

2014.4

# juriste

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

Union Internationale des Avocats

Rassemblez 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



# SOFTWARE FOR LEGAL DEPARTMENTS





# Sommaire Table of contents Indice

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

## Editorial ■ 2

---

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

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

---

FLORENCE 2014 : Greetings from Florence 11 Toma de posesión de Miguel Loinaz 15 Women's Network Forum Update 16 2nd Edition of the UIA Speed Dating for Law Firms 17 The UIA in Panama City 20 The UIA in London 21 L'UIA à Cabo Verde 22 La UIA en Madrid 23 L'UIA à Dakar 23 The UIA in Ankara 25 The UIA in Rome 26 The UIA in Minneapolis 27

## Droits de l'Homme et de la Défense ■ Human Rights and Protection of Lawyers ■ Derechos Humanos y de la Defensa ■ 28

---

Business and Human Rights 29 2014 Leroy Prize: Human Rights Violations by Multinationals 31 Premio Leroy 2014: Violaciones de derechos humanos y multinacionales 34 Prix Ludovic-Trarieux 2014 : L'honneur, l'utile et le bien 38 2014 Ludovic-Trarieux Prize: Speech by Mahienour El-Massry 42 Rule of Law and Access to Justice 44

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

---

The Disciplinary Systems of the Regulated Legal Profession in Australia 47 Le système disciplinaire made in Québec 49 Activities of the UIA Independence of the Profession Department 52 La profession d'avocat est-elle en droit de prétendre à un monopole de la prestation juridique ? 54 Lawyer's Confidentiality vs. Eavesdropping 58

## Pratique du Droit ■ Legal Practice ■ Ejercicio de la Abogacía ■ 62

---

L'accès au droit en Chine : de grandes réformes à petits pas 63 Prix Raynaud-Contamine 2014 : Application territoriale de la législation européenne en matière de protection des données : vaincre la peur de l'autre 66 Is My Country Attractive for Foreign Investment? 75 Protecting Creativity: The Law of Art, Fashion and Design 78 US Copyright Law for the 21<sup>st</sup> Century 80 European Union Design System and Its Reform 82



# Editorial





## Editorial du Président

I Miguel LOINAZ

Nul ne peut nier que l'évolution de l'environnement mondial influence déjà le travail des avocats. La législation et les changements récents dans les systèmes juridiques, ajoutés à l'utilisation des nouvelles technologies, constituent une part importante de l'enjeu envers ceux pour qui nous exerçons la profession d'avocat. Or, dans ce cadre toujours en mutation où les normes et les valeurs fondamentales de la profession ne connaissent pas de frontières, les disparités des systèmes juridiques ne sont pas un obstacle à l'universalité de la fonction d'avocat. Certes, les scénarios, les tribunaux et les hommes peuvent évoluer. Mais depuis la République d'Athènes, la passion qui nous anime demeure inchangée, et c'est cette passion qui nous rallie au sein de l'Union Internationale des Avocats (UIA), cette quête du juste point d'équilibre de la balance qui vise à garantir la justice.

Alors que le monde traverse l'une des pires crises de son histoire, il s'avère incontournable qu'en tant qu'avocats, nous avons la responsabilité d'apporter notre pierre à l'édifice du système juridique international dans le but d'instaurer un mode de vie commun plus juste, avec des contributions concrètes que nous devons réaliser en prenant à bras le corps la réalité économique, l'évolution inégale des États et les changements constants des réglementations et des systèmes, et ce afin d'éviter une dérive vers l'autoritarisme.

À un moment où de nombreux pays réforment leurs structures nationales et leurs systèmes judiciaires respectifs, l'UIA doit, plus que jamais, être une référence éthique et forte, et dont le pouvoir de consultation est incontournable.

N'oublions jamais que nous, avocats, occupons une place irremplaçable en termes d'accès à la justice. Cependant, nous savons aussi que cette profession ne peut se concevoir sans s'inclure dans un cadre de principes clairs d'un point de vue éthique. Pour cette raison, l'existence et le développement de l'UIA revêtent une

importance toute particulière. Comment nous, avocats du monde, allons-nous intégrer cette dimension éthique à notre profession et en assurer un suivi à minima ?

Les associations comme l'UIA sont la meilleure réponse que nous pouvons donner pour régler du mieux possible l'exercice de notre profession, et ce au-delà des différences pouvant exister entre pays.

L'intégration des avocats à l'UIA ne résout bien évidemment pas tous les problèmes inhérents à l'exercice de la profession mais – sans aucun doute – constitue un aspect majeur de la véritable professionnalisation juridique.

Et dès lors que l'on parle de professionnalisation, émerge aussitôt le sujet de la formation continue, une préoccupation des présidences antérieures qui sera aussi la nôtre. Développer les connaissances juridiques fait partie de notre feuille de route et, pour cette raison, notre congrès 2015 à Valence fera la part belle à ces deux axes thématiques que sont « Les marques dans le sport : affaires et droit » et « L'impact de la mondialisation et de la mobilité sur le droit de l'immigration ». En ce qui concerne le premier sujet, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) se déclare elle-même « puissance » intégrante du secteur des activités sportives. Compte tenu de l'influence grandissante du secteur sportif dans l'économie mondiale, nous avons décidé d'intégrer ce sujet à l'agenda de notre réunion. Et plus d'un sera surpris d'apprendre combien de droits de propriété protègent une chaussure de sport (depuis la patente et la conception jusqu'à la marque et aux droits d'auteur).

L'autre axe thématique de 2015 entend être « L'impact de la mondialisation et de la mobilité sur le droit d'immigration ». En tant qu'avocats, nous savons que les droits de l'homme et les jugements intégrant toutes ses garanties sont inhérents à tout débat sur l'immigration. Nous savons par ailleurs que la question migratoire englobe

différentes perspectives rendant difficile sa compréhension et son analyse. La situation est si complexe que les migrants eux-mêmes en arrivent à croire qu'ils n'ont aucun droit. Là est la conséquence des persécutions dont les migrants peuvent être l'objet, sans parler des opportunités commerciales qu'ils représentent pour les grandes structures organisées spécialisées dans le trafic de personnes.

Nous faisons face à une réalité émanant de théâtres de violence ou de persécutions politiques qui constituent une alternative migratoire et provoquent le déplacement de grands contingents d'individus par-delà les frontières. Une situation telle que les familles ne passent plus les frontières pour assurer leur avenir économique, mais bel et bien pour rester en vie.

Nous devons nous appuyer sur l'UIA pour accompagner sans tarder les initiatives des différents organismes soutenant la mise en place d'une gouvernance de la migration, particulièrement pour tout ce qui a trait à la protection des droits de tous les migrants.

Intégrer le sujet à notre agenda 2015 signifie contribuer à changer la perception ordinaire portée sur les migrants et faire de la migration au sens large un élément-clé à intégrer dans les agendas nationaux.

La communauté internationale, mes chers amis, doit prendre en compte la contribution des migrants et la migration dans le développement durable des nations, et tous les avocats du monde sont, par conséquent, impliqués dans cette tâche.

Considérant qu'actuellement une personne sur 33 dans le monde est un migrant, nous concluons en constatant que cette note éditoriale est en ce moment même lue par au moins un migrant, en plus de son auteur.

Amicalement,

Dr Miguel Ángel LOINAZ RAMOS  
Président de l'UIA

# President's Editorial

## I Miguel LOINAZ

No one can deny that changes in the world environment are already impacting the work lawyers do. Recent legislation and changes in legal systems, along with the use of new technologies, constitute a significant share of the challenge vis-à-vis those for whom we practice law. And yet, within this ever-changing framework wherein the legal profession's norms and fundamental values know no boundaries, disparities between legal systems are not a hindrance to the universality of the function of law. Admittedly, scenarios, courts and men may change. But ever since the Republic of Athens, the passion that drives us remains unchanged and it is this passion that brings us together within the Union Internationale des Avocats (UIA - International Association of Lawyers)), to pursue the quest for the right balance in the scales that seek to guarantee justice.

While the world is undergoing one of the worst crises of its history, what has proved to be inescapable is that as lawyers, we have the responsibility to do our bit towards building an international legal system with the aim of together establishing a more just way of life, by making concrete contributions to it while tackling economic realities, the unequal development of countries and constant changes in regulations and systems head-on, thereby preventing a drift towards authoritarianism.

At a time when several countries are reforming their national structures and their respective legal systems, more than ever before, the UIA must stand as a strong, ethical reference point, whose consultation powers are unavoidable.

Let us never forget that as lawyers, we enjoy an irreplaceable position in terms of access to justice. However, we also know that this profession cannot be conceived of without incorporating it within a framework of clear principles from an ethical perspective. It is for this reason that the existence and development of the UIA assumes particular importance. How are we, lawyers of this world, going to integrate

this ethical dimension in our profession and ensure compliance with it, at the minimum?

Associations such as the UIA are the best response that lawyers can give to regulate the practice of our profession as best as possible over and above any possible differences between countries on the issues of academic training and the awarding of certificates and degrees that make it possible to practice law.

The integration of lawyers in the UIA obviously does not resolve all the problems inherent in the practice of law, but it is undoubtedly a major aspect of the true professionalization of the practice of law.

And when we speak of professionalization, the issue of continuous training also emerges – a concern of our past Presidents and one that will also remain mine. Developing legal knowledge is part of our roadmap, which is why our 2015 Congress in Valencia places great emphasis on the following two thematic areas: “Trade Marks in Sports: From Business to Law” and the “The Impact of Globalization and Mobility on Immigration Law”. As regards the first subject, the World Intellectual Property Organization (WIPO) has declared that it is an integral “power” or authority in the sector of sports activities. Given the increasing influence of the sports sector in the global economy, we decided to include this subject in our meeting's agenda. And there will be many who will be surprised to learn how many property rights protect a pair of sports shoes (from the trading licence and design to the brand and copyrights).

