable medio de comunicación que recoge artículos escrupulosamente leídos y valorados atendiendo reglas estrictas de calidad técnica, de actualidad y de interés jurídico, correspondiendo siempre a la

dimensión internacional de la UIA y de nuestros lectores que, a través de los 5 continentes, leen, en tres idiomas, el Juriste. En efecto, es una indudable riqueza que los autores puedan expresarse en su idioma, propiciando así un instrumento vehicular de enriquecimiento entre distintas culturas. Animo pues a todos los hispanohablantes a escribir y mandarnos artículos en español, a enriquecernos a todos en nuestro bello idioma y ello en todos los temas que nuestras diferentes secciones recogen, porque el Juriste, sin autores de calidad, sin vosotros que lo hacéis posible, no sería la prestigiosa revista que es hoy.

Human Rights



### Directeur de rubrique

**Martin PRADEL**

*pradel@pradelparis.com*

L'UIA force l'admiration par sa capacité à ne jamais renoncer à la transmission des connaissances, comme en témoigne le Juriste International. Co-Directeur des

droits de l'homme, je participe au développement de l'actualité en relation avec le travail de notre direction. Les défenseurs des droits de l'homme savent qu'il est plus facile d'assassiner dans la pénombre ; le Juriste peut s'enorgueillir

d'apporter sa part de lumière, en alertant ses membres sur la situation des avocats menacés dans l'exercice de leur profession. La rubrique donne aussi la parole aux plus formidables experts, sur des sujets touchant aux libertés fondamentales, à notre éthique et aux questions que soulèvent certaines politiques pénales au regard des principes essentiels. Le Juriste n'est pas un média d'excellence duquel les membres de l'UIA se sentiraient étrangers. Il est marquant de constater combien la parole est donnée aux membres de notre association, qui sont autant de ressources et de boîtes à idées. Cette ouverture, au service de la promotion de notre idéal, est un appel : exprimez-vous !

Human Rights



### Directeur de rubrique

**Francis GERVAIS**

*fgervais@deveau.qc.ca*

Having been a member of the UIA since a certain number of years, and an avid reader of the Juriste International, I realised that it has become, over the years, the international

voice of the legal profession. Its fame and renown is a tribute to the work and dedication of the editorial team; joining this team was a great honour but imposes an obligation to maintain

the high standards of quality sought for the Juriste. My role consists in obtaining articles submitted by Québec or Canada members concerning national subjects or their involvement on the international scene, with a more direct implication in « the legal profession » subjects published by the Juriste. I believe that the specific characteristics of the legal profession constitute the common features that bind lawyers across the world, and that it is important to publish articles setting out our similarities as well as our differences. My main advice to our members is: *Lisez-nous et partagez le Juriste International ! – Read us and share the Juriste International! »*

The Legal Profession



### Directeur de rubrique

**Franco VILLA**

*franco.villa@wa-law.ch*

Depuis décembre 2004, je fais partie de l'équipe de rédaction du Juriste International en qualité de responsable de la rubrique « profession d'avocat », charge que je partage avec Francis

Gervais. Mon engagement en faveur du Juriste International a toutefois commencé bien avant lors du 75<sup>e</sup> anniversaire de l'UIA célébré à Bruxelles en 2002.

Suite à diverses critiques sur le contenu et le format du Juriste International, le Comité de Direction avait décidé d'en suspendre la publication, tout en chargeant un groupe de travail formé par Jean-Jacques Uettwiller, Xavier Normand-Bodard et moi-même de réfléchir à une nouvelle formule. Notre travail a abouti à la relance du Juriste International, qui, sous la direction de Bernard Grelon puis de Bénédicte Querenet-Hahn, connaît aujourd'hui le succès que beaucoup d'entre vous lui témoignent régulièrement, puisqu'il constitue un instrument essentiel de communication et d'information sur le rôle de l'UIA dans le monde. Souhaitons que le Juriste International continue à jouer ce rôle essentiel, puisqu'il constitue la « voix » de l'UIA.

The Legal Profession



### Directeur de rubrique

**Gavin LLEWELLYN**

*GavinLlewellyn@stoneking.co.uk*

I was invited to join the Editorial Board as its UK representative, jointly responsible with Nicole Van Crombrugge for the "Legal Practice" section. However, the Board really

works together to develop and source content which our readers will find interesting, soliciting authors from around

the world with various points of view on legal topics in their jurisdictions. It is this collaborative effort which I think makes Juriste so rich a legal journal. As a native English speaker, I also review articles written in English. It never ceases to amaze me that people in other parts of the world are willing to produce such learned articles in their second or even third language. To me, this really shows the breadth and depth of membership of our illustrious organisation. I would like to encourage more members of the UIA to come forward with their ideas for future contributions to the magazine so that other members may benefit from their insights.

Legal Practice



## 2015 Training Courses Formations • Formaciones

The UIA is pleased to announce its 2015 training courses programme:

**Advanced training courses** held by **outstanding expert trainers** and aimed at providing comprehensive tools for lawyers willing to **improve their skills** in specific areas of the law or in specific projects.

The objective is to **provide excellence** at a reasonable cost. Our expert trainers work together with a maximum of 32 participants to ensure **highly interactive sessions**.

Our training courses are recognised within the framework of **continuing legal education**. Do not miss the opportunity to **obtain your credits!**

Plan as of today your participation and register online at [www.uanet.org](http://www.uanet.org)

**PARIS – FRANCE** *Training in French or English to be confirmed*

Thursday, January 22 & Friday, January 23, 2015

Trainer : Thierry GARBY

► [How to Negotiate a Successful Deal](#)

**PARIS – FRANCE** *Training in English*

Monday, February 9 & Tuesday, February 10, 2015

Trainer: Nadja ALEXANDER

► [Mediating the melodrama of conflict – Advanced conflict coaching skills for mediators](#)

**VIENNA – AUSTRIA** *Training in English*

Monday, March 2 & Tuesday, March 3, 2015

Trainers: Verena MOLL, Bernd REINMÜLLER, Burghard PILTZ

► [Trading in Europe and Internationally: Substantive and Procedural Aspects – 4<sup>th</sup> Edition](#)

**PARIS – FRANCE** *Training in English*

Monday, March 16 & Tuesday, March 17, 2015

Trainer: Pippa BLAKEMORE

► [Communication for Women Lawyers](#)

**PARIS – FRANCE** *Training in English*

Monday, April 20 & Tuesday, April 21, 2015

Trainer: Jean-Claude NAJAR

► [Compliance – Challenges and Opportunities: How to Build and Implement an Effective Compliance Programme](#)

**PARIS – FRANCE** *Training in English*

Monday, May 18 & Tuesday, May 19, 2015

Trainers: Pippa BLAKEMORE & José Antônio MIGUEL NETO

► [How to Deal Successfully with Marketing, Communication and Managing of a Small/Medium Law Firm](#)



Bruxelles, 27 mars 2015

# JOURNÉE D'ÉTUDES CONSACRÉE AU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ AU QUOTIDIEN

■ Le 27 mars 2015, le Comité National belge de l'Union Internationale des Avocats organisera à Bruxelles, notamment avec la Commission Droit International Privé et l'Ordre Français du Barreau de Bruxelles, une journée d'études consacrée au "DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ AU QUOTIDIEN".

■ Le programme visera à permettre aux praticiens du droit de faire face aux défis qui leur sont posés en raison des bouleversements considérables auxquels ils se voient confrontés dans ce domaine en raison en particulier de l'adoption de très nombreux règlements européens et de la refonte de règlements existants.

■ Le programme, qui s'étendra à de nombreux thèmes touchant au droit des affaires mais aussi au droit de la famille et des successions, se déroulera en français et en néerlandais et aura lieu au Palais de Justice de Bruxelles.

**Si vous souhaitez plus de renseignements, n'hésitez pas à contacter  
Nicole Van Crombrughe ([nicole.vancrom@lvplaw.be](mailto:nicole.vancrom@lvplaw.be))  
ou Simona Matta ([s.matta@lpavocats.com](mailto:s.matta@lpavocats.com))**

Follow us on social networks!

Union Internationale des Avocats



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



Stay updated with our latest news on Facebook



Follow our events as they are happening on Twitter



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



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



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





# “Sólo estamos perseguidos, nunca somos escuchados”

*Nous ne sommes que persécutés, jamais écoutés<sup>1</sup>*

**I Julie GOFFIN**

Pour la quatrième fois en huit ans, la « *Caravana de Juristas* » a parcouru la Colombie pendant près d'une semaine, rassemblant plus de 60 avocats, magistrats et étudiants d'une dizaine de nationalités différentes.

Sept groupes de *Caravanistas* se sont dispersés de par le pays, de Cali à Cartagena, en passant par Bucaramanga, Medellín, et jusqu'à Buenaventura, zone de non-droit dévastée et tenue par les groupes criminels ayant succédé aux paramilitaires et notamment connus pour tenir ces lieux de massacre appelés « *casas de pique* » ou « *chop-up houses* »<sup>2</sup>.

La Caravane est un projet de solidarité d'envergure dont l'objectif est de soutenir les avocats colombiens défenseurs des droits de l'homme dans leurs combats quotidiens dans un environnement qui n'a de post-conflictuel que le nom.

La Colombie est toujours en guerre. Les

particuliers comme les défenseurs des droits de l'homme<sup>3</sup>, les espoirs créés par cet arsenal législatif n'ont en réalité jamais été rencontrés. La justice n'est pas rendue, les victimes ne sont pas indemnisées, le droit à la vérité est bafoué, le nombre de défenseurs des droits de l'homme assassinés sur les cinq dernières années s'élève à 260 et l'État reste, de l'avis des victimes comme des avocats et magistrats impliqués dans la défense de leurs droits, le premier violateur des droits fondamentaux.

## **I La mise en scène par l'Etat de la grande illusion**

Sur le terrain, le constat opéré deux ans après ma première participation à la Caravane est celui d'un *statu quo* dans le meilleur des cas, et d'une aggravation de l'absence de recours, de réparation et de garantie de

criminales », le gouvernement étant attentif à éviter l'appellation de « paramilitaires » qui mettrait trop en évidence l'échec du mécanisme mis en place par la loi « Justice et paix ».

Sur un nombre évalué à 16.000, seulement 2.000 paramilitaires ont demandé à bénéficier de la loi 975. Quatorze mille restent donc dans l'impunité la plus totale et nourrissent aujourd'hui les bandes criminelles. Les avocats des victimes dénoncent la mise en place par le gouvernement d'un mécanisme visant en réalité à soustraire à la justice les « gros poissons », et s'assurer avant tout de la neutralisation de ceux d'entre eux enclins à dénoncer les politiques derrière les paramilitaires. C'est ainsi que les accords conclus par le gouvernement avec certains paramilitaires poursuivis aux États-Unis pour trafic de drogue en vue d'une suspension de leur extradition, ont pu tomber lorsque ces individus se sont révélés trop bavards lors de leur jugement dans le cadre de la loi 975<sup>6</sup>.

Cette loi apparaît au final comme l'instrument d'un pouvoir qui entend cultiver l'image d'un gouvernement qui légifère en faveur de la justice et des droits des victimes, tout en s'assurant un contrôle absolu sur les coauteurs et complices de ses crimes et dont les échappées sont lourdement sanctionnées.

La loi 1448 de 2011 sur les victimes et la restitution de terres laisse malheureusement le même goût d'une amère illusion.

La loi indique avoir pour objectif la stabilisation socio-économique des propriétés de déplacés et envisage la réparation intégrale, par la restitution ou d'autres formes de réparation. La procédure établit une distinction entre la privation de terre (factuelle ou judiciaire) et l'abandon. Ce dernier cas recouvre les cas d'abandon du fait du conflit en l'absence de titre formel de propriété ; il impose alors tout un processus de formalisation du titre qui ralentit considérablement la procédure

**Sur le terrain, le constat opéré deux ans après ma première participation à la Caravane est celui d'un statu quo dans le meilleur des cas, et d'une aggravation de l'absence de recours, de réparation et de garantie de non-répétition dans la plupart des situations auxquelles sont confrontées les victimes.**

législations qualifiées par les autorités de post-conflictuelles foisonnent mais la réalité n'est pas celle d'un pays sorti du conflit. « Nous devons travailler avec des instruments post-conflictuels dans un pays qui n'est pas sorti de la guerre ». Tel est le constat posé par un magistrat affecté au contentieux de la restitution des terres. Tel est aussi le constat auquel est arrivé chacun des membres de la Caravane. La Colombie est un pays qui joue et travaille sur les apparences : malgré une loi « Justice et paix », une loi sur les victimes et la restitution des terres et un arsenal de décrets assurant une protection étatique pour les personnes soumises à des risques

non-répétition dans la plupart des situations auxquelles sont confrontées les victimes.

En 2012, j'avais partagé le quotidien d'avocats et groupes de défense des droits de l'homme travaillant sur les disparitions forcées et les exécutions extra judiciaires, notamment les *falsos positivos*<sup>4</sup>, pour constater l'absolue défaillance du système mis en place via la loi 975 de 2005 dite « Justice et paix » (« loi 975 »)<sup>5</sup>. La démobilisation officielle des paramilitaires est apparue comme un processus profondément vicié et n'ayant donné pour résultat que la formation de nouveaux groupes appelés « bandas

de restitution. Cette formalisation est opérée par l'Unité de restitution des terres (*Unidad de restitución de tierras*) qui gère l'ensemble de la phase administrative de la procédure et obéit à un système de preuve particulièrement souple (preuve par témoignage de la communauté notamment), le requérant étant en outre présumé de bonne foi.

La procédure de restitution comprend ensuite une phase judiciaire qui ne verra de développement particulier qu'en cas d'opposant à la restitution. La Colombie est constituée à 90 % de sol minier. Il n'est donc pas surprenant que dans la plupart des dossiers dans lesquels se présente un opposant, ce dernier soit une compagnie extractive. Le nombre de cas dans lesquels le droit à la restitution a été écarté au profit de l'intérêt économique reconnu comme prévalant sur l'intérêt de la victime à pouvoir retourner sur ses terres semble élevé.

Certains avocats engagés dans ces dossiers dénoncent un système qui viserait en priorité à légitimer les privations (via leur enregistrement dans le cadre de la phase légale de la procédure de restitution). Une série de terres restées jusque-là sans existence légale se trouvent en effet enregistrées par l'Unité et ensuite octroyées, par décision du juge ou magistrat statuant sur la restitution, à la compagnie opposante. Cette dernière se trouve finalement en possession d'un titre légal sur une terre qu'elle occupait de facto après en avoir parfois expulsé les populations autochtones avec l'aide des paramilitaires. Il s'agit manifestement d'un scénario extrêmement fréquent dans certaines régions.

Le manque de moyens mis à disposition de l'Unité de restitution et le nombre minime de juges affectés au contentieux de la restitution<sup>7</sup> rend illusoire tout espoir de voir ce contentieux traité dans des délais qui pourraient être satisfaisants pour les victimes.

Celles-ci sont par ailleurs confrontées à un problème majeur lorsqu'il s'agit d'obtenir la mise en œuvre de la décision leur accordant le droit à bénéficier d'une restitution. Les autorités n'ont adopté aucune mesure qui

permette un retour dans des conditions de sécurité suffisantes et dans un environnement productif. Sur le terrain, le nombre de retours effectifs après une décision de restitution reste très faible.

Dans la région d'Antioquia, dont le chef-lieu est Medellín, la gestion du contentieux de la restitution représente pour les autorités un enjeu de taille du fait de l'importante concentration de compagnies extractives mais aussi d'exploitation agricole dans la région (compagnie bananières notamment). Les avocats et associations de victimes œuvrant pour la restitution des terres et des biens paient leur combat au plus haut prix. Le nombre d'assassinats s'élève depuis 2011 à plusieurs dizaines de défenseurs mais aussi de victimes requérantes pour la seule région de Medellín.

## ■ Medellín et son projet de marketing urbain sur fond de crime organisé et de déplacements massifs de population

Le projet capitaliste de déplacement des populations paysannes trouve une illustration particulière à Medellín, ville devenue un modèle mondial de transformation urbaine et d'urbanisme social, élue « Capitale mondiale de l'innovation » en avril dernier par le *Wall Street Journal* et l'*Urban Life Institute*.

Si la situation de la ville – notamment en terme de sécurité – s'est radicalement améliorée depuis la mort de Pablo Escobar en 1993, il n'en reste pas moins que la cité est toujours soumise au contrôle des cartels politico-économiques de la drogue, la connivence entre les forces politiques et les organisations illégales (bandes criminelles) offrant sécurité et régulation de l'économie.

Il existe à Medellín 20 à 30 gangs qui se partagent le contrôle de la ville, striée de ce que l'on appelle les frontières invisibles. Les limites des zones contrôlées ne sont connues que des gangs et fréquents sont les meurtres de personnes ayant passé la frontière à leur insu et abattues pour suspicion d'appartenance à un gang ennemi.

Le modèle de transformation urbaine dont s'enorgueillit Medellín a surtout donné lieu à un important phénomène de déplacement urbain conduisant aux pires violations des droits fondamentaux : privation de propriété, atteintes au droit à la santé et aux principaux droits économiques et sociaux des populations déplacées.

Medellín compte 16 communes et 5 « settlements » de campesinos évincés de leurs terres. Ces campesinos se voient « offrir » un logement dans un des quartiers de la *ciudad alta* à laquelle on peut maintenant accéder via le métrocable, système de télécabines permettant d'accéder aux quartiers les moins développés des communes situées sur les hauteurs de la ville.

La *Ciudadela Nuevo Occidente* est l'un de ces quartiers construits de toutes pièces pour reloger des déplacés issus de différentes communautés privées de leurs terres.

Forcées d'acquiescer un logement en échange de leur terre, ces populations se retrouvent littéralement piégées dans un système qui les prive de leurs droits les plus fondamentaux :

■ L'accès à une propriété d'un « niveau supérieur » a pour conséquence la perte des droits sociaux ;

■ Les informations relatives aux constructeurs des logements sont occultées par les autorités et la délivrance de titres légaux de propriété refusée ;

■ Les matériaux de construction des logements sont tellement médiocres que les immeubles deviennent insalubres quelques années après leur construction, obligeant les habitants à assumer des réparations qui incomberaient aux constructeurs, à vivre sans eau potable, dans des logements humides, infestés de courants d'air, aux murs bardés de fissures et hautement dangereux du fait de l'absence de rambardes de sécurité dans les étages ;

■ Les infrastructures en matière d'éducation et de logement, le nombre de commerces autorisés sont exagérément déficients (une école d'une capacité de 100 élèves pour une communauté de 70 000 personnes). Les autorités restent sourdes

aux demandes de développement de ces infrastructures.

■ L'interdiction de revendre le bien immobilier pendant une durée de 10 ans ou parfois, comble de l'ironie, au motif de son insalubrité, coince les habitants dans un cercle sans fin vers une dégradation de leurs conditions de vie et de leur santé.

Tenus à l'écart du cœur de la ville, perchés au dernier arrêt du métrocable, les habitants de Nuevo Occidente demandent à devenir la 17<sup>e</sup> commune de la ville comme un dernier espoir d'une amélioration de leurs conditions de vie par une reconnaissance de leur existence. Ils sont soutenus par plusieurs collectifs d'avocats, dont l'admirable *Corporación Jurídica Libertad* (CLJ) qui, depuis 1993, soutient les victimes dans nombre de procédures judiciaires, au prix de menaces de mort à l'égard de ses membres et de multiples poursuites pénales dans le cadre de ce que l'on appelle la guerre judiciaire menée par les autorités contre les défenseurs des droits de l'homme.

## ■ Au-delà de la Caravane, quel soutien apporter aux avocats colombiens ?

L'énergie et la conviction des défenseurs des droits de l'homme impressionne plus encore que l'ampleur des violations et le nombre des victimes en Colombie. Les collectifs d'avocats défenseurs des droits de l'homme luttent au quotidien avec une énergie et une intelligence exemplaires.

Pour des raisons multiples et complexes, la profession, bien qu'unanime à dénoncer les assassinats et persécutions à leur égard, reste profondément divisée entre avocats défenseurs des droits de l'homme et autres avocats « *litigantes* ». Cette situation rend à l'heure actuelle inutile tout projet de soutien à la profession qui se focaliserait sur l'appui à la constitution d'un organe national de représentation de la profession<sup>8</sup> mais d'autres formes de soutien collectif et global doivent être appuyées. La reconnaissance par le gouvernement et par le pouvoir judiciaire de la profession et du corps d'avocats comme un interlocuteur incontournable en matière

d'administration de la justice doit constituer une priorité dans les actions de solidarité menées auprès des autorités colombiennes.

Constamment exclus des discussions ayant une incidence sur leur pratique et victimes d'ententes entre judiciaire et exécutif prises à leur détriment, les avocats sont de manière générale unanimes à dénoncer les persécutions dont ils font l'objet et l'absence totale d'écoute qui leur est accordée.

Un travail de lobbying auprès des autorités colombiennes et des organes onusiens et interaméricains présenterait un intérêt particulier dans le contexte actuel de la réforme de la justice qui devrait aboutir à l'adoption d'un texte dans les semaines qui viennent. Le projet de réforme fait l'objet de vives critiques dont la moindre n'est pas celle d'une limitation du droit d'utilisation de la *tutela*.<sup>9</sup> Tous les avocats rencontrés, quel que soit leur domaine d'activité, dénoncent l'absence de consultation de la profession sur le projet de réforme, de même que l'absence de prise en compte des intérêts et des besoins des avocats dans cette réforme.

Au-delà de cette action de soutien à la profession en tant que telle, les avocats défenseurs des droits de l'homme doivent être soutenus dans leur combat au quotidien en particulier lorsqu'ils font l'objet d'attaques, de mesures de harcèlement, d'arrestations arbitraires. Le courage et la détermination des personnes rencontrées lors de chaque édition de la Caravane n'a de cesse d'impressionner. L'énergie déployée par ces guerriers des droits fondamentaux est à la hauteur des moyens déployés par la machine étatique pour les empêcher d'opérer.

Toute manifestation de solidarité représente un soutien significatif dans un contexte où la visibilité constitue une forme de protection.

À vos plumes !

Julie GOFFIN  
Coordinateur Droits de l'Homme  
et Défense de la Défense de l'UIA  
Bruxelles, Belgique  
j.goffin@avocat.be

<sup>1</sup> Propos tenus par une avocate colombienne résumant la situation des avocats en Colombie.

<sup>2</sup> "Casas de pique", endroits où les organisations criminelles torturent, abattent, massacrent et découpent littéralement leurs victimes.

<sup>3</sup> Les décrets 4912 de 2011 et 1225 de 2012, le décret 4065 de 2011 portant création de l'Unité nationale de protection, le décret 4100 de 2011 portant création du système national de droits de l'homme et droit international humanitaire, le décret 1628 de 2012 (protection des professeurs) et la résolution 0805 de 2012 (protection des femmes) constituent sur papier un arsenal législatif sans précédent en Colombie pour répondre à la demande criante de protection émanant des personnes en situation de risque et soumises à des actes de violence répétés.

<sup>4</sup> Assassinats de civils innocents par l'armée colombienne, dans le but de les faire passer pour des guérilleros morts au combat dans le cadre du conflit armé et avec pour objectif d'améliorer les résultats des brigades de combat.

<sup>5</sup> Loi 975 adoptée en 2005 prévoyant que les paramilitaires qui choisissaient de déposer les armes, devaient avouer leurs crimes, consigner les biens confisqués par la violence et collaborer pleinement avec les autorités. En échange, ils bénéficiaient d'une réduction de peine substantielle pour les actes commis (peine limitée à 5 à 8 ans d'incarcération pour des faits allant jusqu'au massacre de milliers de personnes) et la possibilité de réintégrer la société civile. Alors que le gouvernement colombien de l'époque entendait, via cette loi, voir les paramilitaires démobilisés traduits en justice, les tribunaux "Justice et paix" n'ont rendu en 8 ans que 14 décisions. Voir à cet égard le rapport du Colectivo de abogados « José Alvéar Restrepo » (CAJAR), intitulé La loi Justice et paix à la lumière du principe de complémentarité, <http://www.asfcanada.ca/documents/file/cartilla-ley-de-justicia-y-paz.pdf>

<sup>6</sup> En mai 2008, treize paramilitaires d'extrême-droite ainsi qu'un narcotraffiquant, impliqués dans des massacres de civils et des meurtres d'élus de gauche, de syndicalistes et de journalistes ont été extradés vers les États-Unis où ils étaient recherchés pour trafic de drogue. Les explications du Président Uribe (ils auraient continué à opérer leur narco-trafic depuis leur lieu de détention) ont laissé sceptiques tous les observateurs. Leurs aveux devant les tribunaux "Justice et paix" devenaient en effet très compromettants.

<sup>7</sup> Le nombre de dossiers pendants devant l'Unité est de l'ordre de 16 000. 1 200 décisions de reconnaissance de restitution ont été rendues sur environ deux ans, soit à peine un dixième du contentieux. L'Unité dispose d'une soixantaine de fonctionnaires pour traiter tous les dossiers. Sur la région d'Antioquia n'ont été nommés, à temps partiel, que trois juges et trois magistrats (juges d'appel, intervenant en cas d'opposition à la restitution) pour traiter de l'ensemble du contentieux de la restitution, soit à l'heure actuelle 12 000 demandes pendantes.