The other theme for 2015 is likely to be “The Impact of Globalization and Mobility on Immigration Law”. As lawyers, we know that human rights and judgments that integrate all the guarantees of human rights are inherent to any discussion on immigration. We are also well aware that the migration issue encompasses different perspectives making its understanding and analysis difficult. The situation is so complex that migrants themselves come

to believe that they have no rights. That is the consequence of the persecution to which they fall victim, not to speak of the commercial opportunities they represent for major organised bodies specialising in human trafficking.

We are facing the reality of a migratory alternative stemming from theatres of violence or political persecution, which leads to the displacement of large contingents of individuals beyond borders. It is a situation in which families no longer cross borders to ensure their economic future, but to be able to stay alive.

We must make full use of the UIA to uphold without delay the initiatives undertaken by different organisations to establish a regulatory framework – governance – for migration, particularly for all that has to do with the protection of the rights of all migrants.

Including this subject in our 2015 agenda means helping change everyday perceptions with regard to migrants and turn migration into a key element in national agendas, in its broadest sense.

The international community, my dear friends, must take into account the contributions of migrants and migration in the sustainable development of nations. Consequently, all the world's lawyers have a role to play in this task.

Given that today one out of 33 people in the world is a migrant, we will conclude by noting that this editorial is even now being read by at least one migrant, in addition to its author.

Best regards

Dr. Miguel Ángel LOINAZ RAMOS  
*UIA President*

# Editorial del Presidente

## I Miguel LOINAZ

Nadie puede negar que los cambiantes entornos mundiales han incidido también en el trabajo de los abogados. Nuevas legislaciones y cambios en los ordenamientos jurídicos sumados a la utilización de las nuevas tecnologías son parte importante del reto para quienes ejercemos la abogacía. Pero aún en este marco cambiante, las normas y los valores fundamentales de la profesión no conocen fronteras ya que las diferencias en los sistemas jurídicos no constituyen un obstáculo para la universalidad de la función del abogado. Pueden cambiar los escenarios, los tribunales y los hombres. Pero la pasión, para nosotros, es la misma hoy que en los tiempos de Atenas. Es esa pasión que nos convoca en la Unión Internacional de Abogados, en la búsqueda del equilibrio del fiel de la balanza para no defraudar a la Justicia.

Es un hecho incontestable que mientras el mundo atraviesa por una de las peores crisis de su historia, los abogados tenemos la responsabilidad de realizar nuestros aportes al sistema jurídico internacional para garantizar una convivencia más justa. Aportes que debemos realizar con los pies en la tierra; teniendo en cuenta la economía real, la evolución asimétrica de los Estados, y los constantes cambios en las regulaciones y sistemas para evitar que éstos deriven en episodios de autoritarismo.

En tiempos en que muchos países introducen reformas a sus Estados y a sus respectivos sistemas de Justicia, más que nunca la UIA debe ser una referencia ética, sólida y de ineludible consulta.

Nunca olvidemos que los abogados ocupamos un lugar insustituible en el tema del acceso a la justicia. Pero también sabemos que no podría entenderse esta profesión sin considerarla en el marco de principios claros desde el punto de vista de la ética. Por esta razón la existencia y el crecimiento de la UIA son de particular importancia. ¿Cómo haríamos los abogados del mundo para incorporar esta dimensión ética en la profesión y ejercer de alguna manera un monitoreo?

Asociaciones como la UIA son la mejor respuesta que podemos dar para regular –de la mejor manera – el ejercicio profesional. Y esto es así a pesar de las diferencias que existen entre los países respecto a los temas de formación académica y el otorgamiento de títulos y licencias para el ejercicio de la profesión.

La incorporación de los abogados a la UIA, seguramente no resuelva todos los problemas que enfrenta el ejercicio de la abogacía pero – no tengan dudas – que sería un aspecto importante para una verdadera profesionalización jurídica.

Al hablar de profesionalización, inmediatamente aparece el tema de la formación continua que ha sido preocupación de presidencias anteriores y que también lo será de la nuestra. Generar conocimiento jurídico es parte de nuestro camino y por esta razón para nuestro Congreso del 2015 en Valencia habremos de trabajar sobre dos ejes temáticos que son: “Las marcas en el deporte: negocios y derecho”; y “El impacto de la globalización y la movilidad en el derecho de la inmigración”. En cuanto al primer tema la propia Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), ha señalado que ésta “potencia” al negocio del deporte. Teniendo en cuenta que la industria del deporte tiene una incidencia cada vez mayor en la economía mundial hemos decidido incorporar el tema a la agenda de nuestro encuentro. Seguramente nos sorprenda saber por cuantos derechos de propiedad intelectual está protegida una zapatilla deportiva. (Desde la patente y el diseño hasta la marca y los derechos de autor).

El otro eje temático del 2015, pretendemos que sea “El impacto de la globalización y la movilidad en el derecho de la inmigración”. Como abogados, sabemos que los derechos humanos y los juicios con todas las garantías son inherentes a cualquier debate sobre la inmigración. Pero sabemos también que el problema migratorio tiene diferentes miradas que hacen difícil su comprensión y análisis. La situación es tan compleja que el

propio migrante ha llegado a creer que no tiene derecho alguno. Esto es consecuencia de las persecuciones de las cuales son objeto y hasta de las oportunidades de negocio que ofrecen a las grandes estructuras organizadas de tráfico de personas.

Enfrentamos una realidad originada por escenarios de violencia o de persecuciones políticas que constituye una alternativa de migración y provoca el desplazamiento de grandes contingentes de personas que cruzan fronteras. A tal punto llega la situación que, mucho más que para asegurar su futuro económico, las familias cruzan las fronteras para salvar sus vidas.

Desde la UIA debemos acompañar sin demora los esfuerzos de diferentes organismos para fomentar la gobernanza sobre la migración, especialmente en lo que respecta a la protección de los derechos de todos los migrantes.

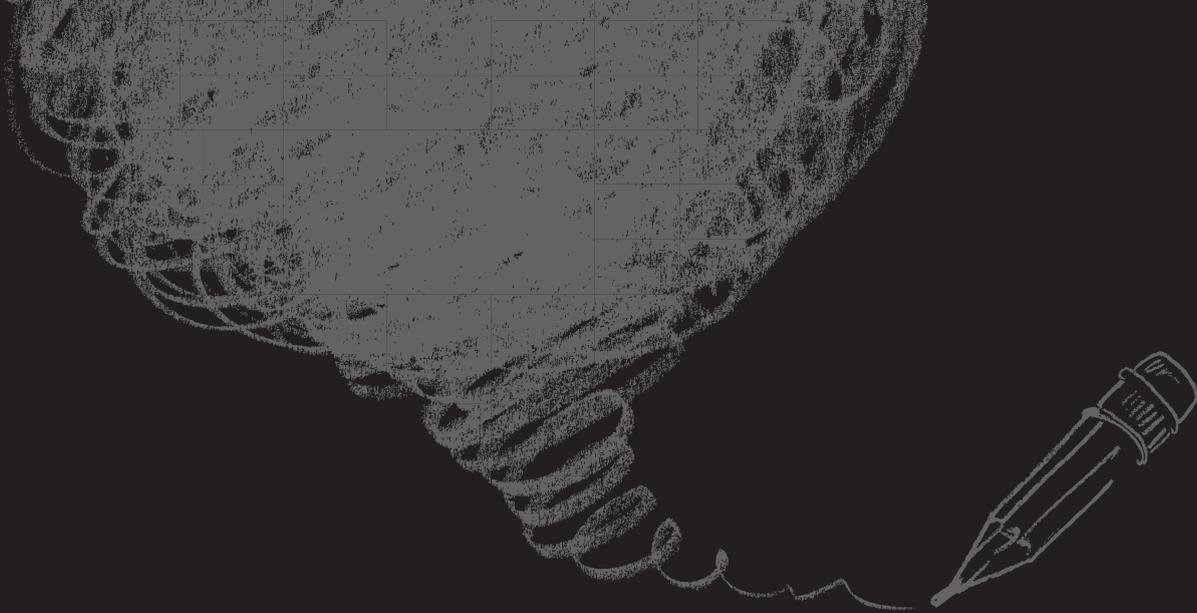
Incorporar el tema a nuestra agenda 2015 es contribuir a cambiar la percepción que se tiene sobre los migrantes y la migración en general y es parte del trabajo para la inclusión del tema en la agenda de los países.

La comunidad internacional, queridos amigos, debe comprender la contribución de los migrantes y la migración en el desarrollo sostenible de las naciones, y en esa tarea también estamos comprometidos los abogados del mundo.

Si tenemos en cuenta que actualmente una de cada 33 personas en el mundo es un migrante, concluiremos en que, además de su autor, más de un migrante estará leyendo ahora esta nota editorial.

Un abrazo,

Dr. Miguel Ángel LOINAZ RAMOS  
Presidente de la UIA



## **COMMUNIQUÉ DE PRESSE 8 janvier 2015**

### **L'UIA condamne l'attentat perpétré contre le journal français Charlie Hebdo**

L'Union Internationale des Avocats (UIA) est profondément indignée par l'attentat perpétré en France au sein de la rédaction du journal Charlie Hebdo.

La défense de l'Etat de droit est la première mission de l'UIA. La défense des libertés publiques ne peut se concevoir sans l'action et la vigilance des journalistes aussi bien que des avocats, et l'UIA condamne cette atteinte à la liberté d'expression, pilier de la démocratie et fondement de l'Etat de droit, avec la plus grande fermeté.

L'UIA témoigne aux familles des victimes, aux équipes de Charlie Hebdo et à l'ensemble de la communauté des journalistes, sa solidarité et son soutien.

Miguel Loinaz, Président  
Stephen L. Dreyfuss, Président sortant  
Jean-Jacques Uettwiller, Président désigné  
Laurence Bory, Vice-présidente

## **PRESS RELEASE January 8, 2015**

### **The UIA Condemns the Attack on French Newspaper Charlie Hebdo**

The Union Internationale des Avocats (UIA - International Association of Lawyers) is deeply outraged by the attack on the editorial board of the newspaper Charlie Hebdo in France.