<sup>8</sup> Il existe un Comité ejecutivo de la abogacía colombiana, financé en partie par le Ministère de l'intérieur et la Cour suprême qui souhaite la création d'un organisme supérieur de l'avocat indépendant qui remplace le Consejo superior de la judicatura en charge notamment de la discipline.

<sup>9</sup> La *tutela*, introduite par la constitution de 1991 est une action judiciaire permettant à tout un chacun de soulever la violation d'un droit fondamental par un organe de l'État ou toute autorité ou personnes à l'égard desquelles le requérant se trouve sans autre recours. Le juge saisi a l'obligation de statuer sur la demande dans les 10 jours. La mise en œuvre de la décision accordant la *tutela* doit en principe intervenir dans les 48 heures.



# The UK's gradual erosion of the right to privacy

■ Maria CRONIN

La protection des données — et avec elle le droit à la vie privée — semble être devenue l'une des questions les plus fondamentales et les plus complexes de notre époque. L'augmentation des niveaux de surveillance a suscité d'importants débats quant à savoir si une telle ingérence est justifiée et proportionnelle aux objectifs de lutte contre le terrorisme et le crime organisé. Les Cours européennes ont clairement indiqué qu'il est essentiel qu'il y ait suffisamment de garanties établies pour veiller à ce que ces pouvoirs ne soient pas utilisés abusivement et que le « droit à la vie privée » soit protégé.

## ■ Introduction

The tragic events of 9/11 shocked the world and, at the same time, increased the political will to implement tough anti-terrorist measures by heightened security and increased powers to carry out surveillance. In this climate, the challenge of balancing public security against individual privacy, as guaranteed under the Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights, has become ever more difficult. Notwithstanding recent rulings of the Court of Justice of the EU (CJEU), which appear to reaffirm the right to privacy, the balance appears to be slowly tipping in favour of increased state surveillance.

On July 17, 2014 the UK government passed an emergency Act, the Data Retention and Investigatory Powers Act (DRIP), to ensure continued mass data retention, following what the UK government perceived to be an adverse ruling from the CJEU. DRIP also introduced sweeping new surveillance powers, extending the territorial scope of the current interception and communications acquisition powers. The way in which this “emergency Act” was brought in and the intrusive measures it appears to enshrine have raised alarm bells: is this increased interference with the right to privacy justified? A legal challenge to be brought by UK Human Rights Groups is seeking the answer to that very question.

## ■ The right to privacy

Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR) – formally the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – guarantees an individual's right to respect for his private and family life. Article 8 specifies that public authorities may only interfere with this right in narrowly defined circumstances. In particular, any interference must be in accordance with the law and necessary in a democratic society, taking into account the public interest factors of national security and the prevention of crime.

This right is also protected in Article 7 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the Charter), which provides that everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications. Article 8 of the Charter is specific to the protection of personal data, which must be processed fairly for specified purposes on the basis of consent or some other legitimate basis as laid down by the law. Article 52(1) provides that any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by the Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms. Subject to the principle of proportionality, limitations to the right to privacy may only be made if these are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the EU or the need to protect the rights and freedoms of others.

## ■ Data Retention Directive ‘invalid’

In April of this year, the CJEU ruled that the Data Retention Directive (2006/24/EC) (the Directive) was ‘invalid’ on the grounds that it was said to have exceeded the limits imposed by compliance with the principle of proportionality under Articles 7, 8 and 52 of the Charter.<sup>1</sup>

The Directive placed an obligation on providers of publicly available electronic communications services to store “data necessary to trace and identify the source of a communication and its destination, to identify the date, time, duration and type of a communication, to identify users’ communication equipment, and to identify the location of mobile communication equipment”. The Directive and the national laws implementing the Directive had been the subject of wide-spread criticism. It was argued that the Directive entailed a serious interference with the fundamental rights to respect for private life and to the protection of personal data rights. Those in favour cited the need for mass data retention in the fight against organised crime and terrorism.

The CJEU agreed that the collection and storage of data constituted a serious interference with individuals’ privacy and their rights to protection of personal data. The question before the CJEU was whether or not the interference was justified and the measures proportionate. Whilst the retention of data for the purposes of assisting law enforcement to detect and prevent serious crime was justified, the CJEU held that the extent of interference with individuals’ privacy and personal data protection rights was not proportionate to serving that purpose.

The CJEU criticised the Directive for failing to require Member States to provide sufficient safeguards for data security, including cross-border transfers. Notably, the CJEU commented on the need to store retained data within the EU in order to ensure oversight of compliance with applicable EU data protection and data security requirements by independent EU authorities in accordance with Article 8 of the Charter. The CJEU decision effectively left Member States with no EU law mandating the retention of communications data.

In an example of the UK government's increased defiance of decisions of the European Courts, three months later the UK passed an “emergency” act (DRIP) to ensure that data

retention rules equivalent to those previously implemented under the Directive (and found to be invalid) would continue to apply in the UK. Academics and lawyers alike expressed serious concerns about the way in which the UK government rushed this legislation through Parliament, particularly given the extensive powers it sought to introduce.

DRIP will mean that foreign telecommunications companies as well as internet service providers based overseas may well be required to comply with interception warrants issued from the UK. Although the UK government has said that these powers already exist under the Regulation of Investigatory Powers Act (RIPA), many disagree. Not only do these powers represent increased state interference, they also raise questions about whether the interference with the right to privacy is justified.

Human Rights Groups have sought to challenge DRIP on the grounds that the Act is incompatible with Article 7 of the ECHR and Articles 7 and 8 of the Charter, because it interferes with the fundamental right to privacy and protection of personal data of the whole of the UK. In particular, it is argued that the data covered by the legislation would allow the State to draw precise conclusions about the private lives of persons whose data has been retained, in circumstances where there are insufficient safeguards on access to that data, which does not require that there be a connection to the prevention or detection of serious crime.

## ■ The right to be forgotten

In May, concerns about preserving the right to privacy were also highlighted in a ruling by the CJEU on the interpretation of Articles 2, 4, 12 and 14 of Directive 95/46/EC (EU Data Protection Directive (DPD)) on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data in conjunction with Article 8 of the Charter. The CJEU held that search engines had to consider requests to wipe links to information on individuals, where the data was “inadequate, irrelevant or no longer relevant or excessive”<sup>2</sup>. EU Member States are currently negotiating draft regulations that would allow individuals to ask search engines to take down certain categories of personal data, dubbed by the European Commission as the ‘right to be forgotten’. This “right” has been the subject of increasing concern from internet search engine providers and governments, including

the UK, which consider this to be unworkable and disproportionate.

The privacy test case before the CJEU was brought by a Spanish man, Mario Costeja González, against Google Spain after he failed to secure the deletion of search results to an auction notice of his repossessed home dating from 1998 included on the website of a mass circulation newspaper in Catalonia. Mr. González argued that the matter, in which his house had been auctioned to recover his social security debts, had been resolved and should no longer be linked to him whenever his name was searched online.

The CJEU held that the inclusion of the links in the search results was incompatible with the existing data protection law, in circumstances where Mr. González wished the information appearing on those pages “to be ‘forgotten’ after a certain time”. The CJEU noted that in considering a request, the question as to whether the individual had the right to the removal of the link should be examined. The court offered no guidance on how the “right” would be decided, other than to say that in such a case links to web pages should be removed, unless there are particular reasons for not doing so, such as “preponderant public interest”.

This ruling raises important questions about how the right to privacy is balanced against other fundamental rights, such as freedom of expression of the media. Interestingly, the decision marks a decisive shift away from the idea that search engines should be regarded as “neutral intermediaries”; the CJEU concluded that the search engine was a data processor and a data controller for the purposes of the EU Data Protection Directive (DPD) (95/46/EC). It observed that inasmuch as the activity of a search engine was liable to significantly affect the fundamental rights to privacy and to protection of personal data, its activity must comply with the DPD. In addition, the location of the physical server of a company processing data outside of Europe was not sufficient to exempt the company from the DPD, if the search engine operator had a branch or a subsidiary in a Member State, which promoted the selling of advertising space offered by the search engine.

A UK House of Lords subcommittee<sup>3</sup> responded to the judgment, by saying that it led to results which are “misguided in principle and unworkable in practice”. The subcommittee

considered it no longer reasonable or even possible for the right to privacy to allow subjects of data a right to remove links to data that was accurate and lawfully available. It shared the government’s view that the draft EU Regulation should not include any provision along the lines of the Commission’s ‘right to be forgotten’ or the European Parliament’s ‘right to erasure’. Notwithstanding the subcommittee’s apparent scepticism, the CJEU decision is likely to open the floodgates to further litigation by those who wish to erase certain aspects of their past, including the likes of Max Mosley.

## ■ Wider considerations

Mass metadata collection by the NSA in the United States has also been the subject of legal challenge. In a civil challenge to the constitutionality and statutory authority of intelligence gathering practices in the United States, US federal judge Leon noted “I cannot imagine a more ‘indiscriminate and arbitrary invasion’ than this systematic and high tech collection and retention of personal data on virtually every single citizen for purposes of querying and analyzing it without prior judicial approval. Surely, such a program infringes on ‘that degree of privacy’ that the Founders enshrined in the Fourth Amendment”<sup>4</sup>.

In a technological age, where we are increasingly dependent on electronic data, whether through cloud computing, social media or electronic communications, it is perhaps inevitable that data collection and increased surveillance should ensue. However, this must be carefully countered by safeguards to protect the right to privacy: guidelines and greater certainty on how the two concepts (surveillance and privacy) co-exist are essential for ensuring public confidence that these measures are justified. In the absence of the State providing adequate protection to the right to privacy, the judicial system remains crucial for raising fundamental questions and for holding the State to account. How successful these legal challenges will be remains to be seen.

Maria CRONIN  
Peters & Peters Solicitors LLP  
London, United Kingdom  
mcronin@petersandpeters.com

<sup>1</sup> Digital Rights Ireland and Seitlinger and others (C-293/12 and C-594/12)

<sup>2</sup> Google Spain v AEPD and Mario Costeja Gonzalez (C-131/12)

<sup>3</sup> European Union Committee - Second Report EU Data Protection law: a ‘right to be forgotten’?, 23 July 2014

<sup>4</sup> Klayman v Obama in the United States District Court for the District of Columbia, 16 December 2013



# The Rule of Law is the Foundation Stone of Girl Empowerment

■ Shelby QUAST

Veiller à ce que les femmes et les filles aient accès à leurs droits et puissent en jouir pleinement, signifie qu'elles peuvent faire des choix pour leur avenir et sont autorisées à contribuer comme des membres reconnus et égaux de la communauté. Cela signifie aborder toutes les questions de discrimination contre les femmes et les filles, afin d'éliminer les obstacles qui limitent leur pleine participation à la vie publique et à la société en général, en conformité avec le droit international.

Even when reflected in a country's constitution, rule of law is often elusive to women and girls. Jurisprudence that reflects international human rights norms and standards can be a powerful tool for change within society.

The final phase of the 15-year millennium development goals (MDGs) campaign, which

Yet many countries, like Liberia and Mali, have no laws in place banning female genital mutilation (FGM), a severe form of violence that could affect 30 million girls over the coming decade.

Meanwhile, a child born in Yemen or Saudi Arabia still has no legislative protection against child marriage. Other countries have laws against such abuses, but fail to implement them.

Since the MDGs were introduced in 2000, some countries have revoked laws that discriminate on the basis of sex. Suriname is the latest to amend one such law by now allowing women (in addition to men) to pass nationality to their children and foreign spouses. Other countries, such as the Bahamas, have also made some moves

It is also essential to know how different forms of violence and discrimination against women and girls interact and how nothing occurs or is solved in a vacuum. In many instances, the girl who undergoes FGM is the same girl who is married off early, denied an education and subjected to domestic violence. Amplifying the voices of adolescent girls is particularly vital when considering how to best move forward both for the coming year and a half, but also as part of the post 2015 policy framework.

The United Nations General Assembly recently adopted the report<sup>1</sup> of the Open Working Group on the post 2015 Sustainable Development Goals. During the discussion it was stressed that the targets should include strengthening adherence to international law by all stakeholders.

Ensuring that women and girls have access to and can enjoy their rights means that they have future choices and are allowed to contribute as equal and valued members of the community. This means addressing all forms of discrimination against women and girls, to remove obstacles that restrict their full participation in public life and society generally, in accordance with international law.

The UN has defined<sup>2</sup> the rule of law as “a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency”.

It is also essential to know how different forms of violence and discrimination against women and girls interact and how nothing occurs or is solved in a vacuum.

aimed to achieve eight key targets ranging from gender equality to ending extreme poverty, gives us an opportunity to reflect on progress to date, identify what major challenges continue to exist and how we can address these in the post 2015 development agenda.

As a legal advocacy organization that works to end violence and discrimination against women and girls at the local, national, regional, and international levels, Equality Now supports the gender equality goal. However, we also recognize that gender inequality is a key component of most – if not all – of the other targets. Equality does not flow from treaties but from agency among those most affected.

Ensuring that a fair and supportive legislative framework is in place is the first step towards making gender equality a reality.

in the same direction. However, numerous others have yet to take action to address sex discrimination in their laws, which causes significant harm to women and girls.

Sexual violence continues to be an epidemic in every country in the world. Awareness has increased over the past fifteen years but enforcing rule of law continues to be a problem. Kenya, for example, has struggled with the issue, but may be finally turning a corner. As part of our campaign to ensure justice for Liz, the sixteen-year old Kenyan girl who was raped in Busia County, we forwarded dozens of similar cases to the director of public prosecutions. The following day, a senior ranking police officer in one of the cases was fired and the local criminal investigations department now intends to carry out arrests.

Even when reflected in a country's constitution, rule of law is often elusive to women and girls. Jurisprudence that reflects international human rights norms and standards can be a powerful tool for change within society. However, this requires the support of competent, educated, and effective counsel, something that is often out of reach to those that often experience the most extreme forms of discrimination and violence within society.

It is not enough for women and girls to participate in the existing rule of law paradigm, we must shift it to one that works for women and girls. As Dr. Babatunde Osotimehin, Executive Director for the UN Population Fund stated at recent event on Women and Girls, if we want to change the human condition, girls must be at the center. Bar associations and councils holding

persons, institutions and entities accountable to laws that protect women and girls can be the tipping point that shifts the paradigm, not only for the woman or girl whose life is changed forever, but for the community in which she lives and the whole world, which becomes safer, happier and more balanced.

In June, Equality Now had the pleasure engaging with many members of the Union Internationale des Avocats (UIA) at the Bar Leaders' Briefing<sup>3</sup> at the United Nations headquarters in New York.

The extensive expertise in legal matters within the UIA's membership allows it to initiate high-level legal debates within its technical commissions and working groups, as well as adopt resolutions on current problems faced by the legal profession throughout the world. Prioritizing the rights of girls within these

frameworks among leading legal minds can be tremendously important.

We look forward to seeing you at the UIA 58<sup>th</sup> Annual Conference in Florence and hope to have the opportunity for further discussion and engagement on how Equality Now can partner with the UIA and individual bar councils on identifying and addressing discriminatory laws and policies and promoting improvements to access to justice for adolescent girls.

Shelby QUAST  
Policy Director  
Equality Now  
New York, NY, United States  
press@equalitynow.org

<sup>1</sup> <http://www.un.org/News/Press/docs/2014/ga11544.doc.htm>  
<sup>2</sup> <http://www.unrol.org/doc.aspx?n=2004%20report.pdf>  
<sup>3</sup> [http://www.uianet.org/sites/default/files/UIAauxNationsUnies\\_RominaBossaAbiven\\_0.pdf](http://www.uianet.org/sites/default/files/UIAauxNationsUnies_RominaBossaAbiven_0.pdf)

**Publish your photo in the 2015 UIA Directory**

To draw more attention to your contact details in our 2015 directory, these options are offered:

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

**DEADLINE FOR RECEPTION NOVEMBER 30, 2014**

**UIA**  
www.uianet.org

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



# L'affaire Grande Stevens c. Italie

## La consécration du principe *ne bis in idem*

■ Bruno MICOLANO & Silvestre TANDEAU de MARSAC



La Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après "la CEDH") est à l'origine d'un important arrêt rendu récemment dans l'affaire Grande Stevens et autres c. Italie (requête n. 18640/10 du 4 mars 2014) sur le thème du *ne bis in idem* déjà affronté par la Cour de Strasbourg (v. Juriste 2009.1, page 49).

La décision de la Cour strasbourgeoise concernait un cas classique : nul ne peut être pénalement réjugé pour les mêmes faits.

L'arrêt dont il est question a une portée plus grande.

Il précise le domaine d'application du principe *ne bis in idem* et décide qu'il doit être respecté même lorsqu'une personne a été sanctionnée par une autorité administrative avant de comparaître devant un tribunal pénal.

La décision était très attendue.

En effet, dans l'ordre juridique de nombreux États signataires de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après "la Convention"), des autorités administratives sont investies d'un pouvoir de sanction.

Ainsi, en matière d'infraction au Code de la route ou en matière fiscale, les citoyens peuvent être sanctionnés administrativement (retrait de permis, amendes infligées par une autorité administrative) puis poursuivis pour les mêmes faits devant le juge pénal.

Pour justifier cette double sanction, les pays dont la réglementation la prévoit se retranchent généralement derrière une réserve formulée lors de la signature de la Convention et, plus particulièrement, son article 4 § 1 du Protocole n°7. <sup>1</sup>

Dans l'affaire Grande Stevens c. Italie que nous examinons, la CEDH a écarté la réserve formulée par l'Italie et décidé que le principe *ne bis in idem* s'appliquait lorsqu'un prévenu, sanctionné administrativement par la Commissione Nazionale per la Società e la Borsa (La Commission Nationale des Sociétés et de la Bourse ; ci-après "CONSOB"), a été ensuite renvoyé devant le Tribunal correctionnel pour être jugé.

Après avoir admis que l'article 4 du Protocole n°7 devait s'appliquer en l'espèce, elle juge qu'il a été violé et que l'Italie doit veiller à ce que les nouvelles poursuites pénales ouvertes contre les prévenus sanctionnés et encore pendantes doivent être clôturées dans les plus brefs délais.

Il convient d'examiner les faits avant de se pencher sur le raisonnement retenu par la CEDH.

### ■ Les faits

L'arrêt porte sur la responsabilité au titre d'une manipulation de marché suite à la diffusion publique en août 2005 d'un communiqué de presse provenant de la société anonyme I.

Aux origines de cette affaire se trouve un contrat de financement signé par la société anonyme F. le 26 juillet 2002 avec huit banques. Ce contrat prévoyait qu'en cas de non-remboursement du prêt à l'expiration du contrat – fixée au 20 septembre 2005, les banques auraient pu compenser leurs créances en souscrivant à une augmentation de capital de la société F., redistribuant de la sorte les taux de participation des différents

actionnaires, ce qui aurait fait perdre à la société I. sa position d'actionnaire de référence au sein de F. (sa participation serait alors passée de 30.06% à 22 %).

Le 24 août 2005, sur demande de la CONSOB, ledit communiqué de presse est publié. Il y est affirmé que I. n'avait "ni entamé ni étudié d'initiatives concernant l'échéance du contrat de financement" et qu'elle souhaitait "rester l'actionnaire de référence de F."

Ce communiqué omettait cependant de mentionner le projet de renégociation du contrat d'equity swap conclu entre I. et la banque d'affaire M., contrat qui aurait déjà été conclu au moment de la communication, mais tenu secret pour éviter les effets que sa diffusion aurait eus sur le prix des actions de la société F.

L'augmentation de capital de F. ainsi que le contrat d'equity swap ayant pris effet le 20 septembre 2005, les nouvelles actions émises furent acquises par les huit banques en compensation de leurs créances, et M. céda les actions F. à la société I., ce qui lui permit de maintenir sa participation au sein de F. à hauteur de 30,06 % et, de ce fait, sa position de contrôle.

La fausse représentation de la situation de l'époque par le communiqué de presse, fait reproché à ceux qui ont matériellement contribué à la diffusion dudit communiqué, a donné lieu à une double procédure – pénale et administrative – conformément aux dispositions du droit italien en matière d'abus de marché (articles 180 et suivants du T.U.F) avec les résultats suivants.

Dans la procédure administrative, désormais définitive, était en cause la violation de l'art 187 ter t.u.f : la décision du 9 février 2007 par laquelle la CONSOB inflige les sanctions administratives comprenait des peines pécuniaires au sens de l'article 187 ter t.u.f, et des peines accessoires au sens de

l'art. 187 quarter t.u.f. Le 23 janvier 2008 la Cour d'appel de Turin réduit le montant des amendes administratives. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation rejette ce dernier par un arrêt du 23 juin 2009.

La procédure pénale a connu un cheminement plus complexe et soulevé des questions d'un intérêt certain concernant le mode d'évaluation du danger concret et du "price sensitivity".

Le tribunal de Turin, par décision du 21 décembre 2010, avait acquitté les accusés du chef de manipulation de marché. Suite au pourvoi formé par le Parquet, la Haute Cour prononça par arrêt du 20 juin 2012 la cassation et renvoya l'affaire devant la Cour d'appel de Turin. Celle-ci a reconnu le 21 février 2013 la subsistance de l'infraction conformément à l'art. 185 t.u.f. Un pourvoi en cassation a été formé contre cette décision.

Tel est le cadre juridictionnel à l'heure où la CEDH est saisie de l'affaire.

## I Le raisonnement de la Cour

La CEDH retient d'abord la violation alléguée du droit à un procès équitable dans un délai raisonnable (article 6 § 1), mais écarte ensuite celle du droit d'être informé dans le plus court délai de l'accusation et du droit à l'assistance d'un avocat (article 6 § 3 a) et c), du non respect de la protection de la propriété (article 1 du Protocole n°1) avant de retenir à l'unanimité la violation du droit à ne pas être jugé ou puni deux fois (article 4 du Protocole n°7).

### I ■ Sur la violation du droit à un procès équitable

L'examen du premier moyen tiré d'un non respect de l'article 6 § 1 relatif au droit à un procès équitable donne l'occasion à la CEDH de rejeter l'exception d'irrecevabilité soulevée par le gouvernement italien selon laquelle la procédure devant la CONSOB ne portait pas sur une « accusation en matière pénale ».

La CEDH estime en effet que, bien qu'il s'agisse d'une sanction qualifiée d'« administrative » en droit italien, les amendes infligées aux requérants ont un caractère pénal en raison de leur sévérité.

Elle fait ici application d'une jurisprudence constante selon laquelle la CEDH apprécie l'existence ou non d'une infraction en matière pénale selon trois critères :

- La qualification juridique de la mesure litigieuse en droit national
- La nature même de la mesure litigieuse
- Le degré de sévérité de la sanction <sup>2</sup>

Ces critères sont alternatifs et non cumulatifs.

Dès lors, pour que l'article 6 § 1 de la Convention s'applique au titre d'une « accusation en matière pénale », il suffit que l'infraction en cause soit, par nature, pénale au regard de la Convention (critère n°2) ou, ait exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, relève en général de la matière pénale (critère n°3)<sup>3</sup>.

Pour autant, après avoir retenu la nature pénale de la mesure litigieuse au regard de la sévérité des sanctions que la CONSOB avait la possibilité de prononcer dans la mesure où elles peuvent atteindre 5 000 000 d'euros, plafond qui, dans certaines circonstances, peut être triplé ou porté à dix fois le produit ou le profit obtenu grâce au comportement illicite, la CEDH admet, en l'espèce, que les accusés ont eu la possibilité de présenter des éléments pour leur défense.

Elle ajoute que, bien que la procédure devant la CONSOB n'ait pas pleinement satisfait aux exigences d'équité et d'impartialité, les requérants ont néanmoins bénéficié du contrôle ultérieur d'un organe indépendant et impartial de pleine juridiction.

Elle retient toutefois qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 dans la mesure où ce dernier n'a pas tenu d'audience publique.

Mais l'essentiel n'est pas là.

Après avoir relevé que Me Grande Stevens n'avait pas été privé de son droit à se défendre lui-même ou à avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et qu'il n'y avait pas eu atteinte au droit à la protection de la propriété, elle rentre dans le vif du sujet relatif au droit à ne pas être jugé ou puni deux fois.

## II ■ Sur la violation du droit à ne pas être puni deux fois

### ◆ Une réserve invalide

Le gouvernement italien alléguait avoir émis une réserve quant à l'application des articles 2 à 4 du Protocole n°7.

En effet, l'Italie a fait une déclaration aux termes de laquelle les articles 2 à 4 du Protocole n°7 ne s'appliquent qu'aux infractions « (...) qualifiées de « pénales » par la loi italienne ».

Or, devant la CEDH, l'Italie affirmait que les infractions sanctionnées par la CONSOB n'étaient pas des infractions « pénales ».

Pour écarter ce moyen, la CEDH examine d'abord la validité de la réserve formulée par l'Italie.