The primary mission of the UIA is to defend the rule of law. The defense of public liberty requires the vigilance and action of journalists as well as of lawyers, and the UIA unequivocally condemns attack on the freedom of expression an essential pillar of democracy and the rule of law.

The UIA expresses its firm solidarity and support to the families of the victims, to the staff of Charlie Hebdo, and to the entire journalistic community.

Miguel Loinaz, President  
Stephen L. Dreyfuss, Immediate Past President  
Jean-Jacques Uettwiller, President Elect  
Laurence Bory, Vice-President

## **NOTA DE PRENSA 8 de enero de 2015**

### **La UIA condena el atentado perpetrado contra el periódico francés Charlie Hebdo**

La Union Internationale des Avocats (UIA - Unión Internacional de Abogados) manifiesta su profunda indignación por el atentado perpetrado en Francia en la sede de la redacción del periódico Charlie Hebdo.

La defensa del Estado de derecho es la primera de las misiones de la UIA. La defensa de las libertades fundamentales sólo puede concebirse con la acción y vigilancia tanto de los periodistas como de los abogados. La UIA condena con firmeza este ataque a la libertad de expresión, que constituye uno de los pilares de la democracia y del Estado de derecho.

La UIA transmite a los familiares de las víctimas, al equipo de Charlie Hebdo y a totalidad de la comunidad de periodistas su solidaridad y su apoyo.

Miguel Loinaz, Presidente  
Stephen L. Dreyfuss, Presidente saliente  
Jean-Jacques Uettwiller, Presidente electo  
Laurence Bory, Vice-presidenta



# Message du Rédacteur en Chef

**I Bénédicte QUERENET-HAHN**

La condamnation par l'UIA des attentats en France de ce début d'année doit s'accompagner du rappel de son attachement à l'état de droit et aux droits de l'homme, et pas seulement à la liberté d'expression. Car, plus effrayantes encore que les attentats sont les réactions de certains à ces événements.

Ainsi, au lendemain du dénouement tragique de la traque des terroristes, certains se sont laissés aller à penser et à écrire que Justice avait été faite. Vraiment ? D'autres n'ont pas hésité à prétendre qu'au nom de la lutte contre le terrorisme, il nous faudrait nous résoudre à accepter une limitation de nos libertés individuelles sur internet, et une surveillance du type de celle pratiquée par la NSA et dénoncée par Edward Snowden. Tant de personnes de par le monde auraient ainsi manifesté contre le terrorisme et pour la liberté d'expression, pour qu'en définitive soient sacrifiées leurs libertés individuelles ?

Face à ces égarements, il nous faut rappeler sans cesse ce qu'est l'État de droit et ce que sont les droits de l'homme. Dans ce domaine, malheureusement, rien n'est jamais acquis, et l'action de l'UIA et de ses membres en faveur des droits de l'homme doit être inlassablement poursuivie. À l'action collective de l'UIA, je crois personnellement qu'il appartient à chacun de ses membres, individuellement, de défendre les droits de l'homme, ne serait-ce qu'en en parlant, en les expliquant, en les enseignant. La déclaration universelle des droits de l'homme énonce d'ailleurs que l'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et au renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle doit favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les

nations et tous les groupes raciaux ou religieux, ainsi que le développement des activités des Nations Unies pour le maintien de la paix.

Parler des droits de l'homme et les enseigner, c'est également débattre de la difficulté de les faire cohabiter, et s'interroger sur les moyens d'y parvenir et de maintenir la paix sociale.

Dans l'affaire des caricatures de Mahomet, on ne peut ignorer que les musulmans se sentent offensés.

Il est légitime de s'interroger sur la question de savoir si la liberté d'expression est absolue, en matière de religion, ou si, au contraire, elle doit être limitée, au nom de la liberté de religion ou au nom du droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme puissent y trouver plein effet ?

Le Cardinal Lustiger expliquait, en 1991, au sujet de caricatures sur l'Église catholique, que ces caricatures tournent en ridicule, parfois jusqu'à la calomnie, des hommes et des femmes qui y ont engagé leur vie. Cet irrespect d'autrui est une atteinte plus grave qu'il n'y paraît au pacte social de toute démocratie.

Parce que par le passé, et encore de nos jours, le blasphème a été sinistrement sanctionné, parce qu'il a été, dans de trop nombreux cas, un instrument de restriction à la liberté de penser et à la liberté d'expression, et parce qu'enfin il est considéré comme un interdit propre à chaque religion et non au pacte social, il est majoritairement considéré aujourd'hui, dans les pays laïcs, comme ne pouvant être défini et réprimé.

Cette réponse est-elle vraiment suffisante et satisfaisante, au regard de la liberté de religion ? Est-ce vraiment prendre en compte tous les paramètres du débat que de le limiter à une opposition entre la liberté d'expression et la liberté de religion ? Ne s'agit-il pas parfois plutôt, sous couvert de liberté d'expression, de militantisme antireligieux, porteur d'atteintes à la liberté de religion ? Et enfin, ne faudrait-il pas, pour préserver le droit à l'ordre social, limiter la liberté d'expression en cas d'offense à la religion d'une personne ?

Plus que jamais, c'est le moment, pour l'UIA et ses membres, collectivement et individuellement, de peser dans ce débat et dans celui portant sur les moyens de lutter contre le terrorisme tout en préservant nos libertés individuelles, et de contribuer à trouver des solutions respectueuses des droits de l'homme.

Cette édition de *Juriste International*, qui reflète notamment les travaux de notre dernier congrès, montre combien l'UIA est présente sur tous ces sujets : protection du droit de la défense et du secret professionnel, prévention des potentielles atteintes aux droits de l'homme par les entreprises, défense de la défense, accès au droit et à la Justice, protection des données personnelles...

Continuons, par nos travaux, à être Charlie, pour la défense de la liberté d'expression et contre le terrorisme, mais surtout, à être l'UIA, pour la défense de tous les droits de l'homme et de l'État de droit.

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

# Message from the Chief Editor

## I Bénédicte QUERENET-HAHN

The Union Internationale des Avocats (UIA - International Association of Lawyers) condemnation of the attacks that took place in France at the beginning of the year must be accompanied by a reminder of its attachment to the Rule of Law and Human Rights and not just freedom of expression. For what is even more frightening than the attacks are some of the reactions to these events.

Consequently, in the wake of the tragic conclusion of the hunt for the terrorists, some people went as far as to think and write that Justice had been done. Really? Others did not hesitate to claim that in the name of the fight against terrorism, we would have to resolve to accept limitations on our individual freedoms on the Internet and surveillance of the kind practiced by NSA and denounced by Edward Snowden. Did so many people rally together to protest against terrorism and in favour of the freedom of expression only to sacrifice their individual freedoms in the end?

In the face of such turmoil, we must constantly remind ourselves of what the Rule of Law and Human Rights stand for. Unfortunately, nothing can be taken for granted in this regard and the UIA and its members need to work tirelessly to pursue their actions in favour of Human Rights. Along with the UIA's collective action, I personally believe that it is up to each of its members to defend Human Rights in their individual capacity as well, even if it is just by speaking about them, explaining them or teaching them to others. Indeed, the Universal Declaration of Human Rights states that Education shall be directed to the full development of the human personality and to the strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms. It shall promote understanding, tolerance and friendship among all nations, racial or religious groups, and shall further the activities of the United Nations for the maintenance of peace.

Speaking about Human Rights and teaching them to others also means debating about the difficulty of ensuring their co-existence and questioning the means to achieve them while maintaining social peace.

In the matter of Prophet Mohammed's caricatures, we cannot ignore the fact that Moslems feel offended.

It is justifiable to wonder whether the freedom of expression is absolute in matters related to religion, or whether it should, on the contrary, be limited, in the name of the freedom of religion or of the right to ensure that an order reigns, both at the social and international level, in which the rights and freedoms laid down by the Universal Declaration of Human Rights can fully prevail?

In 1991, on the subject of caricatures of the Catholic Church, Cardinal Lustiger explained that the concerned caricatures ridiculed and sometimes went as far as slandering the men and women who had committed their lives to it. This lack of respect for others was more serious an attack against the social pact of all democracies than it seemed to be.

Since in the past and even today, blasphemy has ominously been sanctioned, since in too many cases, it has been used as an instrument for restricting the freedom of thought and the freedom of expression and, finally, since it has been deemed to be prohibited by each religion although it is not part of the social pact, today, it is mainly considered in secular countries as something that cannot be defined and repressed.

Is this response truly adequate and satisfactory in the light of the freedom of religion? Does limiting it to an opposition between the freedom of expression and the freedom of religion really mean taking all

the parameters of the debate into account? Isn't it sometimes more like anti-religious militancy attacking the freedom of religion under cover of the freedom of expression? And finally, shouldn't there be some limitation on the freedom of expression in case of affronts to a person's religion, in order to safeguard the right to a social order?

More than ever, it is time for the UIA and its members, collectively and individually, to bring all their influence to bear in this debate and in the one on ways to fight terrorism, while safeguarding our individual freedoms and helping to seek solutions that are respectful of human rights.

This issue of the *Juriste International*, which reflects our last Congress' work in particular, shows to what extent the UIA is present in the discussion on all these subjects: the protection of the right to defence and professional secrecy, the prevention of potential attacks on human rights by companies, the protection of lawyers, access to rights and Justice, the protection of personal data and so on.

Let us continue to be Charlie, through our work for the defence of the freedom of expression and against terrorism, but let us, in particular, continue to be the UIA, for the defence of all human rights and the rule of law.