Elle constate que cette réserve, contrairement aux exigences de l'article 57 de la Convention, ne comporte pas un « bref exposé de la loi visée ».

Or, une réserve qui n'invoque ni ne mentionne les dispositions spécifiques de l'ordre juridique national excluant des infractions ou des procédures du champ d'application de l'article 4 du Protocole n°7, n'offre pas à un degré suffisant la garantie qu'elle ne va pas au-delà des dispositions explicitement écartées par l'État contractant.

Se faisant, elle ne fait qu'appliquer sa jurisprudence antérieure selon laquelle les réserves formulées par les États contractants ne sont valables que si elles répondent aux conditions suivantes effectivement posées à l'article 57 de la Convention :

- Elle doit être faite au moment où la Convention ou ce protocole sont signés ou ratifiés;
- Elle doit porter sur des lois déterminées en vigueur à l'époque de la ratification ;
- Elle ne doit pas revêtir un caractère général ;
- Elle doit comporter un bref exposé de la loi visée<sup>4</sup>

La condition d'un bref exposé de la loi n'est pas une « simple exigence de forme » mais édicte une condition de fond « qui constitue à la fois un élément de preuve et un facteur de sécurité juridique ».<sup>5</sup>

Dans un arrêt *Gradinger c. Autriche*, la CEDH avait déjà considéré comme invalide la réserve formulée par le gouvernement autrichien en marge du Protocole n°7 jugeant que : « munie d'une telle désignation, non exhaustive, la déclaration n'offre pas à un degré suffisant la garantie qu'elle ne va pas au-delà des dispositions explicitement écartées par l'Autriche »<sup>6</sup>.

Dans l'affaire *Grande Stevens*, la CEDH juge qu'une réserve qui n'invoque ni ne mentionne les dispositions spécifiques de l'ordre juridique national excluant des infractions ou des procédures du champ d'application de l'article 4 du Protocole n°7, n'offre pas à un degré suffisant la garantie qu'elle ne va pas au-delà des dispositions explicitement écartées par l'État contractant.

Par conséquent, la CEDH décide que la réserve invoquée par l'Italie ne satisfait pas aux exigences de l'article 57 et n'est donc de ce fait pas valide.

#### ◆◆ Des sanctions administratives qualifiées de sanctions pénales ...

Poursuivant son raisonnement, la CEDH rappelle qu'elle a précédemment conclu, sous l'angle de l'article 6, que la procédure devant la CONSOB portait bien sur une « accusation en matière pénale ».

Elle relève que les condamnations infligées par la CONSOB et partiellement réduites par la Cour d'appel ont acquis l'autorité de la chose jugée en juin 2009, lors du prononcé des arrêts de la Cour de cassation.

Dès lors, les requérants auraient dû être considérés comme ayant été déjà condamnés par un jugement définitif.

Malgré cela, de nouvelles poursuites pénales ont été ouvertes à leur encontre et ont été maintenues.

Elles ont débouché sur des jugements de première et de deuxième instance par le juge pénal qui interdisent de nouvelles poursuites pour les mêmes faits.

#### ◆◆◆ ... qui interdisent de nouvelles poursuites pour les mêmes faits

Il restait pour la CEDH à déterminer si les requérants étaient poursuivis devant le juge pénal pour les mêmes faits que ceux pour

lesquels ils avaient été sanctionnés par la CONSOB.

Après avoir analysé ces faits, la CEDH considère qu'il s'agit clairement d'une seule et même conduite de la part des mêmes personnes et à la même date.

Il s'ensuit que les nouvelles poursuites concernaient une seconde « infraction » ayant pour origine des faits identiques à ceux qui avaient fait l'objet de la première condamnation définitive, ce qui en soi constitue une violation de l'article 4 du Protocole n°7.

En définitive, la CEDH juge qu'il incombe donc à l'Italie de veiller à ce que les nouvelles poursuites pénales ouvertes contre les requérants en violation de cette disposition et encore pendantes, à la date des dernières informations reçues, à l'égard de MM. Gabetti et Grande Stevens, soient clôturées dans les plus brefs délais et sans conséquences préjudiciables pour les requérants.

Le gouvernement italien avait formé recours près la Grande Chambre contre cette décision sur le fondement de l'article 43 CEDH.

Réunie le 7 juillet 2014, la Grande Chambre a rejeté ledit recours.

L'arrêt *Grande Stevens* est désormais définitif.

Son autorité va se répercuter au-delà des frontières de l'Italie et atteindre d'autres États signataires de la Convention.

D'abord, parce que certains d'entre eux, parmi lesquels la France, ont formulé des réserves dans des termes identiques à celle de l'Italie.

Les citoyens de ces pays pourront, en s'appuyant sur cette jurisprudence *Grande Stevens c. Italie*, faire sauter le verrou qui bloque dans bien des cas, la mise en œuvre du principe *ne bis in idem* lorsqu'une sanction administrative est prononcée par une autorité indépendante avant le renvoi devant le tribunal correctionnel.

Ensuite, parce que la qualification d'infraction pénale, en raison de sa sévérité, à l'encontre d'une sanction qualifiée d'« administrative » en droit interne risque fort d'être réitérée dans de nombreux contentieux.

En effet, la crise financière aidant, les pays européens ont été nombreux à modifier leur réglementation en matière financière ou économique pour augmenter le plafond des

sanctions pouvant être prononcées par les autorités administratives.

C'est ainsi que l'AMF en France s'est vue dotée d'un pouvoir de sanction pouvant aller jusqu'à 100.000.000 d'euros soit dix fois plus que le juge pénal.

Mesurée à l'aune de la gravité de la sanction encourue ou de son degré de sévérité, la sanction administrative risque, dans la plupart des cas, d'être requalifiée en sanction pénale par la CEDH.

Ce très fort retentissement de l'arrêt *Grande Stevens c. Italie* amène déjà, certains pays, à envisager une refonte complète de leur arsenal répressif en matière d'infractions économiques et financières.

Bruno MICOLANO  
Président du 58<sup>e</sup> congrès de l'UIA  
Studio Micolano  
Bologne, Italie  
Micolano\_av.bruno@iol.it

Silvestre TANDEAU de MARSAC  
Directeur - Partenariat & Sponsoring de l'UIA  
SCP Fischer, Tandeu de Marsac, Sur & Associés  
Paris, France  
smarsac@ftms-a.com

<sup>1</sup> L'article 4 § 1 du Protocole n°7 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales prévoit : « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État. »

<sup>2</sup> CEDH, *Engel & Autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, §82.

<sup>3</sup> CEDH, *Jussila c. Finlande*, 23 novembre 2006, §31.

<sup>4</sup> *Podher & Autres c. Estonie*, 26 avril 2005.

<sup>5</sup> *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988, §59.

<sup>6</sup> *Gradinger c. Autriche*, 23 octobre 1995.



# Prohibition on Execution of the Mentally Ill: Theory and Practice

I Zoe BEDFORD

Si le droit international et national a depuis longtemps évolué vers la prévention de l'exécution pour les individus souffrant de maladies mentales, il semble que cette protection ne soit pas toujours complète. Quelle est l'efficacité de la loi et que peut-on faire de plus pour protéger les plus vulnérables ?

The global trend towards the abolition of the death penalty is gaining momentum<sup>1</sup>. As more countries move towards moratoria and outright abolition, even those retaining the death penalty are increasingly restricting its application to only the most serious offences and the most culpable offenders. For example, it is clear from the near global unanimity surrounding the execution of minors that even those states that impose the death penalty view it as an extreme measure that should be restricted in implementation. It is in this same vein that there is an increasing resolve to prohibit the death penalty where the offender is mentally ill or intellectually disabled.

Mental illness is defined by the National Alliance on Mental Illness as a medical condition that “disrupts a person’s thinking, feeling, mood, ability to relate to others and daily functioning... and often result[s] in a diminished capacity for coping with the ordinary demands of life.”<sup>2</sup> It therefore follows that the mentally ill should be exempt from execution on the grounds that they cannot be considered the most culpable offenders.

It is now customary international law that the mentally ill should not be executed. This movement has been growing stronger over the past 30 years. In 1984, the UN Economic and Social Council adopted a safeguard which had as a goal the protection of those who have become “insane.” This safeguard was further refined in 1989, making the insane a blanket category of people who should be exempt from capital punishment.<sup>3</sup> Thus, the

insane were afforded the same protections as children and pregnant women.<sup>4</sup>

This is clearly illustrated by a number of statements from international bodies. The United Nations Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary execution has stated that “international law prohibits the capital punishment of the mentally retarded or insane”<sup>5</sup> and is supported by the United Nations Commission on Human Rights which urges states not to impose the death penalty on any person “suffering from any form of mental disorder.”<sup>6</sup> The European Union has also declared that execution of mentally ill persons is “contrary to internationally recognized human rights norms and neglect[s] the dignity and worth of the human person.”<sup>7</sup>

Even the United States, which is one of the world’s most frequent executors, refrains from executing the mentally ill and mentally disabled. In *Atkins v. Virginia*, the Supreme Court ruled that those who have “diminished capacities to understand and process information, to communicate, to abstract from mistakes and learn from experience, to engage in logical reasoning, to control impulses and to understand others’ reactions” have diminished culpability and deserve a diminished sentence.<sup>8</sup> In *Ford v. Wainwright*, the Court noted that it is “no less abhorrent today than it has been for centuries to exact in penance the life of” the mentally ill, and that there is no retributive or utilitarian value in executing a non-rational decision maker.<sup>9</sup>

It is crucial that someone receiving the death penalty “has the mental capacity to understand the nature of the death penalty and the reasons why it was imposed on him.”<sup>10</sup> For those suffering from mental illness, that is often not a possibility, and so capital punishment may not be applied.

The majority of countries which retain the

death penalty have enshrined the protection of the mentally ill or insane from capital punishment in domestic law. There has also been worldwide development of movements among medical professionals to ensure that no mentally ill are executed.<sup>11</sup> It is now common practice in many jurisdictions to have psychiatric organizations which may be available to consult on capital cases.<sup>12</sup>

And yet in spite of the extensive legal protections offered under both international and domestic law, those who suffer from mental illness continue to be sentenced to death and executed around the world. In the US, The National Association of Mental Health has estimated that five to ten percent of those on death row have serious mental illness.<sup>13</sup>

One such case was that of Akmal Shaikh, the last British national to be executed after being sentenced to death in China in 2010 on drugs charges. Akmal was bipolar and believed to be seriously mentally ill. Before his arrest Akmal was homeless and living in Poland, dreaming of becoming an international pop star with a song entitled “Come little rabbit”. He was preyed on by a drug syndicate who lured him to China with promises of stardom. Despite compelling evidence of mental health, the Chinese authorities refused to allow any mental health expert access to Akmal to carry out an assessment. No consideration was given to the evidence of his mental illness or representations by various mental health organisations.<sup>14</sup>

A combination of factors may explain this discrepancy. Even where the law prohibits the execution of the mentally ill, the definition may be so narrow that many with serious mental health problems are still sentenced to death, despite the fact that their mental illness not only renders their execution cruel and inhumane, but also clearly reduces their culpability such that they cannot be considered the most serious of offenders.

Or, as in the case of Akmal Shaikh, they may be prevented from obtaining a mental health assessment to confirm that they are mentally ill. In other jurisdictions, those suffering from mental illness are subject to further vulnerability. In some cases, a mental health assessment may only be submitted to the Courts during trial if ordered by the Court, and the defendant must meet all associated costs – leaving those who are mentally ill and indigent with no way to demonstrate the fact to the Courts.

Fortunately, some progress appears to be in evidence to offer encouragement. Earlier this year, a mentally ill European national was arrested in Indonesia with drugs in his suitcase. With a history of mental health problems, the middle aged man had been dependent on his mother for his entire life. When his mother was hospitalised, he had responded to an internet advert and applied online for a job to collect gold from Indonesia. His lawyers obtained a mental health report confirming that he was particularly vulnerable to exploitation because of his inability to accurately judge and interpret social situations, which left him gullible and naive. Instead of the death penalty, he received a sentence of fifteen years' imprisonment.

So it is clear that while the initial steps towards protecting the most vulnerable from capital punishment may have been taken by enshrining the principles in law, there remains some way to go before those with mental illness are offered complete protection from the death penalty in practice. By continuing to raise the issues where possible, and developing the understanding of the significance of mental illness in capital sentencing among those working within the criminal justice systems concerned, there is hope that in this way the scope of the application of the death penalty will be further narrowed and the practice will be brought closer to the theory.

Zoe BEDFORD  
*Reprive*  
 Casework lawyer  
 (Solicitor of England and Wales)  
 London, United Kingdom  
 zoe.bedford@reprive.org.uk

<sup>1</sup> In 1977, the UN General Assembly adopted a resolution stating that “the main objective to be pursued in the field of capital punishment is that of progressively restricting the number of offences for which the death penalty may be imposed with a view to the desirability of abolishing this punishment.” Today, over 137 countries have abolished capital punishment in law or practice, with approximately 50 nations doing so in the last 20 years.

<sup>2</sup> What is Mental Illness?, National Alliance on Mental Illness, viewed on 16/07/14 at [http://www.nami.org/Template.cfm?Section=By\\_Illness](http://www.nami.org/Template.cfm?Section=By_Illness)

<sup>3</sup> Liliana Lyrajibulut, Death Penalty and Mental Illness: The Challenge of Reconciling Human Rights, Criminal Law, and Psychiatric Standards, 6 Seattle J. for Soc. Just. 353, 365 (2007)

<sup>4</sup> Id.

<sup>5</sup> International Standards on the Death Penalty, Amnesty International viewed on 16/07/14 at <http://www.amnesty.org/en/library/asset/ACT50/001/2006/en/662024d1-d469-11dd-8743-d305bea2b2c7/act500012006en.html>

<sup>6</sup> Death Penalty and Mental Illness, Amnesty International viewed on 16/07/14 at <http://www.amnestyusa.org/our-work/issues/death-penalty/us-death-penalty-facts/death-penalty-and-mental-illness>

<sup>7</sup> European Union, Delegation of the European Commission to the USA, EU Memorandum on the Death Penalty, presented to U.S. Assistant Secretary of State for Human Rights, [http://www.eurunion.org/eu/EU-Memorandum-on-the-Death-Penalty-February 25, 2000.html](http://www.eurunion.org/eu/EU-Memorandum-on-the-Death-Penalty-February%2025,%202000.html), Feb. 25, 2000

<sup>8</sup> Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304, 305 (2002).

<sup>9</sup> Ford v. Wainwright, 477 U.S. 399 (1986).

<sup>10</sup> Id. at 412

<sup>11</sup> Nicola Browne et. al., Capital Punishment and Mental Health Issues: Global Examples, 25 St. Louis U. Pub. L. Rev. 383, 392 (2006).

<sup>12</sup> Id. at 394.

<sup>13</sup> USA: The execution of mentally ill offenders, Amnesty International (2006) <http://www.amnesty.org/en/report/info/AMR51/003/2006>

<sup>14</sup> <http://www.reprive.org.uk/cases/akmalshaikh/>, accessed September 15, 2014



## Ludovic-Trarieux The “International Human Rights Prize” at the UIA Congress in Florence

Ms. El-Massry, recipient of the 2014 Ludovic Trarieux Prize, will receive her award on October 31, 2014, during the UIA 58<sup>th</sup> Congress in Florence.

The “Ludovic-Trarieux International Human Rights Prize” is one of the oldest and most prestigious awards “given by lawyers to a lawyer” in recognition of his/her work in defense of human rights and the rule of law, the promotion of defence rights, and/or the fight against racism and intolerance. Created in 1984, it was first awarded a year later to Nelson Mandela, who was incarcerated at the time of the award.

Since 2003, the Prize has been given every year in partnership with the Human Rights institutes of the Bar Associations of Paris, Brussels and Bordeaux, the Unione forense per la tutela dei diritti dell'uomo (Roma), the Rechtsanwaltskammer Berlin, the Barreau de Luxembourg, the Ordre des Avocats du Barreau de Genève, the Amsterdam Bar Association, as well as the Union Internationale des Avocats (UIA) and the European Bar Human Rights Institute (IDHAE).

Former winners of the Prize include Digna Ochoa and Bárbara Zamora of Mexico, Beatrice Mtetwa of Zimbabwe; Karinna Moskalenko of Russia (2010) and Muharrem Erbey of Turkey (2012).

# Egyptian Lawyer Mahienour El-Massry, Recipient of 2014 Ludovic-Trarieux Human Rights Prize, Invited to the UIA Congress in Florence

On June 25, 2014, Mahienour El-Massry, a high-profile Alexandrian young lawyer and activist, was awarded the 19<sup>th</sup> Ludovic-Trarieux International Human Rights Prize, “the prize given to lawyers by lawyers”.

The awarding Jury, composed of representatives of bar associations from Paris, Bordeaux, Amsterdam, Berlin, Brussels, Geneva, Roma, Luxemburg, as well as the European Bar Human Rights Institute (IDHAE) and the Union Internationale des Avocats (UIA) recognised her courage in the fight for judicial independence, and workers and prisoners’ rights.

Released on September 21, 2014, after 125 days in prison, Ms. El-Massry is expected to receive her Prize on October 31, 2014, during the 58<sup>th</sup> UIA Congress in Florence.

A leading figure of the popular uprising against President Hosni Mubarak, Ms. El-Massry is a member of the Revolutionary Socialists movement and co-founder of the civil society organisation, Refugees Solidarity Movement, which supports Syrian and Palestinian Syrian refugees in Egypt. As a human rights defender and activist, she has organised peaceful protests, supported activities for political prisoners and used social media to denounce human rights violations.

Over the past few years, Mahienour El-Massry has been the victim of judicial harassment, apparently designed to prevent her from carrying out her peaceful, human rights activities. She was arrested during the regimes of President Hosni Mubarak, President Mohamed Morsi, and lately, along with many other human rights defenders, of Interim Presidents, Adly Mansour and General Abdel Fattah El-Sisi. Most recently, she was arrested for allegedly violating the controversial “Protest Law” passed in November 2013<sup>1</sup>.

In December 2013, together with seven other members of the “Revolutionary Socialists”, Mahienour El-Massry took part

in a peaceful protest to denounce police violence during the trial of two former police officers who were charged with torturing and killing Khaled Said, a 28-year-old Egyptian. This young man, who was beaten to death after his arrest in June 2010, became one of the symbols in the 2011 Egyptian revolution.

On January 2, 2014, the Alexandria Manshiya Misdemeanour Court sentenced Mahienour El-Massry in absentia to two years’ in jail and a fine of EGP 50,000 for “protesting without permit and assaulting security forces”. The Sidi Gaber Misdemeanour Court in Alexandria upheld the decision, and on May 20, 2014, Ms. El-Massry was taken into custody to serve her two-year prison sentence. The EU, among others, expressed its concerns about her sentencing “for peacefully demonstrating against a protest law that has drawn ample criticism, including from the U.N., for not being in line with international standards”<sup>2</sup>.

In July 2014, after several adjournments, the Sidi Gaber Appeal Misdemeanour Court in Alexandria reduced the jail sentence to six months of prison.

Despite being imprisoned, Ms. El-Massry continued her struggle. During one of her hearings, she chanted from inside her prisoners’ cage, “[...] protesting is our right and no to your law!” From jail, she wrote letters describing the prison as “a microcosm of society” where her inmates - most of whom “have been imprisoned for defaulting on the payment of installments or small loans”- face a wide range of injustices and inequalities. She reminded activists not “to turn into people demanding the freedom of this or that person, while forgetting the wider needs and anxieties of the Egyptian people.”<sup>3</sup> Her messages widely circulated on social media.

After 125 days of detention, on September 21, 2014, Ms. El-Massry, was finally released

when the Al Mansheya Misdemeanour Appeals Court decided to suspend her prison sentence while awaiting the outcome of the appeal before the Court of Cassation.

Ms. El-Massry is also facing charges stemming from a separate incident that dates back to March 29, 2013. Along with other lawyers, Ms. El-Massry went to the El-Raml police station in Alexandria to provide legal assistance to several demonstrators who had been arrested after confrontations between pro- and anti-Morsi forces. At the police station, Ms. El-Massry and her fellow lawyers were assaulted by the police and briefly detained.

The lawyers as well as nine activists were released without bail by the Prosecutor but have been indicted for several charges, including “insulting government employees in the performance of their duties”, “insulting representatives of the authorities” and “attempting to break into a police station”. The trial was initially referred to court on May 8 but then postponed several times following the resignation of the judge appointed to hear the case. On July 21, 2014, the Alexandria Misdemeanour Court postponed the hearing to October 13, 2014.

<sup>1</sup> The Law No. 107 of 2013 on the Right to Public Meetings, Processions and Peaceful Demonstrations bans meetings of ten or more people without official authorization. Dozens of individuals have been victims of arbitrary arrests under this law. This law and the arrests thereunder have been condemned by the Former United Nations High Commissioner for Human Rights, Navi Pillay, the UN Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and Association, Maina Kiai, and international human rights NGOs.

<sup>2</sup> See « EU concerned by jailing of Egyptian activist », Reuters, available on <http://uk.reuters.com/article/2014/05/22/uk-egypt-courts-eu-idUKKBN0E21WB20140522>.

<sup>3</sup> The letter is available on <http://www.madamr.com/content/letter-prison>.



La profession d'avocat  
The Legal Profession  
La Abogacía





# Un avocat dans une pochette surprise ?

I Patrick HENRY

The firm, Vivabox, in collaboration with the Flemish Bar Association, is offering its clients a small casket containing a voucher for a lawyer's collaboration, at a price. The cost is 80 Euros per hour, of which 35 would be for the lawyer. What do you think about this? If we act like shopkeepers, don't we lose our very essence as actors of the justice system?

Si vous voulez être traités comme des commerçants, comportez-vous comme des commerçants.

Notre profession est au carrefour des défis. Et ceux-ci nous tiraillent en tous sens. Comment juger, dès lors, l'initiative de l'Orde van Vlaamse Balies de lancer, en collaboration avec la firme Vivabox, la commercialisation de pochettes cadeaux, au prix de 80 euros, donnant droit à une consultation d'avocat d'environ une heure, sur le sujet de son choix, en sachant que les avocats qui acceptent de participer à l'opération obtiennent gracieusement la rétrocession de 35 euros ?

Faire comprendre au justiciable ordinaire qu'« un avocat c'est quelqu'un qu'il faut voir avant pour éviter des ennuis après »<sup>1</sup>, selon le slogan de la campagne publicitaire radiophonique d'AVOCATS.BE, est certainement un enjeu important.

Il est vrai que la justice apparaît souvent, surtout pour ceux qui n'ont pas l'habitude de la fréquenter, comme trop chère, trop lente, trop compliquée, absconse. Et que montrer à ceux-là que franchir la porte d'un cabinet d'avocat pour lui demander un conseil peut être une démarche profitable, semble, à première vue, une initiative louable.

Ce fut d'ailleurs le sens de diverses campagnes initiées par nos Ordres. Souvenons-nous, dans les années '80, du « premier conseil à 1 000 francs », ou des journées « portes ouvertes » organisées dans nos Palais de justice, ou des différents centres de consultation ou de médiation mis en place par nos barreaux.

Mais d'autres enjeux sont sur la table.

L'un d'eux est certainement celui de la compétence. Dans ce monde sans cesse plus connecté, plus complexe, plus réglementé, on ne peut plus se satisfaire de conseils imprécis, ou trop lents, ou trop chers. Le justiciable d'aujourd'hui a droit à des conseils spécialisés, efficaces, prodigués par des professionnels formés, expérimentés, spécialisés, à jour dans leurs connaissances. L'Europe ne peut admettre l'approximation. Elle nous condamnera si nous n'imposons pas des standards de qualité à la mesure de ces attentes.

Nous devons donc promouvoir toutes les initiatives qui montreront que les avocats sont un corps fiable, autorégulé, qui se soumet volontairement à ces exigences.

Dans cette perspective, quel signal donnons-nous en invitant des consommateurs à acheter dans des échoppes de foire commerciale des pochettes donnant droit à la consultation d'un avocat que l'on choisira sur la base d'une liste indifférenciée, ne mentionnant même pas les domaines d'activités préférentielles de ceux qui ont accepté d'y figurer ?

Est-il de bonne politique de promouvoir ainsi une opération de promotion axée sur un tarif horaire de 35 euros, alors que, dans le même temps nos Ordres tentent de démontrer à nos gouvernants que les dossiers d'aide juridique devraient être rémunérés à un tarif de 75 euros l'heure, en nous appuyant, notamment, sur des études économiques qui démontrent que notre seuil de rentabilité se situe entre 65 et 75 euros ?

Certes, me dira-t-on, il ne s'agit que d'un produit d'appel, un phare, premier contact qui doit permettre à celui qui reçoit ce premier conseil d'en comprendre la valeur, de réaliser que la poursuite de la relation pourrait lui être profitable.

Une opération de promotion, de pure

promotion, donc. Et il est vrai qu'aujourd'hui publicité et démarchage nous sont autorisés, pour autant que nous restions dans les limites de la dignité. Et aussi le recours au courtage ? Une de nos règles traditionnelles est que l'avocat ne rémunère en aucun cas les intermédiaires qui lui apportent de la clientèle. Cette règle-là aussi doit-elle disparaître ? Ici la commission de l'opérateur commercial dépasse les 50 %...

Je m'inquiète. En lançant cette opération, ne franchissons-nous pas le cap de la commercialité ? L'intérêt que les médias ont porté à l'initiative avait de quoi inquiéter. Ont-ils perçu un tournant ? L'avocat ne serait-il plus qu'un marchand de droit ?

Je ne puis m'y résoudre. L'essence de notre profession, c'est le service au client : l'avocat conseille, l'avocat concilie, l'avocat défend. Dans le respect des valeurs d'indépendance, de confidentialité, de loyauté, de probité, de délicatesse. Dans le respect de notre déontologie.

Notre profession participe à l'œuvre de justice. C'est pour cette raison que nous revendiquons un statut spécifique. Parce qu'il est nécessaire au bon accomplissement de la mission qui nous est impartie.

Si nous adoptons purement et simplement les démarches des commerçants, nous ne pourrions plus nous prévaloir de cette spécificité. Et nous serons soumis aux mêmes règles qu'eux, sans égard pour notre rôle d'acteur de justice.

Ce sera, dans un sens, la fin d'un monde. Est-ce le diable qui sort de la pochette surprise ?

Patrick HENRY  
Président d'AVOCATS.BE  
Elegis – SD+, Association d'Avocats SCRL  
Bruxelles, Belgique  
p.henry@ekegis.be

<sup>1</sup> L'Orde van Vlaamse Balies a mené une campagne identique : « Een advocaat better vroeg dans laat ! » (« Un avocat, c'est mieux tôt que tard ! »).



# Plaidoyer pour la prise en compte du secret professionnel de l'avocat dans la nouvelle Directive « rétention des données »

I Jean-François HENROTTE & Alexandre CASSART



## Plea for the consideration of professional secrecy of lawyers in the future «data retention» directive

The so-called «Data retention» Directive required providers of electronic communications services to keep metadata generated by electronics communications and make them available to state authorities. In a recent judgment, the European Court of justice has invalidated this Directive, arguing that the constant surveillance it organized infringes, in a not appropriate fashion, citizens' fundamental rights. Besides this general surveillance, the Directive, and especially its transposition laws threaten to shatter professional secrecy of lawyers, who have to react firmly, through their Bar Associations, in order to protect citizens.

### I Contexte

À partir des années 2000, plusieurs États membres de l'Union européenne se sont dotés de législation imposant aux fournisseurs de services de communications électroniques des obligations de conservation des données de trafic et de localisation en vue, en général, de permettre la recherche et la poursuite d'infractions. Face à cette avancée en ordre dispersé, l'Union européenne a souhaité harmoniser cette question. C'est dans le contexte des graves attentats terroristes de Madrid en 2004 et de Londres en 2005 que ces discussions ont abouti à l'adoption de la Directive 2006/24/CE<sup>1</sup>, dite Directive « rétention des données ».

La Directive « rétention des données » impose aux fournisseurs de services de communications électroniques de conserver certaines métadonnées<sup>2</sup> afférentes aux communications électroniques et à les rendre accessibles aux autorités nationales compétentes. Le contenu de la communication en lui-même ne peut pas être conservé. Toutefois, le simple examen des métadonnées entourant la communication électronique permet d'obtenir tellement d'informations, qu'il n'est, dans certains cas, plus utile de prendre connaissance du contenu à proprement parler de la communication.

Cette conservation se fait, *a priori*, pour l'ensemble des citoyens sans distinction d'aucune sorte. Ni entre ceux qui font l'objet d'enquêtes judiciaires et ceux qui n'en font pas l'objet, ni entre ceux qui sont tenus d'un secret professionnel et ceux qui ne sont pas tenus d'une telle obligation.

approches, comme celle du « *quick freeze* » pouvaient être plus appropriées ou plus équilibrées.

Le flot de critiques ne s'est pas tari une fois la Directive mise en œuvre. Lors de la transposition dans les droits nationaux, différentes cours constitutionnelles (allemande, roumaine, tchèque...) ont été saisies de recours et ont annulé totalement ou partiellement les lois de transposition.

### I L'arrêt de la Cour de justice du 8 avril 2014 invalidant la Directive

La Cour de justice de l'Union européenne a été saisie de deux questions préjudicielles en appréciation de la validité de la Directive. Ces questions ont été jointes et l'Avocat général a déposé ses conclusions, le 12 décembre 2013<sup>5</sup>.

Sans être absolu, le secret professionnel de l'avocat constitue un principe fondamental d'organisation de la justice, notamment en ce qu'il participe à la relation de confiance indispensable entre un client et un avocat.

### I Le feu nourri des critiques à l'égard de la Directive

Dès avant son entrée en vigueur, cette Directive a essuyé un feu nourri de critiques.

Dans son avis du 26 septembre 2005<sup>3</sup>, le Contrôleur européen de la protection des données doutait ainsi de la nécessité de cette obligation de conservation ainsi que l'adéquation de la proposition par rapport au critère de proportionnalité.

Le Groupe de l'Article 29, dans son avis du 21 septembre 2005<sup>4</sup>, s'interrogeait également sur la justification d'une conservation systématique et obligatoire des données alors que d'autres

À cette occasion, il a conclu à l'invalidité de la Directive mais, malgré ce constat, il a proposé d'en tenir en suspens les effets, le temps que le législateur de l'Union prenne les mesures nécessaires pour y remédier, pour autant que cela se fasse dans un délai raisonnable.

Par son arrêt du 8 avril 2014<sup>6</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne a été bien moins clément avec la Directive puisqu'elle l'a purement et simplement invalidée, sans accorder le « délai de grâce » suggéré par l'Avocat général<sup>7</sup>.

Après avoir estimé que cette obligation de conservation constituait une ingérence particulièrement grave, la Cour a envisagé les critères classiques selon lesquels l'ingérence dans l'exercice d'un droit fondamental peut se

justifier, pour autant qu'elle soit prévue par la loi, qu'elle ne porte pas atteinte irrémédiable au droit concerné et qu'elle respecte le principe de proportionnalité, c'est-à-dire que la mesure envisagée doit être apte à réaliser les objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause sans dépasser les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation de ces objectifs. C'est sur ce dernier critère de proportionnalité que la Cour va fonder sa décision d'invalider la Directive.

La Cour stigmatise notamment l'application généralisée de la mesure à l'ensemble de la population, sans qu'aucune différenciation, limitation ni exception soient opérées en fonction de l'objectif de lutte contre les infractions graves, la mesure s'appliquant même à des personnes sans aucun lien avec une enquête pénale, voire tenues par un secret professionnel.

La Directive invalidée ne prévoit encore aucun critère objectif, ni condition procédurale, permettant d'encadrer et de délimiter l'accès des autorités nationales compétentes aux données et la durée de conservation n'est, selon la Cour, pas assez discriminante eu égard aux différentes catégories de données et à leur utilité éventuelle en fonction de l'objectif poursuivi.

La Cour remarque encore qu'une trop vaste latitude est laissée aux fournisseurs de services de communications électroniques dans l'organisation pratique de l'obligation de conservation qui leur est imposée et qu'aucune obligation de conserver ces données éminemment sensibles sur le territoire de l'Union européenne n'est contenue dans la Directive.

## **La protection du secret professionnel de l'avocat dans le cadre de cette obligation de rétention des données**

Le secret professionnel de l'avocat est un moyen essentiel du droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la CEDH<sup>8</sup> et une composante du droit au respect de la vie privée assuré par l'article 8 de la Convention<sup>9</sup>.

Sans être absolu, le secret professionnel de l'avocat constitue un principe fondamental d'organisation de la justice<sup>10</sup>, notamment en ce qu'il participe à la relation de confiance indispensable entre un client et un avocat.

L'identité des clients d'un avocat est, à l'évidence, couverte par le secret professionnel<sup>11</sup>, mais celui-ci couvre également les correspondances échangées et l'ensemble des données liées aux rencontres et communications entre un client et son conseil : date, heure, lieu, fréquence...

Or, quand bien même le contenu en tant que tel des communications électroniques n'est pas conservé par les opérateurs, il n'en reste pas moins que la conservation et la possibilité de consultation des métadonnées générées par les communications électroniques permettent de déterminer si un avocat a été consulté, d'identifier cet avocat, d'identifier ses clients, les dates et heures et de la communication, la taille éventuelle des fichiers échangés par courriel, le nombre des tentatives d'appel infructueux... Les services compétents de l'État pourront donc, en consultant la base de données, identifier la consultation d'un avocat et en tirer certaines conclusions en fonction des circonstances.

De plus, cette surveillance constante et généralisée de la vie privée des citoyens est de nature, non seulement à limiter leur liberté d'expression comme cela a été relevé par la Cour de justice, mais également à porter atteinte à l'indispensable sérénité des échanges entre un avocat et son client.

Eminemment conscients de cette problématique, tant l'Avocat général que la Cour de justice ont, d'initiative, abordé la problématique de l'adéquation de la Directive querellée par rapport au secret professionnel et en ont tiré argument pour aboutir au constat d'invalidité de celle-ci:

« 58. En outre, [la Directive] ne prévoit aucune exception, de sorte qu'elle s'applique même à des personnes dont les communications sont soumises, selon

les règles du droit national, au secret professionnel ».

Les conséquences directes de cet arrêt dans les États membres sont limitées puisque l'invalidation d'une Directive par la Cour de justice n'entraîne pas l'annulation des lois transposant cette Directive.

L'idéal serait évidemment que les États prennent la mesure de l'argumentation de la Cour et suppriment l'intégralité de ces dispositions liberticides, mettant en place une surveillance constante que ne renieraient pas les régimes dictatoriaux les plus durs.

Si, toutefois, notre modèle démocratique ne parvient pas à se protéger de lui-même et qu'un nouveau texte impose à nouveau une telle obligation, cette ingérence dans la vie privée des citoyens doit être assortie de garde-fous techniques et réglementaires suffisants pour garantir, au moins, le secret professionnel.

Techniquement, il est envisageable de distinguer, parmi les clients des opérateurs de communication électronique, ceux qui sont astreints au secret professionnel, par le biais de formules d'abonnements spécifiques par exemple. Les métadonnées générées par les communications électroniques émises ou reçues par ces assujettis au secret professionnel pourraient ensuite être traitées différemment, soit qu'elles échapperaient totalement à l'obligation de conservation, soit qu'elles seraient classées dans des bases de données distinctes dont l'accès serait restreint par des dispositions spécifiques.

D'un point de vue réglementaire ensuite, il devrait être précisé, au minimum, que les dispositions légales en matière de levée du secret professionnel s'étendent à la consultation des bases de données ainsi constituées, garantissant à tout le moins une égalité de traitement entre les échanges analogiques et les échanges électroniques<sup>12</sup>. Idéalement, un encadrement particulier, tenant compte des spécificités des communications électroniques, devrait être prévu.

Comme l'a rappelé le rédacteur en chef de ce journal dans le message paru dans le premier numéro 2014<sup>13</sup>, forte de la conviction que les avocats doivent s'opposer fermement à cette ingérence insupportable dans la vie privée, la liberté d'expression et le droit à un procès équitable des citoyens, la commission vie privée et droits de l'homme numérique prépare une résolution ferme de l'Union Internationale des Avocats (UIA) à ce propos.

Le CCBE va inciter les Ordres de chaque État membre, lorsque cela est encore possible, à contester en justice les lois de transposition de la Directive invalidée ou à activer l'ensemble des leviers de communication et de lobbying à leur disposition pour obtenir l'abrogation ou la modification de ces lois.

Éminemment conscient de la gravité de la problématique, tant pour les citoyens que pour la profession, l'Ordre des Barreaux Francophones et Germanophone a introduit, avant le prononcé de l'arrêt de la Cour, un recours en annulation à l'encontre de la loi de transposition de

la Directive « Rétention des données »<sup>14</sup>.

L'arrêt de la Cour de justice conforte l'argumentation défendue par l'OBFG et sera certainement pris en compte par la Cour constitutionnelle belge dont la décision est attendue dans les prochains mois.

Jean-François HENROTTE  
*Vice-Président de la commission  
 vie privée et droits de l'homme numérique  
 Philippe & Partners / Lexing – Belgique  
 Bruxelles, Liège, Belgique  
 jfhenrotte@philippelaw.eu*

Alexandre CASSART  
*Philippe & Partners / Lexing – Belgique  
 Bruxelles, Liège, Belgique  
 acassart@philippelaw.eu*

<sup>1</sup> Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la Directive 2002/58/CE, J.O.U.E. L 105, 13 avril 2006, pp. 54-63.

<sup>2</sup> Emetteur, récepteur, durée de la communication, taille, adresses IP...

<sup>3</sup> [https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2005/05-09-26\\_](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2005/05-09-26_data_retention_FR.pdf)

[data\\_retention\\_FR.pdf](#) (consulté le 24 avril 2014).

<sup>4</sup> [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2005/wp113\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2005/wp113_fr.pdf) (consulté le 24 avril 2014).

<sup>5</sup> Conclusions de l'Avocat général P. CRUZ VILLALON, présentées le 12 décembre 2013.

<sup>6</sup> C.J.U.E, Digital Rights Ireland Ltd c. The Minister for Communications, Marine and Natural Resources; The Minister for justice, Equality and Law Reform, The Commissioner of the Garda Síochána Ireland and The Attorney General, et Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger und Christof Tschohl, Affaires jointes C 293/12 et C 594/12, 8 avril 2014.

<sup>7</sup> Pour une analyse plus détaillée de l'arrêt, v., A. CASSART, J.-F. HENROTTE, "L'invalidation de la directive 2006/24 sur la conservation des données de communication électronique ou la chronique d'une mort annoncée", J.L.M.B., 2014/20, pp. 945 et s., <http://jmbi.larcier.be>.

<sup>8</sup> CEDH, 16 décembre 1992, Niemitz c. Allemagne, § 37.

<sup>9</sup> CEDH, 29 septembre 2000, Foxley c. Royaume-Uni, § 44.

<sup>10</sup> CEDH, 6 décembre 2012, Michaud c. France, § 123.

<sup>11</sup> M. BENICHO, « Quel secret pour les acteurs judiciaires ? », Gaz. Pal., 18 février 2003, p. 70.

<sup>12</sup> En Belgique, par exemple, l'article 90 octies du Code d'Instruction Criminelle qui encadre la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche chez un titulaire du secret professionnel ne s'étend pas à la consultation des données en cause. En l'état, les autorités belges ont donc accès à ces données de manière très libre et sans contrôle des autorités ordinales et du juge du fond.

<sup>13</sup> B. QUERENET-HAHN, Éditorial, "Rassembler les avocats du monde", Juriste International, 2014.1, p. 7.

<sup>14</sup> M.B., 2 avril 2014. V. également le recours en annulation introduit, le même jour, par la Ligue des Droits de l'Homme.

Follow us on social networks!
Union Internationale des Avocats



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



Stay updated with our latest news on Facebook



Follow our events as they are happening on Twitter



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



**UIA**  
www.uianet.org

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



# Challenges Facing the Legal Profession in Japan

**I Motoyasu HIROSE & Yoshihisa HAYAKAWA**



## I Introduction

Recently, the legal profession of Japan has been changing. This year is the 10<sup>th</sup> anniversary of the judicial reform implemented in order to trigger the dynamism which, while shaking up legal services through competition, also posed various challenges. The prevailing justification for such reform at that time was that (i) there were not enough legal professionals in Japan (which was not necessarily true); and that (ii) there had been an expanding demands for “diversity” of legal professionals. The legal market of Japan has undoubtedly and unavoidably been driven toward globalisation through our struggle for survival in the market. This article aims to overview the overall trends and future prospects of the legal profession in Japan, in particular, in the context of globalisation of legal practice.

## I Drastically Increased Lawyer Population

At present, Japan has approximately 35,000 lawyers<sup>1</sup>, a figure which has doubled over the past 10-15 years, nearly half of whom are concentrated in the Tokyo metropolitan and surrounding areas. Among the regional bar associations, the Tokyo Bar Association<sup>2</sup> is the largest (approx. 7,000 lawyers enrolled), and the authors of this article are both members of the International Committee of the Tokyo Bar Association. The Tokyo Bar Association has been dealing with a wide variety of legal activities with particular focus on protection of

human rights, such as various actions to ensure fair implementation of the judicial system, and confers with the relevant governmental authorities and the courts.

In 2004, Japan introduced the new “law school” system, along the lines of the equivalent in the United States, thereafter significantly facilitating access to the legal profession<sup>3</sup>. At that time, there were two major concerns underlying the initially government-announced plans to increase the number of lawyers. First, the lawyer population in Japan was allegedly insufficient in proportion to the expanding need for legal services. Second, there had also been an increasing need for legal experts with diversified background and specialisation, especially internationally-minded lawyers capable of handling cross-border affairs with fluent communication skills in foreign languages.

## I Reform of Judicial System and New Challenges

This judicial reform over the last decade has been given a relatively negative evaluation by the majority of senior legal professionals as being exceedingly radical and as generating adverse effects because the aforementioned first concern turned out to be a “fallacy” for the reasons more fully described below; at the same time, we have been progressively moving towards a solution to the second concern.

### ◆ First Concern – Insufficiency of Lawyer Population?

At the outset of the reform, the model relied upon by the advocates alleging the shortage of lawyer population in Japan was based on statistics obtained from France (approx. 50,000 based on *avocats* (lawyers) for 60 million citizens), which provisionally led them to conclude that Japan, whose population is double the size of that of France, would need twice as many lawyers, say, 100,000 lawyers in the future.

Nevertheless, this analogy is fallacious in so far as the scope of activities of an “*avocat*” in France is quite different from and broader than those of “*bengoshi*” in Japan, although both terms are misleadingly translated into “lawyer” in English. In Japan, besides the profession called “*bengoshi*”, there are distinct categories within the legal profession<sup>4</sup>, whose scope of activity would generally be encompassed by the term “*avocats*” in France. Taking all of these professionals into account, the number of legal professionals in Japan, even a decade ago, was no less than the equivalent in France.

Following the rapid increase in the number of lawyers and the lack of awareness about the problems with the comparisons which have been made, there now is a serious over-supply of lawyers in the Japanese legal market. This is accompanied by a number of difficulties affecting, in particular, young lawyers. Here are some examples of major problems.

First, owing to the minimum requirements for being qualified as legal professionals being lowered and the on-the-job education for young lawyers becoming insufficient due to the disproportionate number of senior lawyers compared to junior lawyers, their expertise often fails to meet the anticipated professional standards. Second, young lawyers have more difficulties being recruited by good law firms unless they can demonstrate outstanding expertise which differentiates them from their fellow trainees<sup>5</sup>. Third, along with their dismal job prospects, the financial difficulties of young lawyers have been worsened by the abolition in 2012 of the salary system for legal trainees during the training period (no part-time job is allowed during the training period), and they have consequently been obliged to take loans from the Supreme Court. These have to be repaid within 15 years of the completion of their training<sup>6</sup>.

Consequently, at present, the prevailing trend

has been shifted back towards limiting the number of lawyers to a more manageable level.

### ◆ ◆ Second Concern - How to Meet the Demands for Specialised Lawyers

The second concern relied upon by the believers in this reform would probably derive from the expanding need for candidates with more diversified fields of specialisation, especially university undergraduates outside the faculty of law and experienced professionals from different industries. The legal issues which arise and which are brought to legal experts are becoming more complex and specialised, requiring, in particular, fluent communication skills in foreign languages as well as a flexible and internationally-minded approach. This means that legal professionals can no longer make do without relevant background experience and expertise.

Nowadays, the “*bengoshi*” is no longer as firmly protected a profession as it used to be. Being qualified as a “lawyer” alone will provide neither guarantee nor assurance for the rest of one’s professional career. With an increasingly fierce competition accelerated by an over-supply of services disproportionate to demand, perhaps it is time for the theory of economics to urge all lawyers, irrespective of their generation, to find their own ways to differentiate themselves from colleagues for the sake of surviving this challenge. There are certainly a wide variety of options: Demonstrate exceptional hospitality or responsiveness to their clients? Handle specialised legal matters requiring niche expertise?

## I How to Move Toward Internationalisation?

One of the attractive and curious ways to differentiate oneself, especially for young lawyers, would be to advance into cross-border legal activities requiring a global insight into national differences in legislation, enforcement practices, cultural and social factors and, more broadly, adapting their way of thinking as well as tough mental and physical capabilities for tackling unexpected difficulties beyond national boundaries.

### ◆ ◆ Domestic Legal Market of Japan

Until recently, the legal market of Japan was very much closed and domestic, as opposed to the more open European legal market with neighboring jurisdictions operating in different languages. This phenomenon has been particularly fomented due to the following facts: the bar exam focused exclusively on the analysis of Japanese law in the Japanese language; overseas travel of trainees for any purpose is still heavily regulated and requires prior and discretionary approval of the Institute (even for a honeymoon!); and legal education in the Institute is conducted exclusively in the Japanese language (at least for mandatory subjects). In fact, the vast majority of lawyers, especially those settled in the rural areas of Japan, will make do with the Japanese language for their entire career.

Compared with their counterparts in other jurisdictions, it remains undeniable that foreigners would find certain difficulties identifying legal professionals capable of communicating in English fluently enough to meet their needs. Another difficulty would lie in the overconcentration of international lawyers in the Tokyo metropolitan area. Although the headquarters of the majority of globalised Japanese corporations still tend to concentrate in the metropolitan area, a greater number of rural companies are also launching their businesses abroad and personal cross-border legal matters (i.e. succession involving persons of different nationalities) are omnipresent all over Japan. Well predictably, the regional distribution of lawyers being already uneven, “international” lawyers in rural areas would be all the less accessible.

### ◆ ◆ Traditional “Inbound” Cross-Border Practice

Over the past decades, the roles of international lawyers in Japan, although quite small in number, used to consist in providing advice on Japanese law in the English language for foreign clients investing into the Japanese market.

To meet these needs, many Japanese lawyers working for international law firms, wishing to be integrated in the globalised legal market and with 3-7 years of experience on average, are daring to suspend their professional activities for 1-2 years to study abroad and qualify there, essentially in the United States, in some cases

followed by internship at foreign law firms.

Foreign lawyers (so-called “*gai ben*”) have also contributed to assisting with “inbound” activities for non-Japanese companies<sup>7</sup>, although their role is nonetheless still limited to advising on the laws of the jurisdictions where they originally qualified<sup>8</sup>. In addition to qualified foreign lawyers, international firms in Japan commonly hire full-time or part-time foreign attorneys (or trainees) as assistants to ensure fluent communication with foreign clients.

### ◆ ◆ ◆ Recent Trends of Foreign Investment – Shift From “Inbound” to “Outbound”

The focus of foreign investment in Japan has been shifted from “inbound” to “outbound” activities following the financial crisis triggered by the bankruptcy of Lehman Brothers in 2008; to put it another way, while the presence of foreign companies in Japan has been shrinking, Japanese companies are more eager to expand and advance into new emerging markets abroad. In proportion to the drastically shifted need for cross-border legal activities, Japanese lawyers working in the traditional “inbound” legal market have been confronted with new challenges.

The scope of lawyers’ involvement when assisting “inbound” investment is, so to speak, a slight departure from our conventional expertise in domestic cases. The only difference here is that we need to provide advice on Japanese law in the English language, particularly in view of the foreign client’s common knowledge, practice and values in their jurisdiction which may not be shared with Japanese stakeholders. In this sense, we had been playing the games in the “home ground” as we have done so for domestic clients.

By contrast, since the main arena of “outbound” activities is literally outside the territory of Japan, non-Japanese laws and regulations as well as an unfamiliar approach will apply there and thus pose unexpected problems for brave Japanese investors, notably in emerging markets. Needless to say, as we are not generally qualified in the jurisdiction of the relevant investment destination, our position will undoubtedly consist not in substituting local lawyers’ advice on local laws but in serving as the “control tower” for the relevant investment project,

arranging and overseeing the overall quality<sup>9</sup> and cost<sup>10</sup> of local lawyers' advice as well as all the other stakeholders and parties involved. Here, we are expected, as lawyers traditionally considered "specialists" in the law, to perform a multi-dimensional exercise as "generalists". How can we achieve these seemingly contradictory objectives and maintain our competitiveness in the midst of similar service providers, not only fellow lawyers but also business consultants who have already acquired extensive expertise and know-how and who have networks of human resources? This entirely new and remarkable business model risks, without further creative endeavour, ending up as a mere liaison role for lawyers between foreign firms as intermediary messengers or as promoters of commercial activities for foreign law firms. To avoid this, various efforts have been made at both organisational and individual level, but these still need further improvement.

In this context, large or medium-sized Japanese law firms have been establishing overseas branches, mostly in Asian countries, which include China, Vietnam, Singapore and Myanmar. Whilst the operation of these branches could generate additional cost for such firms, this could nonetheless facilitate access for clients to legal services in the relevant jurisdictions and allow Japanese lawyers to become familiarised with local legal practice. The style of collaboration with foreign law firms is also becoming diverse and smoothened by the exchange of young intern lawyers between law firms.