Bénédicte QUERENET-HAHN  
*Chief Editor - Juriste International*

# Mensaje del Redactor Jefe

## I Bénédicte QUERENET-HAHN

La condena por la Union Internationale des Avocats (UIA - Unión Internacional de Abogados) de los atentados perpetrados en Francia en este comienzo de año debe ir acompañada de un recordatorio de su compromiso con el Estado de derechos y los Derechos Humanos, y no sólo con la libertad de expresión. Ya que, aún más que los propios atentados, son de temer las reacciones a algunos de estos acontecimientos.

Así pues, tras el trágico desenlace de la persecución de los terroristas, algunos llegaron incluso a pensar y a escribir que se había hecho Justicia. ¿En serio? Otros ni siquiera dudaron en afirmar que, para luchar contra el terrorismo, tendríamos que resignarnos a aceptar una limitación de nuestras libertades individuales en Internet, y una vigilancia como la que practica la NSA, denunciada por Edward Snowden. ¿Tantas personas se habrían manifestado entonces en todo el mundo contra el terrorismo y por la libertad de expresión para que, en definitiva, se sacrifiquen sus libertades individuales?

Ante estos desatinos, hemos de recordar con tesón lo que es el Estado de derecho y lo que son los derechos humanos. En este ámbito, lamentablemente, no podemos dar nada por hecho, y hemos de seguir llevando adelante los esfuerzos de la UIA y de sus miembros a favor de los derechos humanos. Creo personalmente que la acción colectiva de la UIA debe ir acompañada de la labor individual de cada uno de sus miembros de defender los derechos humanos, aunque sólo sea hablando de ellos, explicándolos, enseñándolos. De hecho, la Declaración Universal de los Derechos Humanos enuncia que la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los

grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Hablar de derechos humanos y enseñarlos, es también debatir sobre la dificultad para hacer que convivan, y preguntarse sobre las formas de conseguirlo y de mantener la paz social.

En el caso de las caricaturas de Mahoma, no podemos ignorar que los musulmanes se sintieron ofendidos.

Es legítimo preguntarse si la libertad de expresión es absoluta, en materia de religión o si, por el contrario, debe ser limitada, en nombre de la libertad religiosa o en nombre al derecho a que reine, tanto en el plano social como internacional, un orden que permita que se hagan efectivos los derechos y libertades enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El Cardinal Lustiger explicaba, en 1991, en relación con las caricaturas de la Iglesia católica, que dichas caricaturas ridiculizan, e incluso calumnian a veces, a los hombres y mujeres que han dedicado su vida a ella. Esta falta de respeto al prójimo es un atentado más grave de lo que parece contra el pacto social de cualquier democracia.

Dado que en el pasado la blasfemia fue — y todavía hoy sigue siendo — siniestramente castigada, dado que fue, en demasiados casos, un instrumento de restricción de la libertad de pensamiento y de la libertad de expresión y, por último, dado que está considerada como una prohibición propia de cada religión y no del pacto social, hoy en día, en los países laicos, está considerada mayoritariamente como algo que no se puede definir y reprimir.

¿Esta respuesta realmente basta y es satisfactoria en relación con la libertad religiosa? Si nos limitamos a una oposición

entre la libertad de expresión y la libertad religiosa, ¿tenemos realmente en cuenta todos los elementos del debate? ¿No se trata más bien a veces, amparados por la libertad de expresión, de un militarismo antirreligioso, que atenta contra la libertad de religión? Y, por último, ¿para preservar el derecho al orden social, no habría que limitar la libertad de expresión en caso de ofensa a la religión de una persona?

Ahora, más que nunca, es hora de que la UIA y sus miembros, colectivos e individuales, tengan peso en este debate y en el relativo a las formas de luchar contra el terrorismo preservando nuestras libertades individuales, y contribuir a encontrar soluciones respetuosas con los Derechos Humanos.

Esta edición del *Juriste International*, que refleja sobre todo los trabajos de nuestro último congreso, muestra hasta qué punto está la UIA presente en todos estos temas: protección del derecho de la defensa y del secreto profesional, prevención de los atentados potenciales contra los derechos humanos por las empresas, defensa de la defensa, acceso al derecho y a la Justicia, protección de los datos personales...

Sigamos siendo Charlie a través de nuestros trabajos, por la defensa de la libertad de expresión y contra el terrorismo pero, sobre todo, sigamos siendo la UIA, por la defensa de todos los derechos humanos y del Estado de derecho.

Bénédicte QUERENET-HAHN  
*Redactor Jefe - Juriste International*



Actualités de l'UIA  
UIA News  
Novedades de la UIA



# Greetings from Florence

## › Ceremonia de inauguración



La ceremonia inaugural del congreso tuvo lugar en el Teatro della Pergola, uno de los más antiguos y más ricos de toda la historia de Italia. En este suntuoso edificio, y como es la tradición en la UIA, varias personalidades se sucedieron para dar la bienvenida a los participantes, entre los cuales, Massimiliano Fuksas, el arquitecto italiano internacionalmente conocido.

En su discurso, el Presidente Stephen L. Dreyfuss llamó la atención de todos y todas sobre las amenazas sobre la profesión en países que normalmente no hacen los titulares de los periódicos. Stephen L. Dreyfuss nombró especialmente el caso francés con las escuchas de abogados implicados en casos delicados.



## › Acknowledgements

The UIA expresses its deep thanks to Congress President Bruno Micolano and to Carlo Mastellone, President of the Italian Organizing Committee for their commitment to the success of the 58<sup>th</sup> congress, and to the members of the local committee for their support.



## › Le congrès de Florence en chiffres

- 5 000 expressos servis aux pauses café
- 2 400 déjeuners sur trois jours de travaux
- + de 1000 participants
- 150 heures de débats et d'analyse
- 79 pays représentés
- 30 hôtes pour accueillir les congressistes
- une température moyenne de 20°C
- 1 superbe soleil



## › Congress Website

- List of participants
  - Certificates of attendance
  - Reports
  - Pictures and videos of the congress
  - Preliminary programme for the 2015 UIA congress
- You can find all the above at: [www.uianet.org](http://www.uianet.org)  
And still at [www.uiaflorence2014.com](http://www.uiaflorence2014.com)



## › Thème principal : Protection de la créativité, droit de l'art, de la mode et du design

Le thème principal consacré cette année à la protection de la créativité a été un grand succès grâce au travail, à l'énergie, et à l'efficacité de Fabio Moretti, Howard Spiegler et Ian de Freitas.

Vous avez été très nombreux à assister à cette matinée du 30 octobre où ont été débattues les questions posées par la restitution des œuvres pillées et par les rapports entre l'art, le design et la mode.

## › Premio Internacional de Derechos Humanos Ludovic Trarieux

La conmovedora ceremonia de entrega del Premio Ludovic Trarieux tuvo lugar el viernes 31 de octubre. La ganadora del Premio, Mahienour El-Massry, fue saludada por su coraje y su dedicación a la defensa de los derechos de los prisioneros políticos y de los refugiados, así como su lucha por una justicia independiente en Egipto. La joven abogada egipcia, recientemente liberada de prisión, fue aplaudida de pie luego de pronunciar un discurso emocionante y motivador.



## › Prix International Jacques Leroy

Le Prix International Jacques Leroy 2014 a été décerné à Mme Ajda Cevc pour son travail autour du thème "Violations des droits de l'homme et multinationales : quels moyens de prévention ?" La lauréate a été récompensée par la prise en charge de sa participation

au congrès, une somme de 1000 €, ainsi qu'une année d'adhésion gratuite à l'UIA.



## › Monique Raynaud-Contamine Prize

Jean-François Henrotte (Liège, Belgique) won this year's Monique Raynaud-Contamine award for the best legal report presented during the congress. His report entitled "À qui appartiennent les données ? Application territoriale de la législation européenne en matière de protection des données et transfert de données vers des pays tiers : vaincre la peur de l'autre" was presented during the full-day joint session on November 1, 2014 of the Computer and Telecommunications Law / Privacy and Rights of the Digital Person / Intellectual Property / Eu Law commissions.



## » Premio de la comisión del año

Por su segunda edición, el premio de la comisión del año fue entregado a la comisión Derecho de la Familia presidida por Simon J. Bruce (Londres, Reino Unido).

El premio recompensa el trabajo científico de la comisión y todas las actividades desarrolladas a lo largo del año 2014.



## » UIA Women's Networking Breakfast

The women lawyers attending the congress were invited to meet with Mireia Lopez Montoya, *Managing Director Accessories Business Unit at Bulgari*.

Mireia talked about her experience from acting as the Marketing Director della Fondazione del Teatro della Scala to working for Bulgari. As usual, this speech was followed by a successful networking session.



## » Sport

Les accros du running se sont retrouvés tous les matins pour parcourir Florence en deux circuits (5 et 8 km), parfaitement coachés par les membres du Comité local. Quant aux aficionados du ballon rond, ils ont constitué une équipe aux couleurs de l'UIA « la dream team internationale » pour une rencontre footballistique contre une équipe florentine. 4 buts marqués par l'équipe UIA qui gagnerait à être connue !





## › Soirée informelle & concert

La soirée s'est déroulée à la Stazione Leopolda, ancienne gare transformée en lieu de soirée.

Les congressistes ont pu découvrir les spécialités culinaires des différentes régions d'Italie sous forme de buffets.

Mais ils ont surtout écouté la prestation très *rock & roll* de leur confrère, et qui plus est Bâtonnier de la ville de Padoue, Maître Lorenzo Locatelli.

Un grand bravo pour cette performance musclée qui a déchaîné le public des danseurs!