To facilitate the participation of younger lawyers and to provide them with a "clue" to taking the first step towards "outbound" legal activities, the Tokyo Bar Association has been promoting social events and exchanges with foreign bar associations (i.e. the Bar Associations of Paris, Chicago and Hong Kong and the World City Bar Leaders Conference) as well as international organisations of lawyers such as the Union Internationale des Avocats (UIA) and the International Bar Association (IBA). In July 2014, as many readers of this article may know, the UIA held a joint seminar with the Tokyo Bar Association for the first time in Japan about the extra-territorial application of anti-bribery regulations. Also, the Tokyo Bar Association, as well as the Japan Federation of Bar Associations, organise and offer to their

members various programmes for improving their English language skills which are required in professional settings and for enhancing their level of basic fitness for tackling new challenges over a long period of time.

## Conclusion

In Japan, judicial reform over the last decade, significantly increasing and diversifying the structure of the lawyer population, either rightly or wrongly, has certainly shed light on our long-standing awareness of the need for globalisation of the legal profession. This has been accelerated, ironically, following the Lehman crisis.

Each lawyer with a diversified background, interests and expertise must reconsider how best to maintain and develop competitiveness and create innovative legal business models to satisfy the changing needs of clients<sup>11</sup>.

Japan's cross-border practice in the legal profession will certainly take on a greater significance, stimulated by the Annual Conference of the IBA scheduled for October 2014. We also hope to contribute to a strengthened relationship between the UIA and the legal profession in Japan by attracting more participants, thereby encouraging the integration of legal professionals into the global law society.

Yoshihisa HAYAKAWA  
Uryu & Itoga  
Tokyo, Japan  
hayakawa@uryuitoga.com

Motoyasu HIROSE  
Uryu & Itoga  
Tokyo, Japan  
hirose.motoyasu@uryuitoga.com

<sup>1</sup> The typical path to the legal profession in Japan, comprised of lawyers ("bengoshi"), judges ("saiban kan") and prosecutors ("kensatsu kan"), commences with passing the bar exam ("shihou shiken"), followed by training at the Legal Training Institute ("shihou kensyu sho"), the graduates of which are entitled to be enrolled as lawyers at one of the bar associations. These three legal professions go through the same programme and exam in the Institute and each trainee opts for one of the three professions at the end of his/her training. Alternative paths to the profession of lawyers in Japan include university professors specialised in law, ex-judges and ex-prosecutors, who are also entitled to be enrolled as lawyers.

<sup>2</sup> Each of the 47 prefectures of Japan has one bar association, respectively, with the exception of Tokyo (three bar associations) and Hokkaido (in the northern island, due to the exceptionally vast geographic area). The professional activities of lawyers must comply with and are under the control of the Lawyers Act (Law no. 205 of 1949) and various rules of

professional ethics, which are monitored by the relevant bar associations.

<sup>3</sup> Over the decades, the ancient bar exam had been recognised as one of the most difficult national, vocational qualifications, with the pass rate ranging between 2 and 3%. It was not uncommon even for top university graduates stoically to spend, like warriors, 5-10 years exclusively on preparing for this exam.

<sup>4</sup> These neighboring professions include "zeirishi" (tax lawyers exclusively handling fiscal matters), "shihou shoshi" (professionals mainly handling procedures and documentation for use in judicial authorities, including the register of real estate properties) and "gyosei shoshi" (professionals mainly handling administrative documents for official use, including immigration matters for foreigners).

<sup>5</sup> According to recent statistics, nearly one-fifth of the legal trainees in Japan failed to find a job and were forced to abandon their career and seek another profession or else commence their profession independently without any experience at the risk of unintended malpractice.

<sup>6</sup> Whilst these trainees were and are technically treated as semi-public officials and thus their salary level used to be equivalent to that of junior national public officials until that time, it is nowadays common for first-year lawyers to owe debt of JPY 5-10 million (USD 50,000 - 100,000) at the outset of their career, coupled with the tuition fees of post-graduate law schools.

<sup>7</sup> The emergence of Japanese branches of global law firms has been facilitated by the enforcement in 1987 of the Act on Special Measures concerning the Handling of Legal Business by Foreign Lawyers enforced (Law no. 66 of 1986), which sets forth rules for foreign lawyers to be qualified and practice in Japan, followed by amendments towards deregulation over a quarter of century.

<sup>8</sup> For example, foreign lawyers originally qualified in the State of California are allowed to provide paid legal services exclusively on the laws of California but not allowed to represent their clients before Japanese courts.

<sup>9</sup> Here, one of the possible creative approaches at an "individual" level would be, time-consuming as it appears, to master and appreciate the local law in the local language rather than rely entirely upon the explanation of the local experts in English. This would largely ameliorate the depth and quality of legal services provided in non-English speaking jurisdictions because we could, by doing so, double-check the advice provided by local lawyers and precisely identify what they have been performing for a client.

<sup>10</sup> Apart from the advantage of understanding local languages, another interest of Japanese clients, especially those involved in U.S. litigation accompanied by the notoriously onerous "discovery" process, would consist in how to control and optimise the overall budget including attorney fees and any other costs and expenses (which may exceed millions of US dollars).

<sup>11</sup> For instance, being a legal expert alone is certainly not enough to meet the client's multi-dimensional needs. Indeed, cross-border investment projects and M&A transactions generally require interdisciplinary analysis of the feasibility of and strategy for the case from a legal, financial, fiscal and business perspective. There has therefore been an increasing demand for multi-disciplinary practices to undertake so-called "one-stop" collaboration between lawyers, chartered accountants, tax lawyers and business consultants in order to deal with complicated transactions. Traditionally, such professionals work in different organisations, which requires clients, inconveniently, to engage multiple firms for a single transaction.

Lawyers could be in the best position to take the initiative to organise such multi-disciplinary practices to optimise and ensure greater efficiency of communication between different categories of professionals (while the Lawyers Act prohibits other professionals (e.g. chartered accountants) from hiring lawyers (Article 72 of the Lawyers Act), the opposite is allowed), which would ultimately reduce the time and cost of and enhance the quality and consistency of these integrated professional activities.



Pratique du Droit  
Legal Practice  
Ejercicio de la Abogacía





# Le financement de l'arbitrage par les tiers

I Marc DAL

Le recours à l'arbitrage est devenu la norme en cas de litige revêtant un caractère international. Si les parties à l'arbitrage peuvent disposer de moyens financiers comparables, de tels litiges peuvent opposer une partie forte à une partie faible d'un point de vue économique, cette dernière étant susceptible de connaître des difficultés à financer l'arbitrage. Ces difficultés peuvent porter sur la provision à verser aux arbitres ou les honoraires à payer à ses avocats. Dans une telle hypothèse, le recours à un tiers en vue de financer sa participation à la procédure arbitrale peut être envisagé.

Ce tiers, qui sera bien souvent une société de financement, prendra en charge tous les frais de la partie à la procédure arbitrale en échange de quoi une partie des gains du procès lui sera rétribuée. Ce tiers n'est pas partie à la procédure arbitrale. Il n'en reste pas moins qu'il sera associé à la stratégie à adopter par la partie au procès, puisqu'il est intéressé au résultat dudit procès.

## I Le *third party funding* : une réalité économique

Cet outil qu'est le *third party funding* constitue aujourd'hui une réalité économique. Selon une étude récente, le montant actuel du financement des procédures arbitrales est évalué à plus d'un milliard USD. Selon un article du *New York Times* du 14 novembre 2010, le marché potentiel varierait de 80 à 100 milliards USD. Une trentaine de procédures serait ainsi financée chaque année<sup>1</sup>. Il existe, dans le monde, une cinquantaine de sociétés spécialisées dans ce type de financement. Banques, compagnies d'assurance et *hedge funds* s'y intéressent. Ces sociétés souhaitent généralement récupérer quatre à cinq fois le montant qu'elles ont investi. Des arbitrages commerciaux et d'investissement sont financés de la sorte.

## I Un outil favorisant l'accès à la justice

Le *third party funding* présente l'avantage de faciliter l'accès à la justice en mettant sur un pied d'égalité des parties fortes ou faibles d'un point de vue économique. Il peut venir en aide à la partie demanderesse qui, dans l'hypothèse d'un arbitrage institutionnel, ne serait pas en mesure de payer la provision demandée par le centre d'arbitrage avant la constitution du tribunal arbitral ou les honoraires réclamés par ses avocats dès le début ou au cours de la procédure arbitrale. Il peut aussi être utile au défendeur qui souhaiterait introduire une demande reconventionnelle pour laquelle il arrive que le centre d'arbitrage exige une provision distincte<sup>2</sup>. Les honoraires des conseils des experts ou des conseils techniques ainsi que des frais par exemple de déplacement des témoins peuvent aussi être pris en charge par la société de financement. Une partie peut également avoir recours au

en imposant à la partie financée de faire choix de tel ou tel avocat ? N'aura-t-il pas tendance à encourager son client à introduire une procédure arbitrale pour des raisons qui lui sont propres et qui ne devraient pas entrer en ligne de compte pour la partie au procès ? Inversement, n'invitera-t-il pas son client à transiger alors que le seul intérêt de ce dernier serait de poursuivre la procédure ? Ces questions se posent dès lors que le bailleur de fonds et la partie financée ne partagent pas nécessairement les mêmes intérêts.

## I Une atteinte à la confidentialité de l'arbitrage ?

Un autre risque est celui de l'atteinte à la confidentialité. Or, sauf, s'il s'agit d'un arbitrage d'investissement, les parties peuvent avoir choisi de recourir à l'arbitrage commercial en raison de sa confidentialité.

On imagine, en effet, mal une société de financement s'engager sans avoir pu évaluer les chances de succès de la procédure.

*third party funding*, non pas car elle rencontre des difficultés financières qui l'empêcheraient de participer à la procédure arbitrale, mais parce qu'elle souhaite partager le risque financier lié à l'arbitrage.

## I L'implication du bailleur de fonds dans la procédure arbitrale

Outre la question de la licéité du *third party funding* sur laquelle nous ne nous attarderons pas, le recours à ce mécanisme de financement pose différentes questions. Le bailleur de fonds, dès lors qu'il est intéressé financièrement au résultat, ne sera-t-il pas amené à intervenir activement dans la procédure, par exemple,

La confidentialité peut porter sur l'existence même de la procédure arbitrale mais aussi sur les actes de procédures (demande d'arbitrage, réponse à la demande d'arbitrage, acte de mission, mémoires, ordonnances de procédure et sentences) et tout ce qui concerne le déroulement de la procédure arbitrale.

Cette confidentialité sera-t-elle battue en brèche en raison de l'intervention du bailleur de fonds ? Celui-ci voudra, avant de s'engager, procéder à un audit qui lui permettra d'apprécier les risques liés à la procédure arbitrale qu'il lui est demandé de financer. On imagine, en effet, mal une société de financement s'engager sans avoir pu évaluer

les chances de succès de la procédure. Pour ce faire, elle devra avoir connaissance du dossier et des thèses développées par les parties.

La partie au procès peut-elle communiquer au bailleur de fonds pressenti des informations couvertes par la confidentialité de l'arbitrage ? La pratique montre qu'une partie à l'arbitrage fait régulièrement appel à des conseils techniques en vue de lui porter aide et assistance dans la procédure arbitrale. Dès lors qu'un tel conseil technique est lui aussi tenu à la confidentialité, ce qui peut être convenu de l'accord des parties, cela ne pose pas de problème. De même, si une partie bénéficie d'une police d'assurance défense en justice et que la compagnie d'assurance a la direction du procès, cette dernière a forcément accès à des informations confidentielles. Afin d'éviter toute difficulté, mieux vaut qu'un accord de confidentialité soit conclu entre l'assuré et l'assureur.

Ceci conduit à s'interroger sur l'obligation qu'aurait la partie financée à informer la partie adverse de l'intervention du bailleur de fonds, non pas en qualité de partie au procès, mais comme entité intervenant pour financer le procès. Sauf à ce qu'une telle divulgation soit prévue contractuellement, nous ne voyons pas ce qui contraindrait la partie financée à le faire. À cet égard, les tiers financeurs souhaitent que leur intervention soit confidentielle, essentiellement afin d'éviter d'être attiré dans les procédures qu'ils financent<sup>3</sup>. L'adversaire de la partie financée pourrait ainsi mettre en cause la responsabilité du bailleur de fonds afin d'obtenir le paiement de la condamnation aux frais de la procédure. Cet adversaire pourrait aussi solliciter la constitution d'une garantie telle qu'un séquestre au titre de *security for costs*.

## ■ Une atteinte au secret professionnel de l'avocat ?

Autre est la question de savoir si l'avocat de la partie financée serait susceptible de violer son secret professionnel en communiquant des informations couvertes par ce secret au tiers financeur, notamment afin que celui-ci puisse apprécier les risques liés au dossier. Les confidences faites par le client à son

avocat sont couvertes par le secret. Ceci étant, en droit belge, rien n'empêche que le client demande à son avocat d'informer son bailleur de fonds des chances de succès de la procédure arbitrale. Ce faisant, l'avocat ne violera pas son secret. En pratique, la société de financement sollicitera l'avis de son propre avocat sur les chances de succès, ceci afin de s'assurer de l'objectivité de l'analyse juridique et des risques liés au procès.

## ■ Une atteinte à l'indépendance de l'arbitre ?

Enfin, l'indépendance de l'arbitre, qualité fondamentale de celui-ci doit être examinée au regard de l'intervention éventuelle d'un tiers financeur. L'indépendance de l'arbitre peut-elle être mise en cause en raison de cette intervention ? De deux choses l'une, soit l'arbitre n'est pas informé de cette intervention et son indépendance ne pourra être mise en doute, soit il en est informé et il devra vérifier si cette intervention est de nature à mettre en cause son indépendance et, le cas échéant, divulguer les circonstances qui justifient une telle divulgation. Il devra le faire dès qu'il aura connaissance de l'intervention du bailleur de fonds puisqu'il a l'obligation d'être indépendant jusqu'à la fin de sa mission.

## ■ En conclusion

La partie financée et le tiers financeur veilleront à organiser conventionnellement la protection à accorder aux informations couvertes par la confidentialité et le secret professionnel afin de parer d'éventuelles difficultés.

Marc DAL

Avocat associé Dal & Veldekens  
Bruxelles, Belgique  
marc.dal@dalvel.eu

<sup>1</sup> G. Keutgen et D. Matray, Le financement du contentieux arbitral international par un tiers, *Liber Amicorum Georges-Albert Dal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 521.

<sup>2</sup> Par exemple, sur la base de l'article 36, § 6 du règlement d'arbitrage de la CCI.

<sup>3</sup> H. Gharavi, Le financement par un tiers, in *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso 2013, p.34.



# Les spécificités et les avantages de l'Arbitrage CCJA

I Joachim BILE-AKA

La promotion de l'arbitrage est au cœur du processus d'harmonisation du droit des affaires, en cours, sous l'égide de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA).

Les rédacteurs du Traité de Port Louis de 1993 (Traité OHADA) avaient, en effet, pour ambition que le recours à l'arbitrage facilite l'application des règles simples et modernes adoptées au travers des différents actes uniformes, et participe efficacement à la « sécurité juridictionnelle » indispensable au développement économique des pays membres de l'Organisation.

Cela s'est traduit, d'une part, par l'adoption de règles matérielles et procédurales relatives à l'arbitrage et, d'autre part, par la mise en place d'un Centre d'Arbitrage au sein de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA (« ci-après CCJA »).

Trois principaux textes sont d'application, à savoir le Traité OHADA en ses articles 21 et suivants, l'Acte Uniforme relatif à l'arbitrage et le Règlement d'arbitrage de la CCJA.

À travers l'édition d'un corpus de règles relatif à l'arbitrage, l'ambition du législateur OHADA était d'offrir aux acteurs économiques un mode alternatif de règlement des litiges suffisamment adapté à la pratique des affaires de par la célérité de la mise en œuvre de la procédure arbitrale, gage des garanties d'indépendance et d'efficacité censées faciliter la mise en œuvre du droit matériel édicté au travers des différents actes uniformes.

Le Droit OHADA relatif à l'arbitrage laisse transparaître les avantages traditionnellement reconnus à l'arbitrage, mais aussi et surtout, consacre un certain nombre d'innovation de nature à rendre l'arbitrage OHADA encore plus attractif.

Entre autres avantages, l'Acte Uniforme sur l'Arbitrage abouti à un renforcement de la loi

d'autonomie, caractéristique de l'arbitrage, et constitue un instrument de promotion des modes alternatifs de règlement des litiges, en aménageant la possibilité aux parties à une convention d'arbitrage de préférer au droit OHADA l'application de droits matériels étrangers au fond de leur litige. Il en va ainsi de la possibilité pour les arbitres de statuer en amiable composition.

Le Règlement d'Arbitrage de la CCJA<sup>1</sup>, pour sa part, reprend pour l'essentiel, les grands principes en matière d'arbitrage. Il s'agit notamment de la règle de l'indépendance des arbitres, à laquelle concourent les parties qui procèdent à leur désignation, de la confidentialité de l'arbitrage qui contribue à la préservation des relations d'affaires et de la célérité de la procédure arbitrale qui exclut notamment le double degré de juridiction.

À la clôture de l'instruction, l'affaire est mise en délibéré. Aucune pièce, ni écriture ne pourront être alors déposées. La délibération est secrète

Le rôle de la CCJA nous intéressera dans le cadre de la présente communication.

L'intérêt, pour ce qu'il est désormais coutume de qualifier d'arbitrage CCJA, réside dans le fait que « l'arbitrage CCJA a des avantages incontestables et considérables sur toute autre formule proposée par les institutions arbitrales. Le fait de n'avoir de contact qu'avec une seule autorité pour la phase arbitrale et pour la phase contentieuse qui peut être éventuellement suivie, d'avoir à sa disposition une autorité de très haut niveau donnant ainsi toutes les garanties d'intégrité et d'indépendance, sont des atouts considérables »<sup>2</sup>.

Le système d'arbitrage CCJA recèle, en effet, des particularités et des avancées en ce qu'il confère à l'institution communautaire aussi bien des attributions d'administration de l'instance

arbitrale, que des pouvoirs juridictionnels dans la phase postérieure au prononcé de la sentence arbitrale.

Ce qui dénote « les spécificités et les avantages de l'arbitrage CCJA » qui peuvent être appréciés lors de la mise en mouvement de la procédure arbitrale (I) qu'au niveau de l'examen du contentieux arbitral (II).

## I La CCJA et la mise en œuvre de la procédure arbitrale

### I. I. La phase pré-arbitrale

#### Les critères de compétence de la CCJA

Ces critères sont au nombre de trois (3) et sont relatifs :

■ premièrement, au caractère contractuel du différend. Le litige soumis à la CCJA doit nécessairement résulter de la mise en œuvre d'un contrat entre les parties. Le différend pourrait, en effet, concerner la validité de ce contrat, les difficultés liées à son exécution, son interprétation et sa fin (les conséquences y attachées) ; à ce sujet, le Professeur Pierre Meyer, à la page 68 de son ouvrage précité, s'interroge sur la pertinence de cette restriction avec l'ambition du législateur OHADA d'œuvrer à la promotion de l'arbitrage comme mode de règlement des litiges. En effet, si cette restriction n'existait pas, même des litiges d'ordre extracontractuel pourraient être soumis à l'arbitrage.

■ deuxièmement, au lien spatial du contrat à l'origine du différend avec un État partie. Ce lien est suffisamment établi par le lieu

d'exécution du contrat, même partiellement, par le domicile ou la résidence habituelle de l'un des cocontractants dans un État de l'espace OHADA. Les deux critères précités, tenant à la nature contractuelle du différend et au lien spatial du contrat avec l'espace communautaire, sont cumulatifs ; et

■ troisièmement, à l'existence d'une convention d'arbitrage attribuant compétence à l'arbitrage CCJA. Cette convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage. Dès lors que les parties ont désigné la CCJA, comme instance ou centre d'arbitrage, le Règlement d'arbitrage de l'institution communautaire trouvera nécessairement à s'appliquer dans la mesure où l'article 10 de l'acte uniforme sur l'arbitrage stipule que : « le fait pour les parties de s'en remettre à un organisme d'arbitrage les engage à appliquer le Règlement d'arbitrage de cet organisme, sauf pour les parties à en écarter expressément certaines dispositions ».

### La constitution ou la reconstitution du Tribunal arbitral

C'est une étape essentielle qui est également dominée par la loi d'autonomie puisque une grande liberté est laissée aux parties dans la constitution du Tribunal arbitral.

Les parties peuvent nommer elles-mêmes les arbitres ou laisser le soin à la CCJA d'y procéder.

Du point de vue du nombre, les parties n'ont le choix qu'entre un Tribunal arbitral composé d'un arbitre unique ou de trois arbitres. Ainsi, lorsque les parties ont prévu de désigner elles-mêmes les arbitres, elles peuvent décider de recourir à un arbitre unique, auquel cas, elles le désignent d'un commun accord. Faute pour les parties d'avoir procédé à la désignation de l'arbitre unique dans le délai de trente jours à compter de la notification de la demande d'arbitrage, la CCJA procède elle-même à la désignation de l'arbitre unique. Lorsque les parties ont convenu que le litige sera jugé par trois arbitres, le demandeur à l'instance arbitrale désigne son arbitre dans sa requête d'arbitrage et le défendeur y procède dans sa réponse. Le troisième arbitre qui assumera les fonctions de Président du Tribunal arbitral est désigné par la CCJA, à moins que les parties n'aient prévu qu'il le soit par les deux arbitres nommés. Conformément aux termes de l'article 49 du Traité OHADA, les arbitres désignés par la CCJA jouissent, dans l'exercice

de leurs fonctions, des privilèges et immunités diplomatiques. C'est une autre spécificité de l'arbitrage CCJA.

Dans tous les cas, la Cour intervient pour suppléer la carence des parties dans la désignation des arbitres ou confirmer le choix par celles-ci des membres du tribunal arbitral. Cette mesure, qui est purement administrative, a pour objet de garantir la conformité des choix aux critères légaux ou d'usage de l'exercice d'une telle mission.

La désignation de la CCJA en tant qu'organe chargé de l'administration de l'arbitrage présente donc un intérêt certain dans la phase de la constitution du Tribunal arbitral en évitant que l'inertie d'une partie à cette étape de la procédure ne paralyse le déroulement de l'instance.

### 1. 2. La phase arbitrale

Une fois le Tribunal arbitral constitué et régulièrement « accrédité », l'instance arbitrale peut réellement s'ouvrir.

### Le déroulement de l'instance arbitrale

#### A ■ Les étapes de la procédure

Le Règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit diverses étapes dans le déroulement de l'instance arbitrale.

L'établissement du procès verbal constatant l'objet de l'arbitrage et fixant le déroulement de l'instance constitue une étape essentielle qui permet aux parties et aux arbitres d'adapter et d'aménager la bonne conduite de la procédure et d'organiser une meilleure articulation du procès après avoir circonscrit l'objet du litige. Le Règlement d'arbitrage prévoit en son article 15.1 qu'il a lieu dans les soixante jours de la réception du dossier par le Tribunal arbitral. Cette étape de la procédure a lieu dans le cadre d'une réunion convoquée à cet effet. Ladite réunion, comme précédemment indiqué, a pour finalité d'organiser le déroulement de la procédure et consiste pour l'essentiel à fixer l'objet du litige ainsi que les moyens des parties tels qu'ils ressortent des mémoires déjà produits, à déterminer la langue de l'arbitrage, le cas échéant, à établir un calendrier d'instruction « prévisionnel » déterminant les dates auxquelles les parties pourront produire leur mémoire ainsi que la date de clôture de l'instruction. Le Règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit que la clôture de l'instruction ne peut être fixée à un

délaï supérieur à six mois à compter de la tenue de la réunion sus évoquée. De manière générale, cette réunion permet au tribunal arbitral et aux parties de fixer les règles particulières de mise en œuvre de la procédure arbitrale.

Par la suite, durant la phase de l'instruction, le Tribunal arbitral examine les mémoires des parties. Il peut décider d'auditionner les parties, qui peuvent se faire représenter ou assister, ensemble ou séparément. Le tribunal arbitral peut recevoir tout témoignage, et également désigner tout expert ou ordonner toute expertise dont il fixe la mission et les attentes.

Les audiences tenues dans le cadre du déroulement de l'instance arbitrale ne sont pas publiques contrairement aux audiences ordinaires de la CCJA. À la clôture de l'instruction, l'affaire est mise en délibéré. Aucune pièce, ni écriture ne pourront être alors déposées. La délibération est secrète.

#### B ■ Les règles applicables

Les règles applicables à l'instance arbitrale concernent le droit applicable au fond du litige ainsi qu'un ensemble d'autres règles processuelles destinées à assurer le bon déroulement de l'instance et la solution du litige. Il résulte de l'article 17 du Règlement d'arbitrage de la CCJA que : « Les parties sont libres de déterminer le droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige. À défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce.

*Dans tous les cas, l'arbitre tiendra compte des stipulations du contrat et des usages du commerce. L'arbitre reçoit les pouvoirs d'amiable compositeur si les parties ont donné leur accord sur ce point dans la convention d'arbitrage, ou postérieurement.*

Il apparaît donc que le droit applicable au fond du litige relève de l'office des parties<sup>3</sup>. Celles-ci peuvent aussi décider que les arbitres trancheront le litige en amiable composition. À défaut, il appartiendra aux arbitres de déterminer la loi applicable au fond du litige.

#### Le prononcé de la sentence arbitrale

La sentence arbitrale est rendue par le Tribunal dans les conditions et formes prévues par les dispositions du Règlement de Procédure et de l'Acte uniforme sur l'arbitrage (a) et produit certains effets (b).

## A ■ Les aspects formels

À défaut d'unanimité, le Règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit que la sentence arbitrale est rendue par la majorité des juges composant le Tribunal arbitral. À défaut de majorité, le Président du Tribunal arbitral statue seul.

La sentence arbitrale, à l'instar d'un jugement, doit être motivée.

La sentence arbitrale est signée par les arbitres qui l'ont rendu et le refus d'un arbitre de signer la sentence n'en affecte nullement la validité. À ce propos, il est intéressant de noter que le Règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit la possibilité pour les arbitres d'émettre des opinions individuelles. L'article 22.4 du Règlement prévoit en effet que : « *Tout membre du Tribunal peut remettre au Président de celui-ci son opinion particulière pour être jointe à la sentence.* ».

Par ailleurs, les dispositions de l'acte uniforme sur l'arbitrage recommandent les mentions que doit contenir une sentence arbitrale, même si l'absence d'un de ses éléments n'est pas sanctionnée. Il s'agit : des noms et prénoms des arbitres, de la date à laquelle la sentence a été rendue, des noms, prénoms, dénomination des parties ainsi que de leur domicile ou siège social, le cas échéant, des noms et prénoms des avocats ou de toute autre personne ayant représenté ou assisté les parties, de l'exposé des prétentions respectives des parties, de leurs moyens ainsi que des étapes de la procédure.

L'une des particularités de l'arbitrage CCJA réside dans le fait que le Règlement d'arbitrage a prévu un examen préalable de la sentence arbitrale avant sa notification aux parties. En effet, aux termes de l'article 23.1 du Règlement d'arbitrage : « *Les projets de sentence sur la compétence, de sentences partielles qui mettent un terme à certaines prétentions des parties, et de sentence définitive sont soumis à l'examen de la Cour avant signature.* ».

L'examen préalable est toutefois purement formel, puisque la Cour se contente de faire aux arbitres des propositions de modification de pure forme, notamment quant au respect des mentions obligatoires sus rappelées. Il s'agit d'une mesure non juridictionnelle.

L'examen préalable de la sentence arbitrale permet, en outre, à la CCJA de donner aux arbitres les indications nécessaires à la liquidation des frais d'arbitrage et fixe le montant des

honoraires d'arbitrage. Dans la pratique, les honoraires sont déterminés au début de la procédure.

La sentence définitive signée des arbitres est transmise au Secrétariat Général du Centre d'arbitrage de la CCJA qui a seul compétence à en faire la notification aux parties.

## B ■ Les effets de la sentence arbitrale

Le prononcé de la sentence arbitrale entraîne deux conséquences essentielles : le dessaisissement du Tribunal arbitral et l'autorité de la chose jugée.

À l'instar d'une juridiction étatique qui aurait rendu sa décision, la notification de la sentence arbitrale aux parties dessaisit le Tribunal arbitral. Le dessaisissement signifie en pratique que les arbitres n'ont plus aucun pouvoir de statuer sur les questions qui ont déjà fait l'objet de l'arbitrage. Ce dessaisissement s'applique aussi bien à une sentence tranchant tous les points du litige qu'à une sentence partielle qui statuerait par exemple sur la compétence des arbitres.

Toutefois, un certain tempérament est apporté à cette règle de dessaisissement par l'article 22 de l'acte uniforme sur l'arbitrage et l'article 26 du Règlement de la CCJA ; puisque, aux termes de ces deux dispositions, les arbitres demeurent compétents pour examiner des demandes relatives à la rectification ou à l'interprétation de la sentence arbitrale.

L'effet le plus important attaché à la sentence arbitrale réside dans l'autorité de la chose jugée. En effet, aux termes des dispositions de l'article 27 du Règlement d'arbitrage de la CCJA : « *Les sentences arbitrales rendues conformément aux dispositions du présent règlement, ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque État partie, au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'État. Elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire de l'un quelconque des États-parties.* ».

Toutefois, il convient de relever que le recours en annulation exercé contre une sentence arbitrale est suspensif d'exécution à moins que le Tribunal arbitral n'ait accordé l'exécution provisoire.

## I La CCJA, juridiction du contentieux arbitral

L'analyse des dispositions du Traité OHADA relatives à l'arbitrage CCJA pourrait laisser croire que le législateur OHADA a entendu soustraire les sentences arbitrales, prononcées sous l'égide de l'institution communautaire, de toute voie de recours. Il n'en est rien, dans la mesure où le règlement d'arbitrage de la CCJA a prévu trois recours, à savoir : le recours en contestation de validité, le recours en révision et la tierce opposition. À la suite des recours dont elle pourrait faire l'objet, l'exécution forcée de la sentence arbitrale ne sera effective qu'après le prononcé par le Président de la CCJA d'une décision d'exequatur.

### 2.1. Les recours contre la sentence arbitrale

#### Le recours en contestation de validité

Ce recours est prévu par les dispositions de l'article 29 du Règlement d'arbitrage de la CCJA. Cet article dispose, en effet, en son alinéa 1<sup>er</sup> que : « *si une partie entend contester la reconnaissance de la sentence arbitrale et l'autorité définitive de la chose jugée qui en découle par application de l'article 27 ci-dessus, qui précède, elle doit saisir la Cour par une requête qu'elle notifie à la partie adverse.* ».

Le recours en contestation de validité de la sentence arbitrale est soumis à des conditions de recevabilité et ne peut être fondée que sur l'un des motifs autorisant le refus de l'exequatur.

S'agissant des conditions de recevabilité, on en dénombre deux qui sont prévues par les alinéas 2 et 3 de l'article 29 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

L'alinéa 2 de l'article 29 qui la première condition de recevabilité dispose que : « *la contestation de la validité de la sentence n'est recevable que si, dans la convention d'arbitrage, les parties n'y ont pas renoncé.* ».

Il apparaît de ces dispositions que le législateur communautaire n'a pas entendu conférer au recours en contestation de validité un caractère d'ordre public. Les parties à la convention d'arbitrage, s'étant vues reconnaître la faculté de renoncer à l'exercice de ce recours dans leur convention.

La seconde condition de recevabilité du recours se rapporte, quant à elle, à des conditions de délai. L'alinéa 3 de l'article 29 suscitée précise en effet que : « la requête peut être déposée dès le prononcé de la sentence. Elle cesse d'être recevable si elle n'a pas été déposée dans les deux mois de la notification de la sentence visée à l'article 25 ci-dessus ».

En ce qui concerne l'appréciation du bien fondé de la requête en contestation de validité, le juge communautaire assoit sa conviction à l'aune des dispositions de l'article 30 alinéa 6 du Règlement d'arbitrage de la CCJA ; lesquelles dispositions prévoient quatre (4) hypothèses dans lesquelles l'exequatur peut être refusé, savoir :

- si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;
- si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
- lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté ;
- si la sentence est contraire à l'ordre public international.

La matérialité de l'une de ces hypothèses suffira à justifier une décision d'annulation de la sentence arbitrale déferée à la censure du juge communautaire.

En cas d'annulation de la sentence arbitrale, le juge communautaire évoque et statue au fond si les parties en font la demande. Il s'agit d'une spécificité procédurale, laquelle conduit les parties à sortir de la procédure arbitrale pour s'engager dans la voie judiciaire.

Le dossier est instruit par la CCJA conformément à son règlement de procédure et un arrêt est rendu. Cette décision est insusceptible de recours.

Si les parties n'ont pas sollicité l'évocation, la procédure est reprise à la requête de la partie la plus diligente à partir, le cas échéant, du dernier acte de l'instance arbitrale reconnu valable par la Cour, conformément aux dispositions de l'article 29 alinéa 5 du règlement d'arbitrage de la CCJA (voir dans ce sens l'Arrêt CCJA n°028/2007 du 19 juillet 2007, Affaire Nestlé Sahel C/ Société Commerciale d'Importation Azar et Salame dite SCIMA).

### Le recours en révision

Le recours en révision contre les sentences arbitrales rendues selon la procédure d'arbitrage CCJA, est fixé par les dispositions de l'article 32 du Règlement d'Arbitrage de l'institution communautaire. Il est ouvert dans les cas et sous les conditions prévues par l'article 49 du règlement de procédure de la CCJA.

La révision de la sentence arbitrale ne peut être demandée au juge communautaire qu'en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de la sentence, était inconnu de la Cour ou du Tribunal arbitral et de la partie qui demande la révision.

La procédure de révision s'ouvre par un arrêt de la Cour constatant expressément l'existence d'un fait nouveau, lui reconnaissant les caractères qui donnent ouverture à la révision et déclarant de ce chef la demande recevable.

La Cour peut subordonner l'ouverture de la procédure en révision à l'exécution préalable de la sentence arbitrale. La demande en révision doit être formée dans un délai de trois mois à compter du jour où le demandeur a eu connaissance du fait sur lequel la demande en révision est basée.

Toutefois, aucune demande en révision ne pourra être formée après l'expiration d'un délai de dix ans à compter de la sentence arbitrale.

Contrairement au recours en contestation de validité, les parties à la convention d'arbitrage n'ont pas la faculté de renoncer au recours en révision.

À l'inverse du droit commun de l'arbitrage, le recours en révision n'est pas porté devant le tribunal arbitral qui a statué, mais devant la CCJA<sup>4</sup>, Cour de justice. Celle-ci statue par arrêt sur le fond du litige.

### La tierce opposition

Elle est ouverte à toute personne se sentant lésée par une sentence arbitrale rendue contre ses intérêts sans qu'elle ait été appelée à l'instance arbitrale.

Conformément aux dispositions de l'article

33 du règlement d'arbitrage de la CCJA : « la tierce opposition contre les sentences arbitrales et contre les arrêts de la Cour, lorsque celle-ci a statué au fond conformément à l'article 29.5 1<sup>er</sup> alinéa ci-dessus, est ouverte, dans les cas et sous les conditions prévues par l'article 47 du règlement de procédure ». Le recours est porté devant la CCJA, Cour de justice.

Les dispositions des articles 23 et 27 du règlement de procédure de l'institution communautaire sont applicables à la demande en tierce opposition. Celle-ci doit en outre :

- spécifier la sentence arbitrale attaquée;
- indiquer en quoi la sentence arbitrale attaquée préjudicie aux droits du tiers opposant;
- indiquer les raisons pour lesquelles le tiers opposant n'a pu participer à l'instance arbitrale.

La demande est formée contre toutes les parties à l'instance arbitrale.

L'exercice du recours en tierce opposition n'est enfermé dans aucun délai. La CCJA rend un arrêt au terme d'une procédure contradictoire.

## 2.2. L'exequatur de la sentence arbitrale

Le principe en matière d'arbitrage demeure l'engagement des parties à exécuter spontanément et de bonne foi les sentences prononcées conformément à leur convention d'arbitrage.

En cas de difficultés d'exécution, l'arbitre étant dépourvu de l'impérium, les sentences arbitrales CCJA bien qu'étant revêtues de l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque État partie au Traité OHADA, ne pourront donner lieu à exécution forcée qu'après le prononcé par l'autorité compétente d'une décision d'exequatur, dont l'étendue du champ d'application constitue un réel avantage.

### L'autorité compétente pour accorder l'exequatur et les voies de recours contre sa décision

**A ■** L'autorité compétente pour accorder l'exequatur

L'article 25 du Traité OHADA dispose en ses alinéas 2 et 3 que : « les sentences arbitrales

rendues conformément (sous l'égide de la CCJA) aux stipulations du présent titre ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque État partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'État. Elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur.

La Cour commune de justice et d'arbitrage a seule compétence pour rendre une telle décision ». À notre sens, cette compétence exclusive en matière d'exequatur, à l'instar des recours contre les sentences arbitrales, recèle tout l'enjeu du système d'arbitrage CCJA pour la mise en œuvre des normes OHADA.

En effet, aussi bien en matière d'exequatur qu'en matière de recours, la CCJA, Cour de justice, a l'opportunité d'assurer le contrôle juridictionnel de l'application uniforme du droit OHADA. Cette prérogative procède de l'article 14 du Traité et permet à la CCJA d'établir une jurisprudence uniformisée en matière d'arbitrage CCJA.

Cette jurisprudence uniformisée, sauf dans les hypothèses où les parties à la convention d'arbitrage ont préféré au droit OHADA l'application d'un droit matériel étranger au fond de leur litige, participe assurément de la promotion et de l'efficacité du droit OHADA.

Toutefois, il convient de préciser que l'exequatur des sentences arbitrales CCJA n'est pas automatique. En effet, l'exequatur peut être refusé par le Président de la CCJA dans les hypothèses suivantes :

- Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;
- Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
- Lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté ;
- Si la sentence est contraire à l'ordre public international.

Par ailleurs, l'exequatur n'est pas accordé et le Président de la CCJA ne se prononce pas sur la requête aux fins d'exequatur, si la Cour se trouve déjà saisie, pour la même sentence, d'une requête en contestation de validité. Les deux requêtes seront jointes, dans la mesure où les points de contrôle sont identiques.

Le fait que la CCJA ait été désignée comme organe chargé de l'exequatur des sentences arbitrales rendues sous son égide constitue une innovation majeure qui distingue l'arbitrage CCJA des procédures arbitrales conduites sous

l'égide d'autres centres d'arbitrage où dans le principe, l'exequatur demeure une prérogative des juridictions étatiques.

**B ■** Les voies de recours contre la décision de l'autorité compétente

En cas de refus d'exequatur, le requérant peut saisir la Cour de sa demande dans la quinzaine du rejet de sa requête, il notifie sa demande à la partie adverse. La procédure devant la Cour est contradictoire et celle-ci rend un arrêt.

Une action en opposition à exequatur peut également être formée dans les quinze jours de la notification, par la partie adverse, de l'ordonnance du Président de la Cour ayant accordé l'exequatur. L'action en opposition à exequatur est ouverte dans les mêmes hypothèses que celles du refus de l'exequatur ou de l'action en contestation de validité. Elle est jugée contradictoirement à l'une des audiences juridictionnelles de la Cour, conformément à son règlement de procédure.

### **Le champ d'application de la décision d'exequatur**

La décision d'exequatur a pour effet de conférer à la sentence arbitrale un caractère exécutoire sur l'ensemble de l'espace OHADA. Certains auteurs en ont déduit qu'il s'agit d'un « exequatur communautaire »<sup>1</sup>.

Le caractère communautaire de cet exequatur constitue un réel avantage, dans la mesure où point n'est besoin de recourir chaque fois au juge compétent de l'État partie où l'on entend procéder à l'exécution de la sentence arbitrale, pour en obtenir préalablement l'exequatur.

Toutefois, même si l'exequatur est communautaire, il est important d'indiquer que l'apposition des formules exécutoires reste nationale, conformément aux dispositions de l'article 31.2 du règlement d'arbitrage de la CCJA aux termes desquelles : « au vu de la copie conforme de la sentence revêtue de l'attestation du Secrétaire Général de la Cour, l'autorité nationale désignée par l'État pour lequel l'exequatur a été demandé, appose la formule exécutoire telle qu'elle est en vigueur dans ledit État ».

Il reste à espérer que cette démarche auprès des autorités nationales compétentes

ne constitue pas un frein à l'atteinte des objectifs de célérité et de confidentialité de la procédure recherchés au travers du recours à l'arbitrage CCJA, pour la mise en œuvre juridictionnelle des normes OHADA.

## **Conclusion**

Il convient de relever que l'arbitrage CCJA offre des avantages indéniables en termes d'encadrement de la procédure et d'homogénéisation de la conduite du contentieux devant le Tribunal arbitral par l'intervention, en amont, du Centre d'Arbitrage de la CCJA comme administration d'accompagnement et, en aval, la CCJA interviendra comme juridiction d'appui, de sauvegarde et de protection de l'orthodoxie du droit communautaire OHADA.

La Cour, garante de la mise en œuvre des normes OHADA dès l'avènement de l'instance arbitrale, que ce soit au plan administratif ou au plan juridictionnel, exerce un contrôle qualité de la mise en œuvre de la procédure jusqu'au dessaisissement du Tribunal arbitral, par la sentence rendue.

Joachim BILE-AKA  
Ancien Bâtonnier du Barreau de Côte d'Ivoire  
Membre de la commission arbitrage  
internationale de l'UIA  
Bile-Aka, Brizoua-Bi & Associés  
Abidjan, Côte d'Ivoire  
joachim.bileaka@bilebrizoua.ci

<sup>1</sup> Relativement au Règlement d'arbitrage de la CCJA, le Professeur Pierre Meyer relève que : « le règlement d'arbitrage de la CCJA diffère profondément de nombre de règlement d'arbitrage qui ont une nature privée. Ainsi en est-il du règlement d'arbitrage de la CCI. La source du règlement d'arbitrage de la CCJA est donc publique. Cela implique qu'il tire sa force obligatoire de la volonté des États ». Pierre Meyer, *Le Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2002, page 65 et suivants.

<sup>2</sup> René Bourdin, *le règlement d'arbitrage de la CCJA*, in rev. Camerounaise arb. 1999 n°5.

<sup>3</sup> Il s'agit là d'une différence notable avec les juridictions étatiques qui en principe n'appliquent que les textes de lois de leurs États sauf en matière de droit international privé où des dérogations peuvent exister.

<sup>4</sup> Cette solution est totalement différente de celle qui a été retenue dans l'arbitrage de droit commun organisé par l'Acte Uniforme du 11 mars 1999. L'article 25 dudit Acte Uniforme dispose en effet que : «...la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours en révision devant le Tribunal arbitral ».

<sup>5</sup> Paul Gérard Pougoue, *Le système d'arbitrage de la CCJA*, in l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Travaux du Centre René Jean Dupuy, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 144 et suivants.



# Investissements étrangers et modes alternatifs de règlement des différends

■ Franck ZEITOUN & Beyouon Mangloire KPANGNANE SOMDA



Faced with the limitations of international arbitration as a method of settling disputes related to foreign investments, alternative methods (mediation, reconciliation, etc.) have proved highly successful. Whether a third party is involved or whether it is limited to the parties concerned, despite some disadvantages, such methods offer several advantages: cost, flexibility and the active participation of the parties. Some States even go as far as establishing upstream mechanisms through a preventive system, such as Peru, Colombia or the Republic of South Korea.

Les investissements à l'étranger suscitent toujours l'intérêt, que ce soit pour des raisons positives ou négatives. Cette dualité est à l'origine du développement de l'arbitrage international. Ses pionniers sont assurément les États anglo-saxons (US Federal Arbitration Act, 1925; Loi sur l'arbitrage en Angleterre, 1950), nonobstant certaines règles du code de procédure civile français de 1806, abrogées par décret du 14 mai 1980.

Savamment vanté à ses origines comme un progrès sur le plan du droit, l'arbitrage international rencontra rapidement un grand succès de sorte que, ad hoc ou institutionnel, l'arbitrage s'imposa comme mode principal de règlement des différends. (de la fin des années 1960 au début des années 1990), d'où le nombre important de conventions internationales et règlements de procédures<sup>1</sup>.

Si, en termes de bilan, il serait injuste de critiquer l'enthousiasme qu'il a suscité, il faut cependant admettre que ses vertus et mérites n'ont pas résisté à l'épreuve du temps. À son coût très important notamment, sont venues s'ajouter des critiques relatives au risque

d'inexécution des sentences, l'État étant enclin à s'abriter derrière certaines immunités<sup>2</sup>. Cette difficulté est mise en exergue par les praticiens comme ce fut le cas en mars 2014 à Saly, lors du séminaire organisé par l'Union Internationale des Avocats avec le soutien de l'Ordre des Avocats du Sénégal : L'arbitrage au Sénégal : perspectives africaines et internationales.

Alors, vers qui et vers quoi se tourner ?

Vers les modes alternatifs, ici entendus comme tout mode extra-juridictionnel de règlement des différends (RED). L'observation de certaines données et pratiques permet en effet de miser sur eux. Ils n'ont pas seulement un potentiel certain (B), ils sont aussi divers (A).

## ■ De la diversité des modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux investissements étrangers

Ils sont essentiellement curatifs, leur mise en œuvre présupposant l'existence d'un différend. Mais il est aussi pertinent d'évoquer des mécanismes de dimension beaucoup plus préventive.

### I. Les modes alternatifs de règlement des différends de nature curative

Ils sont multiformes. Mais, soit ils n'impliquent que les parties, soit ils nécessitent l'intervention d'un tiers, singulier ou collectif. Les modes n'impliquant que les parties vont du simple échange d'informations, de la consultation, de la concertation, à la négociation directe. Ils ont en commun d'être généralement très volontaires, informels, privés, confidentiels et presque secrets. Ces modes, en ce que les parties ne sont pas assistées, sont fortement tributaires de la bonne foi, et présupposent que soient réunies les conditions d'une confiance

mutuelle suffisante. Mais c'est peut-être en raison de telles exigences qu'ils manquent parfois de dynamisme et sont susceptibles de se gripper facilement.

Aussi les modes faisant intervenir un tiers sont privilégiés. Ce sont des négociations assistées. Egalement multiples, ces modes peuvent constituer deux ensembles. Les premiers vont de l'évaluation rapide et objective au mécanisme du Comité de résolution des litiges. Aussi, sauf exception à l'initiative des parties, le tiers n'a qu'un pouvoir consultatif, voire confidentiel.

Les seconds modes alternatifs, médiation et conciliation internationales, sont beaucoup plus ambitieux.

Assez informelle, la médiation en matière d'investissements étrangers suppose, à la demande des parties, l'intervention d'un tiers facilitateur. Son assistance consiste essentiellement à instaurer entre elles un climat de confiance à même de favoriser un dialogue constructif indispensable à l'élaboration d'une solution viable, matérialisée le plus souvent par un accord. Le degré de participation du médiateur, tributaire de la volonté des parties, peut se limiter à l'encouragement au dialogue, tout comme résulter dans la proposition d'une solution au différend ainsi que l'indication des moyens de mise en œuvre.

La conciliation vise également une communication entre les parties, afin d'obtenir un règlement amiable du différend et le conciliateur ne peut non plus les lier par un éventuel accord obtenu ou une recommandation formulée. De telles mesures restent en effet non contraignantes pour elles. Toutefois, la conciliation se distingue de la médiation car elle est beaucoup plus formelle et structurée. Ainsi le tiers, conciliateur ou groupe de conciliateurs, obéit à des règles de procédure formelle (par exemple, procédure et règlement de conciliation CIRDI, 1967 ; CNUDCI, etc.) de sorte qu'en pratique, il

débouche habituellement, en guise de solution aux différends, sur un accord écrit, ou une recommandation à l'attention des parties.

Convaincus du potentiel de ces modes alternatifs curatifs qui permettent un meilleur dialogue entre les parties, certains États ont envisagé, beaucoup plus en amont, des mécanismes préventifs des différends relatifs aux investissements étrangers. L'étude précitée de la CNUCED les désigne sous le vocable de Politiques de Prévention des Différends (PPD).

## 2. Les Politiques de Prévention des Différends

L'étude de la CNUCED de 2010 les définit de façon générale comme tout dispositif ou toute pratique, de préférence dans l'appareil étatique – ce qui n'empêche pas la participation des investisseurs – visant à éviter que des différends relatifs aux investissements notamment étrangers se produisent, ou surtout dégèrent en différends caractérisés. Ils peuvent consister en la mise en place de dispositifs d'alerte ou institutionnels, encourageant surtout le partage d'informations entre entités publiques. Toutefois, une prévention peut être curative, en ce sens qu'elle s'analyse ou consiste en un remède pris par anticipation. En matière d'investissements étrangers, les politiques de prévention ont, à tout le moins, un caractère hybride, à cheval entre prévention et règlement des différends. Nous citerons trois exemples :

Premièrement, le succès du système d'alerte péruvien (loi péruvienne n°28933 portant création du système de coordination et de réponse de l'État face aux différends internationaux en matière d'investissements, promulguée en décembre 2006) en fait un modèle. Il organise en effet la prévention à travers trois axes : l'information, par l'État, des autorités municipales et provinciales ainsi que des organismes publics des engagements internationaux du Pérou ; en retour, information, avec sollicitation d'intervention de l'État central, par les entités publiques, des difficultés rencontrées avec les investisseurs étrangers ; enfin, possibilité pour les investisseurs étrangers de prendre contact avec les autorités étatiques, en particulier, la commission interministérielle chargée de la réponse de l'État. La pratique rend compte d'un fonctionnement satisfaisant du

mécanisme, puisque les plaintes adressées par les investisseurs reçoivent un écho favorable qui limite dans le même temps l'apparition d'autres réclamations.