## › Testimonies

*« Je voulais vous remercier pour le congrès et son organisation, ça s'est très bien passé. Pour moi, c'était une belle expérience »*

Yasmine Attia  
Tunis, Tunisie

*"Dear UIA:  
I was so impressed by the Congress. Congratulations to the staff, volunteers, presenters, and moderators.  
Very truly yours"*

Barbara J. Gislason  
Minneapolis, MN., United States

*"This is just to say how good that congress was, and to pass on my thanks to you and your team for all their hard work."*

Geoffrey Richards  
London, United Kingdom

*"We enjoyed the UIA Congress in Florence."*

Elaine Wong  
Sydney, Australia

*"Muchas gracias por todas las atenciones recibidas y por la oportunidad de haber participado en el 58° Congreso."*

Félix A. López Amaya  
Cordoba, Argentina





## ➤ Toma de posesión de Miguel LOINAZ como Presidente de la UIA

*"Mi abuelo, Mi abuelo llegó en un barco al pequeño país donde muchos años después yo habría de nacer. En un barco... y con más sueños que dinero en los bolsillos;... como tantos."*

*"Quise comenzar estas palabras trayendo al abuelo para ayudarme a expresar el primer concepto de este discurso – que no será otra cosa que un testimonio de mi agradecimiento –. Y el primer concepto es: "se puede"."*



*"Se puede", es mucho más que una expresión muy utilizada en el discurso político. "Se puede", que siempre empieza siendo un deseo y se convierte en una esperanza que alienta prácticamente todos los movimientos de nuestra vida. Convencidos que "se puede", es que hacemos la mayoría de las cosas."*



*"Porque la vocación por la justicia sigue siendo el arte de luchar por lo bueno y lo justo, el deseo de hacer bien a los hombres de bien... Una filosofía de vida."*

*"Una pregunta que he realizado varias veces y que creo que hoy aquí es el mejor momento para volver a formularla: ¿Qué hubiera sido de los olvidados de la historia si un abogado no hubiera estado allí defendiendo sus derechos?"*

*¿Y quién sino un abogado para levantar su voz en defensa de los derechos de los más vulnerables? que son, la mayoría de las veces, los más oprimidos. Y es inevitable que se vayan agregando preguntas como ¿Cuál ha sido el papel del derecho en la consolidación de las democracias?; ¿Cuál es el papel de esta comunidad legal que representamos los que aquí estamos? La respuesta a estas preguntas, es nuestra razón de ser."*



*"Seguir haciendo" es por ejemplo continuar fortaleciendo el sistema jurídico internacional. Porque si logramos un sistema jurídico internacional asentado sobre bases sólidas vamos a permitir a las naciones navegar con mejor viento cuando haya que atravesar una crisis económica, social o política.*

*Yo no quiero una UIA de la cual nos acordemos una vez al año para ir al congreso o pagar la cuota. Quiero un organismo vivo que me provoque un sentimiento de pertenencia del cual sentirme orgulloso."*

*Permítanme decirles que mucho más que la voluntad de hacerlo, los abogados reunidos en la UIA tenemos la responsabilidad y obligación de hacerlo. Realizar nuestros aportes al sistema jurídico internacional es una responsabilidad de la UIA.*

*Permítanme decir lo que sigue como abogado y no como presidente.*



## › Women's Network Forum Update



Chères amies,

Lors de cette nouvelle édition florentine de nos petits déjeuners, nous avons eu le très grand honneur de recevoir Mireia Lopez-Montoya, Managing Director Accessories Business Unit de la société Bulgari.

Nous étions très nombreuses pour recueillir son expérience puisque Mireia nous a parlé tour à tour de ses débuts chez Procter & Gamble dans le département marketing, de son passage chez Coca-Cola, mais surtout de ses fonctions exercées en tant que directeur du marketing de la fondation du théâtre de la Scala.



Mireia a été également General Manager et membre du Conseil d'Administration du groupe Finduck (marque Mandarina Duck), General Manager de Coccinelle et également membre du conseil d'administration de Leather Apparel, pour enfin exercer ses fonctions au sein de la société Bulgari.

Mireia nous a fait part de son expérience dans le domaine des industries du luxe, de la manière dont elle avait pu développer sa carrière tout en abordant des questions plus personnelles ayant trait à son organisation familiale.

Elle a répondu également aux nombreuses questions qui ont été posées par nos consœurs qui l'ont notamment interrogée afin d'avoir un retour d'expérience sur la valeur ajoutée des conseils que nous pouvions apporter.

Je remercie Daniela Della Rosa et Fabio Moretti d'avoir permis cette rencontre exceptionnelle. Nous étions si nombreuses que la salle s'est retrouvée rapidement inadaptée, de sorte que nous prévoyons pour nos prochaines rencontres un format qui sera peut être différent.

Je suis heureuse de constater que vous êtes de plus en plus nombreuses à nous suivre malgré l'heure extrêmement matinale. Je remercie également notre Président 2013-2014, Stephen L. Dreyfuss, de son soutien fidèle et notre nouveau Président, Miguel Loinaz de sa présence, confirmant tout l'intérêt que l'UIA porte à nos rencontres.

Au cours de l'année 2014, un groupe LinkedIn UIA Women's Network a été créé. Il permet de poursuivre les échanges tout au long de l'année. Nous vous invitons à le rejoindre, à en parler autour de vous et à susciter des adhésions.

Vous pouvez, si vous avez des noms de contacts ou de consœurs intéressées, le signaler à Marie-Pierre Liénard qui leur enverra une invitation de votre part.

N'hésitez pas non plus, si vous avez des idées ou des souhaits, qu'il s'agisse des sujets que nous abordons ou des intervenants, à écrire à Marie-Pierre Liénard et à moi-même aux adresses suivantes : [mplienard@uianet.org](mailto:mplienard@uianet.org) ; [fhecquet@phpg-avocats.com](mailto:fhecquet@phpg-avocats.com).

Je vous souhaite une très heureuse année à toutes, au plaisir de vous revoir en 2015 !

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



## ➤ 2<sup>nd</sup> Edition of the UIA Speed Dating for Law Firms

One of the main reasons for members to attend the annual congress is to be connected with people they want to meet. The Speed Dating for Law Firms is an event which gives members a unique opportunity to do so.

Each participant interested to be connected with law firms outside his or her own jurisdiction is given 3 minutes to go on stage to introduce himself or herself and his or her firm. Like minded lawyers would meet at the session and at the social event following to explore opportunities of co-operation.

This event was born at the Macau Congress and repeated at the Florence Congress with enthusiastic support and participation. It is hoped that this will become a fixture of the annual congress. Any suggestion to improve is welcome. Please send your valuable ideas to Noelia Alonso Morán, UIA Development and Partnership Coordinator at [nalonso@uianet.org](mailto:nalonso@uianet.org)



Fred KAN  
*Fred Kan & Co*  
*Founder of the UIA Speed-Dating for Law Firm*  
*UIA Regional Secretary for Asia*  
*Hong-Kong SAR China*



Tras el éxito de la primera experiencia de la sesión de "speed-dating" que tuvo lugar en el 57º congreso anual de la UIA celebrado en Macao, en el 58º congreso en Florencia repetimos el modelo.

Esta fórmula, largamente asentada en países asiáticos, resulta ser una muy interesante ocasión para conocer a los compañeros que participan en la sesión, puesto que se concede tres minutos a cada interesado para presentarse como abogado y presentar su despacho, así como para explicar las materias de especial dedicación y los posibles intereses que tenga por conocer a compañeros de otras especialidades

o de otros países con los que intercambiar experiencias o crear sinergias.

La convocatoria tuvo una magnífica acogida entre los participantes en el congreso y fueron muchos los abogados y despachos que se animaron a participar.

Creo que el éxito obtenido en Florencia puede consolidar esta actividad como parte de las tradicionales a desarrollar en los congresos anuales de la UIA.

Urquiola DE PALACIO  
*Palacio y Asociados, Abogados*  
*Co-Directora - Proyecto Estado de Derecho - UIA*  
*Madrid, España*



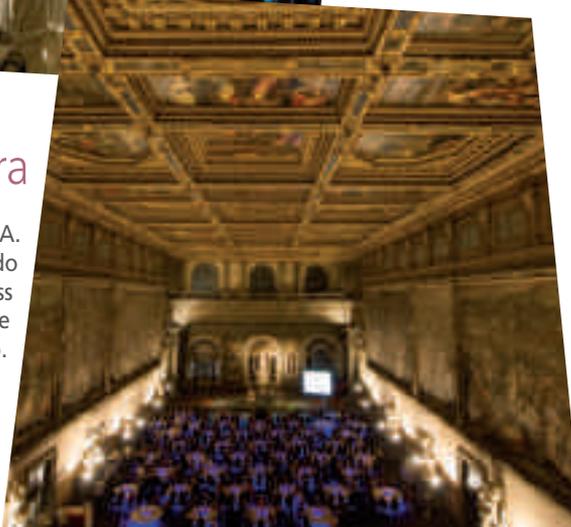
## › Ceremonia de clausura

La ceremonia de clausura presentó al nuevo presidente de la UIA. Miguel Loinaz de Uruguay fue oficialmente investido como el 59° Presidente de la UIA. Sucede a Stephen L. Dreyfuss en esta función y se convierte en el primer Presidente uruguayo y quinto suramericano.

## › Dîner de gala

Les participants ont eu le privilège de dîner dans le Salon des Cinq-Cents dont les magnifiques mur et le plafond ont été décorés par Vasari.

Un moment gracieux dans l'une des plus belles et prestigieuses salles de Florence.





› The UIA would like to thank its partners and exhibitors



› 59<sup>th</sup> UIA Valencia Congress

If you enjoyed Florence as much as we did, you cannot afford to miss Valencia 2015!

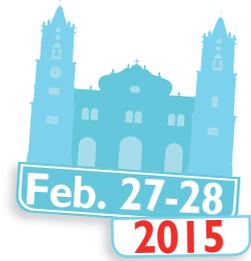
Exciting topics & experience sharing in one of the most beautiful cities of the Mediterranean sea.

October 28 - November 1, 2015





# The UIA in Panama City



**I Miguel TORRES BLÁNQUEZ**

Panama is a country in the limelight not only for the Panama Canal, for its beautiful beaches and skyscrapers, but also for the business opportunities, it offers.