Deuxièmement, le mécanisme colombien de prévention (un parallèle intéressant mais limité peut être fait avec l'agence nationale sénégalaise chargée de la Promotion de l'Investissement et des Grands Travaux, APIX), attire l'attention non seulement parce que, à l'instar du système d'alerte péruvien, il connaît aussi un grand succès, mais précisément parce qu'il en diffère. Il s'agit en effet d'un dispositif institutionnel centré sur une institution chef de file qui fait le lien entre l'investisseur et l'autorité étatique compétente. L'institution chef de file joue trois rôles principaux qui correspondent autant aux objectifs du mécanisme : veiller au respect par l'État, de ses engagements en matière de règlement des différends relatifs aux investissements ; assister activement les parties en assurant les notifications, consultations et toutes concertations utiles dès l'éclatement du différend ; enfin, servir aussi d'instance arbitrale lorsque le différend devient caractérisé. La transparence et la bonne gouvernance que ce système instaure font son succès.

Troisièmement, le bureau du médiateur pour l'investissement étranger de la République de Corée du Sud clôt la liste d'exemples de mécanismes préventifs de grand intérêt. Créé depuis 1999, il opère un renouveau du rôle du médiateur qui, habituellement, dans les Républiques, n'intervient que sur un différend. Or, précisément, le mécanisme coréen en fait plutôt un interlocuteur institutionnel préventif. Il agit ainsi, soit de sa propre initiative, soit à la demande de l'investisseur, et alors de manière précoce pour prévenir les différends. En cela, il réunit des traits des mécanismes préventifs péruvien et colombien.

## I De l'efficacité des modes alternatifs de règlement des différends

L'efficacité des modes alternatifs peut être affirmée<sup>(1)</sup>. Ils ont en effet un potentiel certain, même si quelques faiblesses peuvent leur être reprochées<sup>(2)</sup>.

## I. Le potentiel certain des modes alternatifs de règlement des différends

Sans remettre en cause l'efficacité indiscutable de l'arbitrage qui a fait ses preuves, les RED présentent des avantages que l'arbitrage n'a pas : souplesse, coût, et par-dessus tout, capacité à améliorer la bonne gouvernance, gage de relations fructueuses entre État et investisseurs. S'agissant d'abord de la souplesse, et à l'inverse de l'arbitrage qui est un mode de règlement juridictionnel, les modes alternatifs n'obéissent pas à une procédure stricte prédéfinie et immuable. Au contraire, orientés vers l'amiable, ils sont, par nature et par vocation, flexibles. C'est pourquoi ils privilégient l'informel, le dialogue et tous contacts presque instantanés. Ce souci de laisser l'initiative et l'essentiel des pouvoirs aux parties explique d'ailleurs que le médiateur ou le conciliateur ne puissent rien imposer. En pariant sur les vertus du dialogue, les modes alternatifs assurent davantage la poursuite des relations d'affaires entre les parties, à la différence de la logique juridictionnelle de l'arbitrage soucieux de réparer un préjudice généralement financier, alors même qu'en principe, les investissements s'inscrivent dans la durée. En tout état de cause, la souplesse des modes alternatifs s'observe encore dans la possibilité qu'ils réservent aux parties de recourir, le cas échéant, aux autres modes, notamment juridictionnels, de règlement de leurs différends. À cet égard, on peut signaler le règlement de Med-Arb simultanés proposé par le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) en vertu duquel les parties demandent au CMAP une solution, à leur litige par la mise en place simultanée d'une médiation, et d'un arbitrage, dans un délai convenu et pour un coût fixé par avance.

L'allègement du coût est une autre force des modes alternatifs, étant entendu que le coût, surtout en affaires, n'est pas que financier ; c'est aussi du temps, c'est des délais. Il ne peut d'ailleurs en être autrement puisque, par principe, les parties agissent de bonne foi, garantissant ainsi l'exécution de l'accord, à l'inverse de l'arbitrage si l'État se réfugie derrière des immunités (voir les Études de la CNUCED précitées, p. 20).

Quant à l'avantage financier, il suffit de

citer quelques exemples de frais d'arbitrage pour s'en convaincre. Dans les affaires *Plama Consortium c. Bulgarie* ; *Pey Casado c. Chili* ; *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited c. République de Hongrie* ou *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. République arabe d'Égypte*<sup>3</sup> par exemple, les frais d'arbitrage se sont élevés à au moins une ou deux dizaines de millions de dollars à la charge de l'investisseur et/ou de l'État. De tels montants ne sont pas exigés pour les modes alternatifs qui peuvent même ne rien coûter s'ils n'impliquent que les parties, ou ne coûter, le cas échéant, que les honoraires de l'expert, du médiateur ou du conciliateur.

Enfin, l'avantage essentiel des modes alternatifs est la confidentialité qui permet de maintenir de bonnes relations d'affaires entre l'État et l'investisseur. Tout différend se résolvant presque exclusivement par le dialogue fructueux, la confiance se développe, la gouvernance et les pratiques tant de l'État que de l'investisseur s'améliorent, les compromis de leurs négociations gagnent sans cesse en légitimité, et les investissements produisent les résultats escomptés : 70 à 80 % des médiations aboutissent à des accords gagnant-gagnant, lesquels, à l'inverse de l'arbitrage international, sont exécutés spontanément parce qu'acceptés. C'est une des raisons qui ont motivé la création du Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME). Mais les avantages des modes alternatifs n'absolvent pas les faiblesses dont ils sont susceptibles en tant qu'instruments.

## 2. Les faiblesses des modes alternatifs et les solutions

Tout d'abord, la souplesse qui est l'un de leurs grands atouts, emporte potentiellement aussi un défaut de prévisibilité et de sécurité juridique, dû non seulement à la possibilité de négociations interminables, mais aussi au caractère non contraignant des éventuels compromis ou de tous autres résultats de négociations. Dans le premier cas, il y a négation de l'avantage du délai que revendique également l'arbitrage ; dans le second, il y a discrédit et atteinte à la légitimité même des modes alternatifs dans leur ensemble. Car, la bonne foi en étant le moteur, il n'est pas prévisible d'en garantir d'office le bon fonctionnement. L'abus, par l'une des parties, de la confiance de l'autre, n'est donc pas exclu.

Aussi, le plus regrettable n'est pas que de longues négociations se révèlent finalement infructueuses, mais qu'elles soient en réalité autant d'occasions savamment feintes par une partie pour gagner du temps, et tenter d'obtenir une prescription de l'action devant une instance juridictionnelle, puisqu'en matière commerciale, il existe de nombreux délais de prescription abrégés.

On ne peut donc que recommander aux États qui ne l'ont pas déjà fait, de prévoir dans leur législation interne que le recours à la médiation et à la conciliation suspende les délais de prescription, ce que la Directive du 21 mai 2008 (2008-52 CE) prévoit en son article 8 alinéa 1<sup>er</sup>. Sur ce point, le droit français avait devancé le droit européen car la plupart des procédures extra-judiciaires de règlement amiable ont pour conséquence de suspendre le cours de la prescription, voir notamment article 2238 alinéa 1<sup>er</sup> du Code Civil dans sa rédaction issue de la loi du 18 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

Plus grave encore, ces modes ne conviennent pas à tous types de différends. Il en est ainsi lorsque, du fait des lois et règlements de l'État d'accueil, les différends en cause ne peuvent être réglés en dehors de tout processus juridictionnel comme l'envisagent les parties, ou alors que l'organe étatique, interlocuteur de l'investisseur, n'a pas compétence pour utilement apprécier toutes les questions que les négociations soulèvent.

Enfin, sans qu'il soit nécessaire de détailler, la difficulté de trouver, le cas échéant, un tiers (médiateur ou conciliateur) véritablement neutre, peut constituer un frein ; ce même problème ayant aussi fait débat dans l'arbitrage.

## Conclusion

S'il n'y a pas lieu d'évoquer le déclin de l'arbitrage international comme mode classique de règlement des différends relatifs aux investissements, il faut souligner que les modes alternatifs, en affirmation croissante, en comblent les lacunes. Des associations de promotion et de protection des investissements à l'étranger ([www.investisseurs-sansfrontiere.com](http://www.investisseurs-sansfrontiere.com)) en ont mesuré le potentiel, soutenant aussi le développement de centres de médiation où les parties peuvent régler leurs différends sous l'égide d'un médiateur ou d'un conciliateur conventionnel privé.

Cette vision a été confortée, en 2010, par l'étude de la CNUCED qui, au sein du système des Nations unies, opère notamment à travers sa division de l'investissement, de la technologie et du développement des entreprises (DITE). L'on signalera également l'existence des programmes d'appui pour la gouvernance économique dans plusieurs pays qui ont pour objet notamment, avec l'aide de la Banque mondiale, de régler les conflits par la médiation. Mais ce sont les États qui sont davantage interpellés, pour que ces modes déploient davantage ce potentiel inconnu de l'arbitrage qui, par sa relative rigidité opérationnelle, acte, le plus souvent, par la solution qu'il impose, la séparation douloureuse de l'État et de l'investisseur. À défaut, le rôle, a minima, de l'État uniquement capteur d'investissements en amont, sans autres égards en aval, n'est pas un gage de leur pérennité ni d'une garantie pour les investisseurs. Et en pareilles circonstances, il n'est pas possible de dire qui de l'État ou de l'investisseur en supportera les dépens...

Franck ZEITOUN

Avocat à la Cour

Président de l'Association pour la

Promotion et la Protection des Investissements à

l'Étranger (APPIE) SELARL

Cabinet Franck Zeitoun, Chevreuse, France

[cabinet.zeitoun@gmail.com](mailto:cabinet.zeitoun@gmail.com)

Beyouon Mangloire KPANGNANE SOMDA

Doctorant en droit international européen

et relations internationales

Université Panthéon-Assas, Paris II, Paris, France

[smangloire@yahoo.fr](mailto:smangloire@yahoo.fr)

<sup>1</sup> Outre les multiples traités bilatéraux d'investissements (pas moins de 3200 aujourd'hui, selon les chiffres de la CNUCED) et certains accords régionaux (en Afrique en particulier, l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage du 11 mars 1999 de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, OHADA), il faut mentionner la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du 18 mars 1965 (entrée en vigueur le 14 octobre 1966 ; Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage, 1967) ; la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958.

<sup>2</sup> Même si la jurisprudence, française par exemple, tente parfois de les éroder (pour les immunités de juridiction et d'exécution : Cass., 19 février 1929, URSS c. Association France Export ; Cass. Civ. 1<sup>ere</sup>, 25 février 1969, Société Levant Express Transport c. Chemin de fer du Gouvernement iranien ; CE, Assemblée, 15 octobre 1993, Royaume-Uni c. Ministre des Affaires étrangères, n° 142578 ; Cass., Civ. 1<sup>ere</sup>, 14 mars 1984, Société Eurodif c. République islamique d'Iran, n° 82-12462 ; Cass. Civ. 1<sup>ere</sup>, 25 janvier 2005, République démocratique du Congo, n° 03-18176 ; etc.), les États n'y renoncent pas facilement, au nom de la coutume ou des conventions internationales.

<sup>3</sup> CIRDI, les affaires respectivement n° ARB/03/24 ; n° ARB/98/2 ; n° ARB/03/16 et n° ARB/05/15.



# Happy implementation! Or how the UK got it wrong...

Stephen SIDKIN

## A 20<sup>th</sup> anniversary

January 1, 2014 saw the 20<sup>th</sup> anniversary of the coming into force in the UK of the law implementing the European Agents Directive (86/653/EC). However, despite a variety of decisions in the English and Scots courts and the CJEU, significant issues under both UK law and the Directive remain in doubt.

The Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993 (as amended) implemented into the laws of England, Wales, and Scotland the Directive. But the implementation was an unhappy one as the UK Government at the time disliked the Directive and what it stood for. As a result:

## Various calculations

As will have been anticipated, the Regulations allow principals and agents to elect as to whether an indemnity will be payable on termination. But if there is no election, then compensation is payable by default.

Unfortunately for many principals and agents who argued long and hard over how compensation was to be calculated, it was not until 2007 that the then House of Lords in its judgment in *Lonsdale* [2007] UKHL 32 explained that compensation needs to reflect the value of the agency in terms of the agent's expectation that performance of the agency agreement will provide him with a future income stream.

principal. This was on the basis that the hypothetical purchaser would pay a reduced amount for an agency business where the terminated agent could compete for his former customers.

Whilst this consideration was not a core part of the House of Lords' judgment, it is likely that the existence or otherwise of non-compete restrictions in an agency agreement will play a part in the amount of compensation payable by the principal to the terminated agent. Where there are such restrictions, the amount of compensation is very likely to increase. Conversely principals whose agency agreements do not contain post-termination restrictions may find themselves with small compensation amounts to pay but facing competition from terminated agents!

As a result of *Lonsdale* the amount of compensation is determined in part by reference to expert evidence put forward by each of the agent and the principal. But even then issues can arise, as was shown in a recent case which came before the courts.

In *Invicta UK v International Brands* [2013] EWHC 156 the experts could not agree the indirect costs that should be deducted from the profits of the agency in order to ascertain the annual net income stream.

Although the agent held a portfolio of agencies that was grossing approximately GBP 1M a year, the terminated agency had generated only GBP 60,000 annual commission and, as such, amounted to only a small proportion of the agent's total annual commissions. This led the agent's expert to argue that the majority of the agent's overheads were to be regarded as fixed costs – they would continue to be incurred to support the other agencies held by the agent. In contrast, the expert appointed by the principal suggested a method of "absorption costing" by which all overheads (including fixed costs) were to be apportioned to costs centres/income streams using pre-determined rates.

Put simply, the Court said that the drafters of the Directive had not intended to allow an approach whereby the agent had the worst of all worlds.

➤ the Directive was implemented by using the copy out technique of draftsmanship. What might have made perfect sense to a civil law lawyer in the original French or German of the Directive, made much less sense to common law lawyers when reading what had been largely the European Council's English;

➤ Article 17<sup>(1)</sup> of the Directive required Member States to choose between the payment of an indemnity (article 17(2)) or compensation (Article 17(3)) to a terminated agent. The UK chose both and ensured that the Regulations provided no understanding as to how either is to be calculated;

➤ Article 2<sup>(2)</sup> of the Directive gave Member States the right to provide in their national legislation that the Directive would not apply to those persons whose activities as commercial agents are considered secondary by their national law. The UK is the only Member State to exercise this right.

Small wonder that there have and continue to be difficulties in the interpretation of the Regulations.

For this purpose, the House of Lords envisaged that there would be a notional purchaser who would take over and perform the agency agreement. As such this purchaser would be deemed to stand in the shoes of the terminated agent for the purpose of valuing the future income stream.

Although a signal judgment, unfortunately the House of Lords provided no definitive formula or other basis as to how the annual income stream was to be calculated or the multiplier to be applied to the stream. As a result, uncertainty continues to exist.

In particular this is shown where there are post-termination non-compete restrictions in the agency agreement of the terminated agent. This is despite the fact that in *Lonsdale*, the House of Lords briefly considered the possibility that the absence of non-compete restrictions would impact adversely on the amount of compensation payable by the

The agent's expert was preferred by the court. However, a small deduction of GBP 500 on account of fixed costs was still made by the judge. In turn, this represented a victory for the agent as the principal's expert had proposed a deduction of GBP 8,658.

But having sorted out the apportionment of the agent's overheads, what was the multiplier to be applied to the annual net income stream? The principal argued that a multiplier of 2 times should be applied. In contrast the agent claimed that a multiplier of 7 times was the correct multiplier to apply.

Was it, therefore, by chance that the judge applied a multiplier of 4.5 times!?

The assessments of the entitlements of indemnity and compensation under the Regulations have many similarities although there are important differences. However, for a principal the key advantage of an indemnity is that the amount payable to an agent has an easily calculated top limit. In contrast, compensation has no maximum.

But how about if on termination compensation is lower? In this situation has the principal missed a trick – does the principal have to opt for certainty which might turn out not to be to the principal's advantage or is there a third way?

The Court considered this in the very recent case of *Charles Shearman v. Hunter Boot Limited* [2014] EWHC 47 where Fox Williams LLP acted for Charles Shearman.

The principal, Hunter, had included in its agency agreement clauses which stated that:

- the agent would be entitled to an indemnity provided that the amount payable for compensation was not lower.
- If compensation was lower, then that's what the agent would be entitled to.
- Perfect outcome for a principal? Facing a claim for compensation from Mr Shearman, Hunter applied for a declaration from the court that its provisions were enforceable.

However, the Court backed the agent.

What was the problem? Put simply, the Court said that the drafters of the Directive had not intended to allow an approach whereby the agent had the worst of all worlds. The Court

considered the purpose of the Directive was to protect the agent and that to allow a system where all that would be known at the outset of the contract was that the principal would pay the cheapest price did not give effect to this.

Arguably, by trying to play the Regulations, Hunter actually hampered its own position in relation to quantum (liability, whether Hunter was justified in terminating Mr Shearman, remained in issue between the parties). By including a provision that sought to put it in the best position in all eventualities, in the Court's judgment it lost the protection of the election for an indemnity.

Unsurprisingly, lawyers acting for principals have sought to question this judgment notwithstanding the decision of the CJEU in *Honyvem v De Zotti Case C-465/04*.

## ■ The enigma of sub-agents

According to the old adage, two's company, three's a crowd. The trouble is that whilst that might be correct in respect of certain personal relationships, in business it is often the case that an agent will engage a sub-agent.

Whether or not a relationship of principal, agent and sub-agent turns out to be crowded, the legal position of the sub-agent needs to be determined. This is particularly so given the fact that the Regulations contemplate only two persons, namely, the commercial agent and the principal. Indeed the definition of a commercial agent is that of a self-employed intermediary having continuing authority to negotiate the sale of purchase of goods on behalf of the principal or to negotiate and conclude such sales or purchases.

On this basis it would appear that a sub-agent cannot be covered by the Regulations - the sub-agent has a contractual relationship only with the agent, but the agent is not the owner of the goods for which the sub-agent is to obtain orders. As a result the sub-agent does not come within the strict definition of a commercial agent and the Regulations do not apply.

Whether this is in fact the correct legal analysis is another point. In the case of *Light v- TY Europe* [2003] EWCA Civ 1238 the claimants entered into selling rights agreements with a third party which sold the defendant's products on commission. The agreements required the third party to

promote and sell the products and the terms and conditions for a price established by the defendant. The defendant had an absolute right to decline or cancel orders.

From June 1997, the claimants entered into sales agency agreements with the third party which provided that they were to remain in effect until the third party ceased to be the sole agent of the defendant. The agreements recited that the third party was the sole authorised agent of the defendant for the sale of its products. The agent was to make every reasonable effort to promote and sell the products in his territory on terms and conditions and a price established by the third party and be paid commission. When the agreements were not renewed, the claimants brought an action against the defendant claiming compensation under Regulation 17.

At first instance, the claimants were successful. The defendant appealed.

The Court of Appeal held that the claimants were self-employed intermediaries coming within the definition of a commercial agent within Regulation 2(1). However, it held that there had to be a contract between the claimants qua commercial agents and the defendants qua principal before the Regulations applied. The substantial rights and obligations laid down in the Regulations were only intended for those in a contractual relationship.

The Court of Appeal held further that it was clear from the Regulations that the agent must have been entitled to remuneration for his services from the principal. As such there must have been a direct legal, contractual or quasi contractual relationship between the principal and the agent. A sub-agent who did not have a direct contractual relationship with the principal could not qualify for compensation under the Regulations merely because he was self-employed and had authority delegated to him by the principal's agent. As no such legal relationship existed between the claimant and the defendant, the claimant was not entitled to compensation under the Regulations.

However, it was suggested in *Light* that the sub-agent might have a 'stake' in the compensation or indemnity claim of the agent against the principal. This is distinguishable from the argument that the benefit of such a claim should be the subject of a constructive trust of which the sub-agent is a beneficiary.

Before the decision in *Light* was given, in *Pace Airline Services* → *Aerotrans* (unreported) consideration was given to a claim by a sub-agent against its agent. The English general cargo agent of Ukraine International Airlines had an agreement with a German company by which it was to act as the sub-agent of the German company in the marketing of cargo space on UIA flights. When the parties fell out, Pace sought to recover monies due to it under unpaid invoices. In its defence, Aerotrans claimed that it was an agent under the Regulations. It claimed compensation in excess of £50,000. The court was uncertain as to whether or not the Regulations applied. It stated that guidance was needed as to whether the Directive was intended to cover sub-agency and a question was referred to the CJEU. However, the case did not proceed.

## Other issues

How to calculate compensation, the interchange of compensation and indemnity, and the legal position of sub-agents are just some of the unanswered questions which concern the Regulations.

Others include the ability of the principal to exclude the entitlement of the agent to commission under Article 8(a) of the Directive. There is also the question of whether a contractual limit on the principal's obligations to fulfil contracts with third parties (and, therefore, pay commission) represents a derogation from Article 11 of the Directive.

Some may well have celebrated the 20<sup>th</sup> anniversary of the Regulations. But for many, the imponderables seem to continue to stretch to the horizon.

Stephen SIDKIN  
UIA Co-Director of Communication  
Fox Williams LLP  
London, United Kingdom  
slsidkin@foxwilliams.com

# A dedicated website for Florence 2014!

## Scientific Programme

List of Participants

Details of Speakers

## Reports



## Venue Plans

Links to Social Media Networks

## Places

Social Activities



## Times

*All you need to know about the Florence congress is just a few clicks away.*  
**[www.uiaflorence2014.com](http://www.uiaflorence2014.com)**



# Commentary on the Bill of Stolen Assets Recovery in Yemen

I Khaled Ebrahim AL WAZIR

Yemen is one of the countries that have a real wealth of conventional and modern laws, but the problem we, law practitioners, face is the lack of commitment to the actual implementation of laws. The state frailty experienced by Yemen in the transitional period has had its negative impact on the implementation of laws and enforcement of judicial rulings much more than in the past despite the political tendency to address this situation, particularly as the Yemenis, working within the framework of the political settlement, have successfully concluded a comprehensive National Dialogue Conference which resulted in new frameworks for the future status of the country, especially with regard to the constitutional and legal aspects. The National Dialogue Conference adopted the recovery of stolen (public) assets and committed the state to make the appropriate legal arrangements and mechanisms to achieve that. We do not know, however, why the government intends now to introduce a bill

## I. General Observations on the Bill

The enforcement authority of the law (bill) has been referred to as the committee and its article (4) stipulates that an independent and impartial committee enjoying a legal personality and independent financial assets shall be constituted. While this is something required and inevitable, it violates what is stipulated in article (8) of the bill which requires the committee to be formed from persons who are designated as ministers, deputy ministers and representatives of government and security authorities, in addition to the prosecutor general of the Public Assets Attorney Office and a representative of the Supreme National Authority for Combating Corruption. How is it possible for the committee to be impartial and independent when 80% of its members are government officers who do their principal jobs in addition to their work in the committee?! It is absolutely

is granted to the committee but the head of the committee and his deputy represent the committee before others and they cannot have two capacities, a government member (minister) and a committee member whose job is to implement this law (bill) in work tasks that are supposed to be executed by fully and permanently independent persons. Moreover, the Yemeni law does not allow a public official to do the public job in two institutions as it deems it to be having two jobs which violates the law. We should also note that the money can illegally procured through bribery and commissions, etc. is not addressed in this bill. The way “stolen assets” are defined is confined to the government’s assets and resources; this means that any amount of money illegally received from others is lawful according to this bill or, to be more accurate, ignored by this law (bill). We also find that posts starting from deputy minister up to president are not included under this law (bill) though such posts should have been given priority among the posts covered by the law. It is noticed that the power to freeze assets is granted to a non-existent entity called “competent authority” and vested with judicial authority although it is better if such things remain within the judiciary. The authority to seize assets is equally granted to the committee and the Attorney-General’s Office and the court when it is not wise to create confusion between the judicial authorities (represented by the Attorney-General’s Office and courts) and the committee. Therefore, the committee’s role should have been confined to referring the case to judicial authorities. Furthermore, the bill has not identified even one clear method to recover stolen assets and it is not possible to leave everything to be presented in the Executive Bylaws of the law; the law itself has to clearly set the required principles. If the law is vague on this, its contents become meaningless. As for allocating a special budget for the committee, the bill does not specify where and how such budget can be ensured and in the light of the financial deficit suffered by Yemen and its declining economy, the budget issue

The state frailty experienced by Yemen in the transitional period has had its negative impact on the implementation of laws and enforcement of judicial rulings much more than in the past despite the political tendency to address this situation [...]

for the recovery of stolen assets when there is a modern law in force at present having the same purposes. So my commentary and discussion in this article will be on the new bill, the law presently in force and the enforcement authority concerned. We expect that one of the outcomes of this article is the reconsideration of the unlawful steps taken in this direction and detrimental to the process of assets recovery itself.

The article is divided into three parts. The first part presents general observations on the articles of the new bill. The second part presents basic observations on the bill in comparison with the law currently in force. The third part presents the findings of the discussion and its results.

impossible for the committee members to be impartial and independent and this violates the fundamental principle guiding the preparation of this law and the achievement of its purposes. In fact, it is going to be counterproductive as independence means being not affiliated with any party or entity or carrying out directives from outside the committee. Impartiality means showing no inclination towards any person or any entity that is likely to be targeted by the law.