Panama's growing economy is very interesting for foreign investors, allowing the city to grow exponentially, over the last years. As a result of the country's stability, applicable laws and economic development, Panama City is now the headquarters of large corporations, a site for international transactions, and full of business opportunities.

In an interest to keep our members and the legal community updated with the business opportunities and legal developments in Latin America, the UIA and the AIJA are delighted to invite you to join them in Panama City to discover this "New World".

The Foreign Investment Commission of the UIA has organised a seminar in Panama City on Friday, February 27 and Saturday, February 28, 2015, with the support of IABA, the Panamanian Bar Association, the ABA-SIL and Iberian Lawyer.

The topic of the seminar will be "Doing Business in Latin America – From A(cquisitions) to Z(oning)". In recent years, Latin America has become a leading region for economic development and growth. Due to this fact foreign investors have been aware of its importance within the international market and their desire to invest in Latin America markets and industries is increasing daily.

Discussing foreign investments in Latin America will give participants an opportunity to analyse and compare investment conditions. There will be specific focus on how foreign investors and their lawyers approach investments in Latin America.

On Thursday, February 26, there will be a welcome cocktail, kindly hosted by Fabrega, Molino & Mulino; Alemán Cordero Galindo & Lee, and Galindo, Arias & López Law Firms, at Bristol Panama Hotel. This will be a fantastic start of our stay in the magic Panama City.

The seminar will be held at the beautiful Bristol Panama Hotel and will start at 9 am on Friday, February 27. Miguel Loinaz, President of the UIA; Dirk Nuyts, President of the AIJA; Wilfrido Fernández, President of the Inter-American Bar Association and José Alberto Álvarez, President of the Panamanian Bar Association, will open the seminar.

The first panel will be moderated by Tayra Ivonne Barsallo, from Panama City, Panama, and will include lawyers practicing in Chile, Peru, Ecuador, Puerto Rico, Brazil and Panama, who will speak about doing business in Latin America. The second panel will be moderated by Frank Boyle, from Lima, Peru, and will include lawyers of countries such as Brazil, Panama, Uruguay, Guatemala, Italy and Spain, who will discuss the best way to establish a business in Latin America.

After lunch, the first panel will deal with the structuring of family businesses in Latin America and will be moderated by Juan Pablo Fabrega, from Panama City, Panama.

The second panel will be moderated by Adolfo Campos, from Panama City, Panama and will include Matías Vagedes, from Argentina; Katarzyna Dunin Borkowski, from Peru; Edgar Ivan Herrera, from Panama and Alejandro Antillón, from Costa Rica, who will deal with an overview of the taxation in the region.

After the coffee break, the last panel of the day will be a discussion about project M&A vs. private M&A and will be moderated by Diego Herrera, from Panama City, Panama.

A home hospitality dinner will follow for the participants, where the Panamanian lawyers will invite you to their homes and will offer a chance to discuss possibilities for future co-operation.

The second day of the seminar will start with a panel about investments in energy projects located in Latin America which will be moderated by Jorge Rivera, from Panama City, Panama and will include presentations by Gabriela Roca, from Guatemala, Lisa Dominguez, from Panama and Fernando

Vargas, from Costa Rica.

The second panel of the day will be moderated by José Alberto Álvarez, from Panama City, Panama and will include Lara Vivas from Spain, Jorge Federico Lee and Mercedes Araúz de Grimaldo, both from Panama, who will speak about the labour liability in the case of a company acquisition.

The last panel of the seminar will be moderated by Farah Molino, from Panama City, Panama, and will include Gonzalo Menéndez González, from Guatemala, Luis Guinard, from Panama and Cristóbal Porzio, from Chile who will discuss about intellectual property and particularly of the protection of the brand.

The Foreign Investment Commission is committed to develop the presence of the UIA in Latin America. This seminar in Panama will be a continuation of the seminar that was held in Sao Paulo, Brazil, in April 2014. We hope that we will have a seminar every year in Latin America.

Latin America has experienced in the last decades enormous changes in politics, economy and society. The middle class has expanded to one third of the entire population and has lifted approximately 80 million people out of poverty, in the words of the World Bank. This recent growth comes from the overcoming of the global crisis as a result of the export of raw materials and basic industrial goods to Asia and the inflow of foreign capital due to the zero interest rate policy. Nevertheless, the current situation is not perfect owing to the decrease of exports and the slowdown in the region that, in the view of the experts, will require increasing the productivity levels, more infrastructures and creating a good business climate.

I hope to see many of you in Panama.

Miguel TORRES  
President, UIA Foreign Investment Commission  
Torres, Martín & Zaragoza  
Barcelona, Spain  
mtorres@tmzabogados.com



# The UIA in London

## Private Enforcement of Competition Law – Key Lessons from Recent International Developments



**I Aleksander STAWICKI**

European competition law and national competition laws prohibit anticompetitive agreements and abuses of a dominant position. The European Commission and national competition authorities are responsible for enforcing those prohibitions (public enforcement). At the same time, individuals affected by anticompetitive practices may claim compensation before national courts for harm suffered because of an infringement of the competition law provisions of the Member States and of the European Union (private enforcement). Competition authority's final and binding decisions identifying breaches of antitrust provisions may become a basis for further private enforcement action, as they facilitate the initiation of litigation before national courts.

The European Commission for some years now has been keen to promote private enforcement of competition law as the indispensable complement to public enforcement. Private parties may take action against antitrust violations that public authorities would not be able to or would lack sufficient resources to pursue. The threat of private actions also creates a strong deterrent effect that results in higher levels of compliance with the provisions of competition law. Finally, private enforcement promises to help raise awareness of competition rules, thus advancing the development of a culture of competition amongst market actors.

Private enforcement of competition law was surely one of the most talked about issues throughout 2014. The reason for this was twofold. Firstly, there has been an undeniable Europe-wide increase in the number of claims for damages or other forms of remedies sought in response to the activities of national and international cartels and other enterprises violating antitrust law.

Secondly, 2014 marked the finalisation of the Commission's legislative package facilitating competition law private actions in the EU – including its cornerstone, the recently adopted EU Private Damages Directive 2014/104/EU that lays the groundwork for the coordination of national private antitrust enforcement regimes across the EU and optimizes their interaction with public enforcement in order to remove as many obstacles to the pursuit of litigation in this field as possible.

These important changes in the legal landscape are the topic of a conference organized by the Competition Law Commission of the Union Internationale des Avocats, which will be held in London on March 6, 2015 at Adelaide House, the headquarters of Berwin Leighton Paisner LLP. The aim of the conference, carrying the title "Private Enforcement of Competition Law - Key Lessons from Recent International Developments", is to bring together specialists representing various jurisdictions and fields of expertise – including academia, private practice, public administration and the judiciary – in order to provide insight and discussion on the changes taking place not only in Europe but also worldwide, as well as their implications and the lessons that can be drawn from them.

The opening speech will be delivered by Sir Peter Roth, Justice of the High Court and President of the Competition Appeal Tribunal. The conference itself will be divided into five panels each discussing one of the facets of private antitrust enforcement:

- Panel I – “**Key Issues in Private Enforcement**” - Moderated by Adrian Magnus of Berwin Leighton Paisner LLP;
- Panel II – “**Recent Policy and**

**Legislative Developments. What Are Their Likely Impacts?”** - Moderated by Aleksander Stawicki of Polish law firm Wierciński Kwieciński Baehr, the President of the UIA Competition Law Commission;

■ Panel III – “**Claimant Considerations**” - Moderated by David E. Vann of Simpson Thacher & Bartlett LLP;

■ Panel IV – “**Defence Considerations**” - Moderated by Florian Neumayr of Austrian law firm bpv Hügel Rechtsanwälte;

■ Panel V – “**Discussion Of Claimant And Defence Tactics On Hypothetical Case Study**” – Moderated by Becket McGrath of Cooley LLP.

Registration can be completed either via the UIA Website [www.uanet.org](http://www.uanet.org), as well as by email, fax or post. Every participant attending the seminar will receive a certificate of participation at the end of the event that may be used for obtaining credits for the purposes of national continuing legal education programmes. The working language at the conference will be English.

Aleksander STAWICKI  
President of the UIA

Competition Law Commission  
WIERCIŃSKI, KWIECIŃSKI, BAEHR SPK  
Warsaw, Poland  
[aleksander.stawicki@wkb.com.pl](mailto:aleksander.stawicki@wkb.com.pl)



## L'UIA à Cabo Verde



### I Lydia PICOTEIRO BETTENCOURT

L'Afrique est un continent doté de nombreuses richesses naturelles et surtout d'un potentiel d'avenir exceptionnel. Ses perspectives économiques sont remarquables et séduisent de plus en plus les investissements étrangers qui ont atteint en 2014, 58,4 milliards d'euros. Relever le défi africain devient incontournable. Les pays africains francophones inspirent confiance. L'adhésion à l'Organisation pour l'Harmonisation du droit des Affaires en Afrique (OHADA), pour la plupart d'entre eux, garantit un encadrement idéal pour réaliser des affaires et surtout rassure les investisseurs européens.

En ce qui concerne les pays africains lusophones, seule la Guinée Bissau a, pour l'instant, adhéré à l'OHADA. L'Angola, le Cabo Verde, le Mozambique et Sao Tomé

La stabilité économique, politique et sociale du Cabo Verde qui connaît une croissance économique fulgurante depuis ces dix dernières années et l'encadrement juridique des investissements est un gage de confiance pouvant susciter l'engouement des investisseurs qui ignorent parfois ses richesses (i.e. industrielles, énergétiques, maritimes, services) et ses particularités juridiques.

Cet archipel de 4 033 km<sup>2</sup> composé de dix îles en plein dans l'Océan Atlantique, situé à environ 5 heures de Paris, est entré depuis une dizaine d'années dans une dynamique de libéralisation économique considérable, notamment en favorisant les investissements étrangers comme en atteste sa loi sur les investissements étrangers votée en 1993 modifiée en 2013.