Furthermore, to whom is the status of legal personality is granted when the committee has no independent head or members on a full time basis? The head of the committee and his deputy basically represent a legal personality; in particular, they represent the government. It is known that the legal personality status

needs to be studied again. The bill also grants the committee broad authorities before the judiciary; article (15) states that the committee is entitled to examine the files and papers kept with judicial bodies and other bodies even without their permission. Article (17.b) states that a person working for the committee is penalized by an imprisonment term of no less than four years if he/she discloses any piece of the committee's data and information. The text of the article implies that the article applies to the committee's employees but not to the committee's members.

It is important to focus on what article (18) states: the committee is entitled to negotiate with those persons targeted by the measures of recovering stolen assets in return for alleviation of or exemption from penalty. This course of action, though followed in some countries, is so vaguely mentioned in this article that it is likely to open new doors for corruption.

Article (19) prevents the government from taking cognizance of the law's bill of Executive Bylaws and gives the committee itself the right to directly refer the bill of Executive Bylaws to the president of the Republic to issue it?

## II. Basic Observations on the Bill

Though it is certain that the new bill aims to achieve high ends and meet a popular demand to preserve the Yemeni people's assets, I find that the formation of this committee will be practically futile; rather, it will lead to a confusion of the authorities, especially when the authorities and competences of the Supreme National Authority for Combating Corruption are very clear. Most of the functions included in the bill of the Assets Recovery law are already part of the Law No. (39) for the year 2006 relating to fighting corruption and in its Executive Bylaws No. (19) for the year 2010 and the Law No. (30) for the year 2006 on the disclosure of financial assets. This will be further clarified in the following:

**A.** Law No. (30) for the year 2006 on the disclosure of financial assets defines public assets and public official. It also clearly states that the Supreme National Authority for Combating Corruption is responsible for the implementation of this law. Article (3) states the objectives of this law which include

protecting public assets and fighting graft; this law applies to everyone starting from the president down to the smallest public official (the concept of public official has a broader definition in the law). Article (5) specifies the different ways of procuring illegal assets. Article (6) indicates how a case of illegally procured wealth may take place. Article (8) determines the illegal gains, personal and in kind.

**B.** Law No. (39) for the year 2006 on fighting corruption has provided in its article (2) a description of the public official as it is in the bill of Stolen Assets Recovery Law. Article (2) determines that the Supreme National Authority for Combating Corruption established in accordance with this law is responsible for the implementation of the law. The same article also indicates the responsibilities of the Supreme National Authority for Combating Corruption relating to the implementation of the United Nations Conventions against Corruption which is referred to in the bill being discussed here. The bill entrusts the implementation of the United Nations Conventions against Corruption to the committee instead of the Supreme National Authority for Combating Corruption. This convention provides broad authorities and extensive competences in asset recovery, especially in articles (31, 46, 54, 55, and 57). Article (3) indicates the scope of the law which includes combating corruption, preventing it, pursuing offenders, freezing, seizure, confiscation and return of the proceeds of offences established in accordance with applicable laws. The law also ensures the proper management of public assets, resources and property. It also provides for cooperation with civil society institutions and organizations. All such things are also mentioned in the bill of stolen assets recovery. In addition, the law for fighting corruption as stated in its article (4) applies to all corruption crimes whether committed in Yemen or abroad.

It is noteworthy that the Supreme National Authority for Combating Corruption was established in accordance with this law. Articles (5-8) state that the Supreme National Authority for Combating Corruption enjoys a legal personality and financial and administrative independence. It also enjoys impartiality and independence as its members are appointed by the parliament and they are fully devoted to this job; further, the law requires them to resign from their posts before running

for membership of the Supreme National Authority for Combating Corruption to ensure their impartiality and independence.

Their functions are specified as follows:

- Preparing and executing general policies aiming at combating corruption.
- Setting a comprehensive national strategy for combating corruption and preparing and carrying out measures, plans and programs that translate it into practice.
- Studying and assessing legislations related to corruption combating and suggesting amendments.
- Receiving reports and complaints relating to corruption crimes, studying and investigating them and taking action.
- Interrogating offenders and referring them to the judiciary.
- Collecting information related to all forms and types of corruption and working to establish database with the bodies and organizations concerned with fighting corruption.

There is no doubt that the responsibilities indicated above and some of the articles in the Executive Bylaws of the Anti-corruption Law such as article (149) and the articles following it in Chapter (7) specify the competences of the Supreme National Authority for Combating Corruption in stolen assets recovery; such competences in their entirety are more and broader than the competences specified in the bill of Stolen Assets Recovery Law. So why should a committee be formed and a law is specially tailored for it when there is a law already in force and implemented by an impartial and independent body!

We must also point out that the Anti-corruption Law in its Chapter (3) delineates the procedures for combating corruption and grants extensive and broad competences even in drafting and amending laws and presenting them directly to the parliament. Bribery crimes are also included under Chapter (4) entitled "Corruption Crimes and Penalties"; such crimes are ignored in the bill of Stolen Assets Recovery Law.

The Anti-corruption Law delineates the measures and controls of investigation and prosecution while the bill of the Stolen Assets Law does not accurately specify them.

The Anti-corruption Law provides for the possibility of alleviating the penalty of any contributor to any corruption crime in the manner that may help uncover the crime and recover illicit proceeds, but the Anti-corruption Law does not go to the extent of exempting the offender from crime entirely as provided in the bill of the Stolen Assets law.

C. The Executive Bylaws No. (19) for the year 2010 of the Anti-corruption Law

On the basis of the Executive Bylaws No. (19) for the year 2010, an executive body was established in order to shoulder the administrative, technical and financial responsibilities of the Supreme National Authority for Combating Corruption; the SNACC can also use the service of prosecutors from the Public Prosecution Office on a secondment basis. The Executive Bylaws of the Anti-corruption Law devotes one chapter (Chapter (7)) to prosecution, recovery of asset and illicit proceeds. For instance, article (149) of the Anti-corruption Law stipulates that the SNACC, in order to recover the illicit proceeds of corruption crimes, shall identify and trace such proceeds wherever they are. The articles (151-154) specify the measures to seize stolen asset. Article (107) states that the SNACC shall decide to follow the measures for repatriation of assets of illicit origin and their proceeds before the competent judicial authorities and law enforcement authorities abroad. Articles (162-169) require the state bodies, Parliament, Central Accountability Authority, Anti Money laundering Committee, Interior Ministry bodies, National Security Authority and Political Security Authority to assist the SNACC and to coordinate efforts with it for the purpose of executing its tasks which include recovering stolen assets.

### III. Conclusion

As I already indicated, from a professional and scientific point of view, preparing the Stolen Assets Recovery Law is an important and popular idea and a legal necessity, especially when Yemen is preparing itself to be a country of order and law in the wake of the National Dialogue Conference which stressed the independence of authorities like the SNACC. Some of the authorities and laws that Yemen already has are basically concerned with fighting corruption which was

an international demand before 2005; some of the steps taken in this connection are the issuance of the Anti-corruption Law and its Executive Bylaws and the Financial Disclosure Law and the establishment of the SNACC as an independent and impartial body chosen by the representatives of the people in the parliament on the basis of a proposal made by the Shura Council for the purpose of combating corruption, preserving public assets and most importantly recovering stolen assets in a clear professional and legal manner, though the law requires some amendments.

Thus, I tend to believe that if there were anything faulty with the performance of the SNACC or the Anti-corruption Law and its Executive Bylaws, it would be advisable to modify and amend and improve the law in order to ensure better performance; it is not wise to create new entities that will present new burdens to the government and the people.

I make it clear that the bill of Stolen Assets Recovery with its current articles and drafting published by the Ministry of Legal Affairs in Yemen is unacceptable and does not serve its intended purpose. The same observation would remain valid if the SNACC were not there and did not have two clear laws meant to translate into reality the purpose of the new bill discussed here, in addition to its extensive competences provided in the United Nations Convention against Corruption. I believe in the importance of amending the Anti-corruption Law in order to avoid faults that may have appeared during its implementation. I also strongly believe that the idea of discussing and passing such a bill should be given up because the Anti-corruption Law is available and already in force in the Republic of Yemen and addresses the same competences and functions provided in the Stolen Assets Recovery Law; this may prevent the execution of some functions and competences already entrusted to the SNACC though I must stress once more the importance of amending and improving the terms of Anti-corruption Law and the Financial Disclosure Law referred to here.

Khaled Ebrahim AL WAZIR  
Advocate & Legal Consultant  
Chairman, Khaled Alwazir Law Firm  
Sana'a, Yemen  
chairman@khaledalwazirlaw.com

Placez  
votre pub ici

En communiquant  
dans le  
**juriste**

vous adressez  
votre message  
aux professionnels  
du droit  
du monde entier

Contact

Régis LAURENT  
Régie publicitaire  
SEEP S.A.S.

7, rue du Général Clergerie  
75116 Paris

Tél. : +33 1 47 27 50 05

Fax : +33 1 47 27 53 06

E-mail : seepp@wanadoo.fr



**UIA**  
www.uianet.org



# Central-Eastern Europe: Litigation Costs and Their Recovery

**I Theis KLAUBERG & Tuomas KOSKINEN**



This article is based on a survey conducted by bnt attorneys-at-law in 11 Central-Eastern European countries on litigation costs and their recovery.<sup>1</sup> The survey was conducted by questionnaires filled by lawyers in each respective country. The information presented is correct to the best of our knowledge, but parties to a legal action should always consult local advisors before any decisions.

## I Costs of litigation

The surveyed countries can be divided roughly in two groups: those that have a fixed-fee system in place and those where legal work is only billed by the hour. Countries that have a fixed-fee system include Bulgaria, Czech Republic, Germany, Hungary, Poland and Slovakia. It should be noted that in many of these countries work is also billed by the hour. For example, in Hungary, hourly billing is prevalent.

Costs include attorneys' fees and court fees, plus all necessary witness' fees. In this article, we focus on attorneys' fees. Costs of bringing a legal action depend greatly in the complexity of the case and the amount of work involved. Some guidelines for costs of bringing a legal action can be estimated in jurisdictions with a fixed fee system in place. These are presented under the section 'Recovery of Costs'.

## I Recovery of Attorneys' fees

In all of the surveyed jurisdictions, parties to a legal action are entitled to recover attorneys' fees. Court fees are generally recoverable in full if a case is won. However, in some of the countries, there are limitations to the recoverable sums for attorneys' fees. The limitations can be divided into three groups as follows:

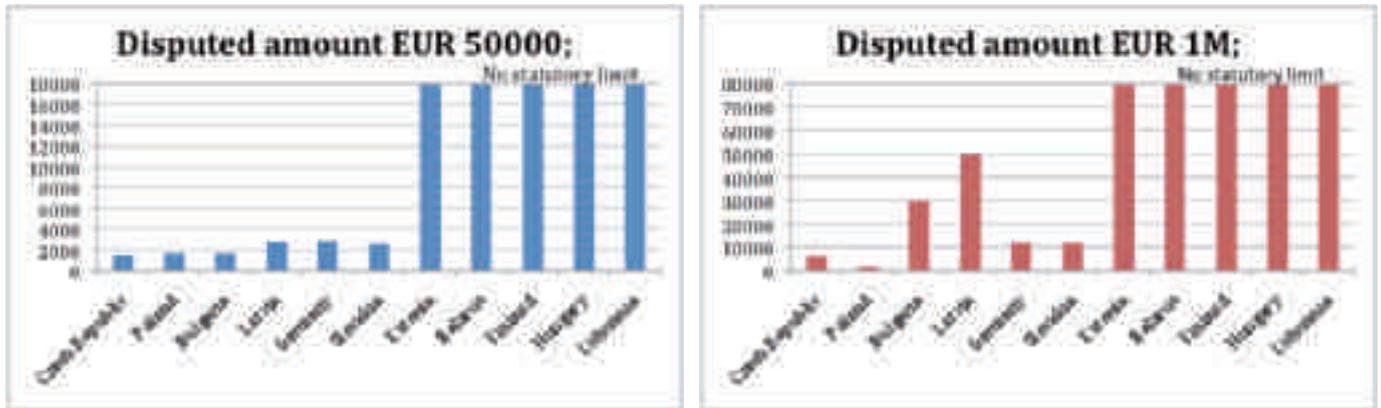
No statutory limitation to recoverable attorneys' fees (usually subject to judicial review of their amount)	Recoverable costs limited to applicable fixed attorneys' fee	Recoverable attorneys' fees limited to a specified lump sum (usually proportional to dispute value)
<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Belarus</li> <li>➤ Estonia</li> <li>➤ Finland</li> <li>➤ Hungary</li> <li>➤ Lithuania<sup>2</sup></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Bulgaria</li> <li>➤ Czech Republic</li> <li>➤ Germany</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Latvia</li> <li>➤ Poland</li> <li>➤ Slovakia</li> </ul>

What is interesting to note is that the limitations to the recovery of costs do not strictly correlate with applicable fixed fees.

As an example, below is a comparison of maximum recoverable fees in two example disputes with disputed values of 50.000 and 1 million euro.

Jurisdiction	Recoverable fee in a dispute with disputed value of EUR 50.000.	Recoverable fee in a dispute with disputed value of EUR 1 million.
➤ Belarus	No statutory limit.	No statutory limit.
➤ Bulgaria	EUR 1 800.	EUR 30 250.
➤ Czech Republic	Approx. EUR 1 509 for three legal actions taken; can be higher <sup>3</sup> .	Approx. EUR 6 033 for three legal actions taken; can be higher.
➤ Estonia	No statutory limit.	No statutory limit.
➤ Finland	No statutory limit.	No statutory limit.
➤ Germany	EUR 2 927.50 + taxes.	EUR 11 802.50 + taxes.
➤ Hungary	No statutory limit.	No statutory limit.
➤ Latvia	EUR 2 850.	EUR 50 000.
➤ Lithuania	No statutory limit.	No statutory limit.
➤ Poland	Approx. EUR 1 750 <sup>4</sup> .	Approx. EUR 1 750.
➤ Slovakia	EUR 2 600.	EUR 12 125.

The same data in a chart:



## Conclusions

Generally, in all of the surveyed jurisdictions, a party can agree with their legal counsel to a higher fee than the maximum recoverable. The excess fees are then not recoverable. For example, in Germany, it is common practice to agree to higher fees, especially in complex cases.

As can be seen from the two example cases provided, even if a jurisdiction has a limitation to recoverable legal costs, the strictness of the statute limitations differ greatly. Additionally, in jurisdictions where no statute limitations exist, fees

are generally subject to judicial review in which their appropriateness is reviewed.

Theis KLAUBERG  
*bnt attorneys-at-law*  
 Riga, Latvia  
[theis.klauberg@bnt.eu](mailto:theis.klauberg@bnt.eu)

Tuomas KOSKINEN  
*bnt attorneys-at-law*  
 Riga, Latvia  
[tuomas.koskinen@bnt.eu](mailto:tuomas.koskinen@bnt.eu)

<sup>1</sup> The survey covered the following countries: Belarus, Bulgaria, Czech Republic, Estonia, Finland, Germany, Hungary, Latvia, Lithuania, Poland and Slovakia. The full survey will be published at a later time on the website [www.bnt.eu](http://www.bnt.eu).

<sup>2</sup> For Lithuania, although there are no statutory limitations on attorney fees, there is a recommendation for attorney fees given by the Ministry of Justice, which is followed in practice. The limits set therein can be exceeded with good reasoning.

<sup>3</sup> For Czech Republic, the attorney fixed fees are based on a set Advocate's Tariff. The tariffs are set based on the number of legal actions. One legal action based on the Tariff is approx. EUR 503 for a disputed amount of EUR 50 000 and approx. EUR 2 011 for a disputed amount of EUR 1 million, exact amounts in euro depending on exchange rates. For the purposes of this article, it is assumed that at least three legal actions must be taken for one instance. The actual fees and thus fees recoverable will depend on how many actions are required, and can be higher in practice.

<sup>4</sup> For Poland, it should be noted that the maximum amount of recoverable fees could be increased up to six times based on the details and complexity of the case.

Donnez-nous votre email !

Gardez le contact avec l'UIA

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

Envoyez votre adresse email à [uiacentre@uianet.org](mailto:uiacentre@uianet.org)  
 ou complétez votre profil dans votre espace personnel sur [www.uianet.org](http://www.uianet.org)





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



## UIA 10<sup>th</sup> Winter Seminar

# CROSS BORDER BUSINESS PARTNERING 2015: CORPORATE, BUSINESS, REGULATORY AND LITIGATION ASPECTS

February 22 – 28, 2015



# BRECKENRIDGE, COLORADO USA



Seminar organised by the UIA  
with the support of the ABA – Section of Litigation

Information and online registration at [www.uianet.org](http://www.uianet.org)

### **Juriste International : politique éditoriale**

*L'objectif du Juriste International est d'offrir un forum de débats et d'informations sur des sujets qui intéressent les juristes en exercice dans le monde entier.*

*Le Juriste International n'esquivera pas les questions délicates ou controversées. Une publication qui ne viserait que des sujets faciles et sans risques ou qui ne publierait que des articles exprimant des opinions unanimes ou majoritaires ne vaudrait pas la peine d'être lue.*

*Les opinions exprimées dans le Juriste International ne reflètent que celles de leurs auteurs. La publication dans le Juriste International n'implique ni que l'UIA ni que le Juriste International partagent ou soutiennent ces opinions.*

*La publication ou la dissémination de matériel publicitaire ou promotionnel par le Juriste International n'indique en aucun cas l'approbation des produits, services, personnes ou organisations par l'UIA ou par le Juriste International.*

### **Juriste International : editorial policy**

*The aim of Juriste International is to offer a forum for discussion and information on issues of interest to practising lawyers throughout the world.*

*Juriste International will not avoid difficult or controversial issues. A journal which covered only the safe or easy issues, or which only published articles expressing the consensus view or the opinions of the majority, would not be worth reading.*

*The views expressed in articles in Juriste International are the views of the authors. Publication in Juriste International does not imply that either the UIA or Juriste International shares or supports those views. Publication or dissemination of advertising or promotional material does not indicate endorsement or support of any product, service, person or organisation by the UIA or Juriste International.*

### **Juriste International : política editorial**

*El objetivo de Juriste International es el de ofrecer un fórum de debate e información sobre temas que interesan a los juristas en ejercicio en el mundo entero.*

*Juriste International no eludirá las cuestiones delicadas o controvertidas. No valdría la pena leer una publicación que trate únicamente sobre temas fáciles y sin riesgo, o que publique tan 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**

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

25, rue du Jour  
75001 PARIS (France)  
Tel. +33 1 44 88 55 66  
Fax. + 33 1 44 88 55 77  
E-mail : [uiacentre@uianet.org](mailto:uiacentre@uianet.org)  
Site Web : [www.uianet.org](http://www.uianet.org)

EQUIPE DE REDACTION / EDITORIAL TEAM / EQUIPO DE REDACCIÓN

Bénédicte QUERENET-HAHN,  
Rédacteur en Chef / Chief Editor / Redactor Jefe

Jerome ROTH,  
Rédacteur en Chef Adjoint / Deputy Chief Editor / Redactor Jefe Adjunto

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

Directeurs de rubriques / Section Directors / Directores de sección

Actualités de l'UIA / UIA News / Novedades de la UIA  
Simona MATTA

Droits de l'Homme et de la Défense / Human Rights and Defence of the Defence /  
Derechos Humanos y de la Defensa  
Carlos FATÁS MOSQUERA ▶ Martin PRADEL

La Profession d'Avocat / The Legal Profession / La Abogacía  
Franco VILLA ▶ Francis GERVAIS

Pratique du Droit / Legal Practice / Ejercicio de la Abogacía  
Nicole VAN CROMBRUGGHE ▶ Gavin LLEWELLYN

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

RÉGIE PUBLICITAIRE / ADVERTISING SALES AGENCY / AGENCIA DE MEDIOS

SEEPP - Régis LAURENT  
7, rue du Général Clergerie - 75116 Paris - France - Tél. : +33 1 47 27 50 05  
[seepp@wanadoo.fr](mailto:seepp@wanadoo.fr)

MAQUETTE ET EDITION / DESIGN AND EDITIONS / MAQUETA Y EDICION

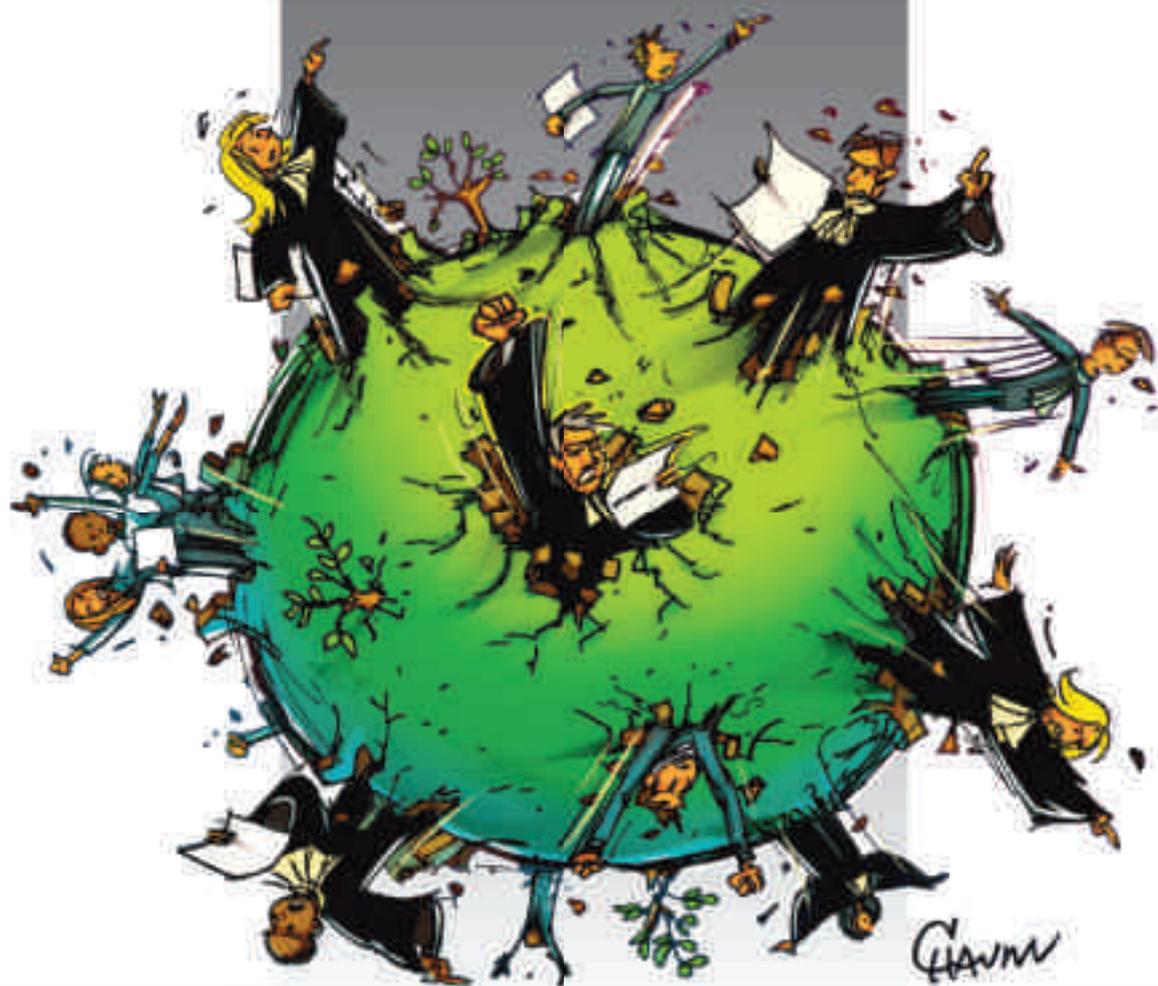
ATELIER KAVATON - [yann.populaire@orange.fr](mailto:yann.populaire@orange.fr)

Tirage - Distribution / Circulation - Distribution / Tirada - Distribución  
3800 exemplaires / copies / ejemplares

Crédit photos / Photos credit / Crédito fotos  
©Marie DOCHER : couverture ▶ ©Marie DOCHER : 1, 2, 12, 22, 36, 44

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

# LE CONCOURS INTERNATIONAL DE PLAIDOIRIES POUR LES DROITS DE L'HOMME



**AVOCATS VENEZ DÉFENDRE LES DROITS DE L'HOMME**

**INSCRIPTION AVANT LE 11 NOVEMBRE 2014**  
**FINALE DIMANCHE 1<sup>er</sup> FÉVRIER 2015**

[avocats@memorial-plaidoiries.fr](mailto:avocats@memorial-plaidoiries.fr)



**CAEN**  
Normandie

avocats  
à la cour d'appel

[www.memorial-plaidoiries.fr](http://www.memorial-plaidoiries.fr)

# SOFTWARE FOR LEGAL DEPARTMENTS