2014). La stabilité politique et économique est garantie par un système politique parlementaire avec des élections libres, une absence de conflits politiques, ethniques ou religieux et des indicateurs économiques et sociaux stables qui constituent par ailleurs des facteurs encourageant l'investissement externe.

L'attrait des investisseurs fera de Cabo Verde d'ici 2023, la place de nouveaux secteurs économiques tels que pharmaceutiques, électroniques, industrie alimentaire, transports de personnes et de marchandises.

Le séminaire de l'UIA, qui réunira des praticiens locaux et étrangers, des entrepreneurs et personnalités politiques, aura pour ambition de présenter toutes ces opportunités d'affaires ainsi que les incitations fiscales consenties à tout investisseur jouissant du statut d'investisseur externe au Cabo Verde. Les sujets et points juridiques dont doit s'enquérir tout investisseur désireux de s'implanter au Cabo Verde, peu importe le secteur préconisé, seront abordés au cours de ces deux journées de travaux scientifiques. Les secteurs financiers et touristiques cabo-verdiens feront l'objet de sessions distinctes afin d'en saisir d'une part leur rôle prédominant dans l'économie cabo-verdienne mais également à l'international. La question de la résolution des litiges en cas de différend international sera également traitée sous l'angle tant judiciaire qu'alternatif par des professionnels disposant d'une pratique en la matière.

Enfin, il sera l'occasion de découvrir ce « petit pays », connu comme étant un pays accueillant doté d'une culture forte.

Lydia PICOTEIRO BETTENCOURT  
Sao Vicente, Cabo Verde  
contact@lpbettencourt-avocats.com

The meeting will provide delegates with the opportunity to meet people from various cultural backgrounds and discuss the latest trends and issues in ADR research, in a truly multi-ethnic gathering.

et Principe, anciennes colonies portugaises indépendantes depuis 1975, sont les pays d'Afrique lusophone quasiment ignorés par les investisseurs européens, à l'exception des ingénieries pétrolières et minières.

Néanmoins, ces pays offrent des opportunités d'affaires et des garanties juridiques suffisantes pour susciter l'intérêt des investisseurs étrangers dans le cadre de la promotion de leur développement économique, social et culturel.

Consciente de cette avancée et du fait que le Cabo Verde pourrait bien devenir le nouvel eldorado de l'Afrique subsaharienne, l'UIA organise, en collaboration avec l'Ordre des avocats de Cabo Verde, les 9 et 10 avril prochains, un séminaire inédit intitulé, « Cabo Verde, une porte d'entrée en Afrique - Investissements étrangers et opportunités d'affaires ». Le séminaire se déroulera à Praia, sur l'île de Santiago.

Sa situation géographique est aussi privilégiée que stratégique. Equidistant du Nord de l'Amérique et du Sud de l'Afrique, les incitations à l'investissement externe tiennent également à la disponibilité de deux parcs industriels avec de nombreuses infrastructures, à l'existence d'aéroports internationaux avec des liaisons journalières vers l'Union européenne et les États-Unis (Ile de Sal, Ile de Saint Vincent) et de ports internationaux de bonne capacité, à une technologie de communication et d'informations efficaces et concurrentielles, et de surcroît à la disponibilité de services d'approvisionnement d'eau, d'énergie, de réparation navale et de traitement et de stockage de poisson.

Cabo Verde connaît aujourd'hui une croissance économique forte. Son PIB atteignait 1,879Mds\$ en 2013. La banque mondiale prévoit que le taux annuel du PIB du Cabo Verde passera à 4 en 2016 (vs 2 en



## La UIA en Madrid

*El nuevo reglamento general europeo de protección de datos*

**I José PAJARES**



Los próximos días 17 y 18 de abril de 2015 se va a celebrar en la capital de España, Madrid, un seminario muy actual y de gran interés para todos los abogados, bajo el título: “El nuevo reglamento general europeo de protección de datos”.

El contenido del seminario seguirá la estela del éxito del celebrado el pasado año en Luxemburgo y abordará la nueva regulación que la Unión Europea aprobará en los próximos meses, y será dirigido por las comisiones derecho de la Unión europea y privacidad y derecho de la persona digital, siendo además patrocinado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid que cederá de nuevo sus magníficas instalaciones para celebrar un acto de la UIA.

El objeto del seminario se centrará en la necesidad que tendrá el mundo de los

negocios de aplicar la nueva normativa europea sobre protección de datos, tanto dentro de Europa, como cuando se desarrollen desde Europa a cualquier otro país del mundo.

Por tanto, el mundo de los negocios tendrá que adaptarse a la nueva normativa que con la globalización y las nuevas tecnologías se está desarrollando muy deprisa.

De este modo todos los agentes en el mundo de los negocios tendrán que prepararse para implementar esa normativa y los procesos que exigirá, campo en el que sin duda los abogados han de ser grandes protagonistas, para aconsejar debidamente a los clientes pero también para encontrar los indudables beneficios que su correcta aplicación tendrá y la consiguiente reducción de costes.

Sera pues el seminario de Madrid una gran ocasión para conocer de cerca los mejores profesionales de todo el mundo en este campo y, claro está, para disfrutar de los enormes encantos de Madrid en primavera, con una magnífica temperatura y un gran ambiente en todas sus calles y terrazas. Además, la temporada de teatros y conciertos al aire libre, como sus imponentes museos, por todo ello el Prado, se encontrará en su apogeo.

Animamos pues a todos los abogados de la UIA a asistir a este seminario por su importancia, pero también a sus acompañantes para disfrutar de Madrid.

José PAJARES ECHEVERRIA  
Consejero del Presidente de la UIA  
Pajares y Asociados Abogados  
Zaragoza, España  
josepajares@pajaresyassociados.com



## L'UIA à Dakar

*Formation sur l'arbitrage organisée conjointement avec la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*

**I Laurence KIFFER**



Certains d'entre vous se souviendront que l'UIA, en collaboration avec l'Ordre des avocats du Sénégal, a déjà organisé l'an dernier à Saly<sup>1</sup> un séminaire sur l'arbitrage au Sénégal. Le succès de ce séminaire, qui a été l'occasion de débattre des enjeux et opportunités de développement de l'arbitrage aux niveaux national, régional et international, a convaincu les organisateurs de la nécessité de poursuivre la formation sur l'arbitrage dans cette région.

La cour internationale d'arbitrage de la CCI (ci-après la CCI) est l'une des institutions d'arbitrage des plus importantes dans le monde. Indépendamment de son activité d'administration des procédures d'arbitrage, elle joue aussi un rôle dans la formation à l'arbitrage en organisant notamment des programmes pédagogiques (PIDA). Son Secrétaire Général, Andrea Carlevaris, actif de longue date à l'UIA, avait déjà envoyé, lors du séminaire de

2014, un représentant qui avait présenté les évolutions apportées par le règlement d'arbitrage de 2012. Il s'est montré intéressé pour coopérer plus avant avec notre association et proposer une formation pratique à l'arbitrage du type de celles organisées au sein de la CCI.

C'est dans ce contexte que l'UIA et la CCI, avec le soutien de l'Ordre des avocats du Sénégal, proposent une formation à



l'arbitrage international qui se tiendra à Dakar du 22 au 24 avril 2015.

La formation se déroulera sur cinq demi-journées au cours desquelles seront examinées successivement chaque étape de la procédure, de la rédaction de la demande d'arbitrage au prononcé de la sentence arbitrale. Chaque session permettra aux participants de travailler en ateliers d'environ 10 à 15 personnes puis d'échanger dans le cadre de sessions plénières interactives. Les ateliers et les sessions plénières seront animés par d'éminents spécialistes de l'arbitrage international qui seront en mesure de partager leur expérience.

Cette formation constitue une opportunité pour se familiariser à la pratique de l'arbitrage international et appréhender la matière tant au stade de la rédaction de la clause d'arbitrage que de la mise en œuvre de celle-ci lors de la procédure d'arbitrage. Les participants seront eux-mêmes les acteurs de cette formation pour laquelle un cas pratique leur sera soumis et leur permettra d'analyser chaque étape d'une procédure d'arbitrage se déroulant sous l'égide du règlement d'arbitrage de la CCI.

Bien que les manifestations soient distinctes, tout en pouvant être couplées, une conférence d'une journée sera organisée le 25 avril 2015 dans le prolongement de la formation.

Si la formation basée sur un arbitrage simulé, s'arrête au prononcé de la sentence arbitrale qui dessaisit les arbitres, il a semblé intéressant d'examiner dans le prolongement de la procédure, la question de l'exécution de la sentence arbitrale. Ainsi au-delà du partenariat inédit entre l'UIA et la CCI, l'organisation d'une conférence dans le prolongement de la formation est aussi une nouveauté. Ce format est dicté par la réalité des affaires.

On précisera à titre liminaire que les parties en prévoyant contractuellement, de façon dérogatoire au droit commun, de soumettre la résolution de leurs litiges à l'arbitrage, s'engagent implicitement à exécuter la sentence arbitrale de telle sorte que dans la plupart des cas, il est parfois évoqué un chiffre de 90% des cas, la sentence arbitrale est exécutée spontanément.

Cependant, il est des cas, qui nous intéressent ici, dans lesquels l'exécution est plus complexe. À cet égard, il convient de rappeler que si la sentence arbitrale peut être assimilée au jugement d'un tribunal étatique, en ce qu'à l'instar de celui-ci, elle tranche un litige, elle s'en distingue dès lors qu'elle n'a pas le caractère exécutoire dont dispose le jugement dès son prononcé.

La phase d'exécution de la sentence arbitrale peut alors constituer une nouvelle bataille juridique après celle de l'arbitrage. Le client conscient qu'il doit investir financièrement dans la phase d'arbitrage, l'est souvent beaucoup moins lors de la phase de l'exécution, qui peut pourtant s'avérer encore plus coûteuse.

Les problématiques liées à l'exécution des sentences arbitrales en Afrique feront donc l'objet de la conférence organisée le 25 avril 2015 dans le prolongement de la formation susmentionnée. Cette conférence d'une journée abordera l'exécution des sentences arbitrales en Afrique aussi bien sous l'angle des sentences arbitrales étrangères exécutées en Afrique que sous l'angle des sentences arbitrales rendues et exécutées en Afrique.

Elle montrera combien il est important d'envisager la question de l'exécution d'une sentence arbitrale avant l'introduction de la procédure d'arbitrage ou au début de la procédure afin de pouvoir anticiper toute mesure qui faciliterait l'exécution ultérieure de la sentence. Seront abordés

des thèmes comme la nature des mesures qui peuvent être prises et auprès de qui elles peuvent être obtenues

Une fois la sentence rendue, on constate que la problématique de l'exécution change selon que la sentence a été rendue ou non en Afrique. En effet, dans un cas, il s'agira de la question de la signification, de l'exequatur et des voies de recours en Afrique au regard notamment de l'acte uniforme OHADA, dans l'autre, on s'intéressera à la reconnaissance de sentences étrangères en Afrique dans le cadre de conventions internationales.

À cet égard, on distinguera l'exécution des sentences rendues sous l'égide du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), créé sous l'égide de la Banque Mondiale dans le cadre de la convention de Washington de 1965, des sentences étrangères dont l'exécution est demandée sur le fondement de la convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

La formation à l'arbitrage international comme la conférence sur l'exécution des sentences arbitrales en Afrique se dérouleront à Dakar. Cette ville facile d'accès pour les participants africains comme pour les participants européens ne manque pas d'intérêt autre que celui de ce programme.

Nous nous réjouissons de vous accueillir à Dakar en avril 2015.

Laurence KIFFER  
Co-Directrice de la Communication de l'UIA  
Teynier Pic  
Paris, France  
laurence.kiffer@teynier.com

<sup>1</sup> Voir compte rendu dans le juriste 2014.1, p.11.



# The UIA in Ankara

## Seminar on Mediation and ADR: How to Change the Lawyer's Mindset

I Yonca Fatma YÜCEL



For the first time, the UIA is holding a seminar on mediation and ADR: *How to Change the Lawyer's Mindset* on May 8-9, 2015, in Ankara, Turkey, with the support of the Ankara Bar Association. This seminar debates mediation-ADR issues and also addresses the not always peaceful relationship between lawyers and mediation. When we look at the challenges for lawyers who become mediators, words such as "co-operation", "neutrality", "non-intervention", "interest based needs of parties" and "peaceful conflict resolution" have become qualities sought after and the buzzwords of the new dispute resolution. Some of these qualities are not inherent in the training of lawyers and we need to change some parts of our mindset when we act as mediators. No doubt, before accreditation, all nominees have passed all the tests on mediation ethics, but during a mediation, we have to work on the

and many other attributes that contribute to the richness of the resolution environment. In addition, the meeting will provide delegates with the opportunity to meet people from various cultural backgrounds and discuss the latest trends and issues in ADR research, in a truly multi-ethnic gathering.

The first part of the seminar will be rather interactive, starting with a mock mediation, followed by a debriefing in order more actively to involve the audience. After this session, when we consider some of the conceptual issues surrounding mediation, we shall see that there are, still, many misconceptions about mediation all around the world. Most people know that it is a way to resolve disputes other than by courtroom litigation. Some think it is but a glorified name for negotiation and out-of-court settlement. Others cannot distinguish it

shall share current experiences of leaders in the mediation area and explore the different methods of preparation of both lawyers and mediators for mediation from the point of view of different laws, psychological perspectives and cultural backgrounds.

Lastly, we would like to make special mention of Mr. Ales Zalar's participation as a speaker. Mr. Zalar is a former Minister of Justice of Slovenia who will give us an inside glimpse into the aspects to consider in establishing a new method of dispute resolution in a legal system. We shall be discussing what the Turkish government could do better to promote and encourage the use of mediation in Turkey with the co-operation of the Turkish Ministry of Justice.

Considering the location, Ankara is a good choice of venue. The history of Ankara and its surroundings stretches back to the Hatti civilization of the Bronze Age. Two thousand years before the birth of Jesus, the Hittites became the dominant power in the region and were followed by the Phrygians, the Lydians and the Persians. In the 3<sup>rd</sup> century BC, a Celtic race known as the Galatians made Ankara their capital city. Ankara gained prominence under the leadership of Atatürk during the national resistance which followed World War I. Ankara became the capital city of the new Turkish Republic on October 13, 1923. Occupying one of the most prominent parts of the city is Anıtkabir, the magnificent mausoleum constructed to commemorate Atatürk. The oldest part of the city, around the Castle, is the heart of different cultures and civilizations. The Alaaddin Mosque, found inside the Castle walls, is still one of the best examples of Selçuk art and wood craftsmanship, in spite of the fact that it was restored by the Ottomans. The area has experienced a rejuvenation with the restoration of many interesting old Turkish houses and the opening of several art galleries and fine restaurants that feature examples of

The meeting will provide delegates with the opportunity to meet people from various cultural backgrounds and discuss the latest trends and issues in ADR research, in a truly multi-ethnic gathering.

concepts of impartiality and confidentiality, the ability of effective communication, innovation and creation in terms of generating options and solutions for the benefit of the disputing parties. Needless to say, mediation is a way of resolving disputes between two or more parties with concrete effects. Moreover, mediation facilitates a creative solution for the parties' dispute, a "win-win" agreement that not only saves time and money but also restores their relationship, be it a civil or a commercial one.

The seminar will bring together diverse ADR practitioners, policy-makers, academics, judges and leaders in the field of mediation, negotiation and dispute resolution to explore the diversity of experience, conflict, cultural competence

from arbitration. We shall aim to demonstrate that mediation is not a private justice; it is a way of trying to find a solution and we shall reveal the importance and explain the role of lawyers during mediation. We look at the big picture and in order to change lawyers' mindsets we shall be seeking answers to questions such as, "How can lawyers be confident that recommending mediation will not hinder their own practice?", "How can lawyers' reluctance to recommend mediation be surmounted?", "How can a lawyer make the transition to mediator?"

Moreover, we must remember that mediation is a form of alternative dispute resolution. How the process is governed and the tools which should be used are therefore crucial. We



traditional Turkish cuisine. Near the gate of the Castle is the Museum of Anatolian Civilizations, which is a beautifully restored portion of the old bazaar. It contains priceless artifacts belonging to the Paleolithic and Neolithic eras as well as the Hatti, Hittite, Phrygian, Urartu and Roman civilizations. Ankara also has a vibrant cultural and artistic life. Last, but not least, the nearby Eymir and Gölbaşı lakes have various facilities and sports activities for all interests to relax and enjoy.

For the purpose of getting to know each other, we are pleased to announce that the Ankara

Bar Association and the host committee will be holding a welcome cocktail on May 7, 2015 and there will be a delightful optional dinner located in a lovely restaurant at the Gölbaşı Lake on May 8, 2015 for all participants and accompanying persons.

With the hospitality of the host committee and sponsoring association, we will make this a memorable, not-to-be-missed event. Please join us and spend a lovely spring weekend in the capital city of Turkey.

We look forward to welcoming you to Ankara! We assure you that all seminar participants, both Turkish and those coming from other countries, will receive an extensive overview of the various rules of law applicable to mediation and how they have been developed, in the European Union and in Common Law and Civil Law Countries.

Yonca Fatma YÜCEL  
Counselor to the UIA President  
Banking Regulation and Supervision Agency  
Attorney at law-Mediator  
yyucel@bddk.org.tr



## The UIA in Rome

### Drafting Effective International Contracts - Workshop-Seminar on International Sales, Agency and Distributorship Contracts

**I Fabio BORTOLOTTI**

A growing number of companies are expanding internationally.

In doing so, they face new issues regarding the negotiation and drafting of international contracts. Even within a common market such as the European Union, laws differ from country to country. Businesses selling in other countries are forced to deal with the complex issues which arise in international contracts.

The workshop-seminar on international commercial contracts organised by the UIA in Rome will analyse the basic issues arising in cross-border contracts with reference to three types of contract more commonly used by businesses entering a foreign market (sales, commercial agency, distributorship) and, at the same time, focus on the drafting of the

most commonly used clauses. The seminar aims to give participants a clear overview of the basic principles governing international contracts, together with a practical discussion and exercise on the implementation of such principles through clear and effective contractual clauses.

In order to attain this goal, a group of highly qualified speakers having at the same time a high-level profile and practical experience in drafting and negotiating international contracts has been selected.

Participants will receive in advance the materials and examples of clauses which will be discussed during the seminar.

The main issues discussed during the seminar will be:

- International sales contracts: General conditions of sale and negotiation of the significant clauses, including clauses on delivery, Incoterms, non-conformity, limitation of liability, arbitration, choice of court under EU Regulation 1215/2012.
- Agency and distribution contracts: Protection of agents in the EU, exclusivity and non-competition clauses, recent trends in goodwill indemnity, EU antitrust rules, Internet sales.

Fabio BORTOLOTTI  
Buffa Bortolotti & Mathis  
Turin, Italy  
f.bortolotti@bbmpartners.com





# The UIA in Minneapolis, MN



**| Barbara GISLASON**

The next big thing is to what extent individuals may keep their personalities, identities, and memories at a time when there are neuro-cognitive enhancers, genetic modifications, brain implants and chips, brain-based software, and artificial intelligence. There will be a gathering in Minneapolis, Minnesota for a seminar on May 15-16, 2015, where great minds will explore whether we could become the invention and no longer the inventor.

At this seminar, we will explore:

- Genomics, neurobiology, & brain-based technologies
- Neuro cognitive enhancers, treatments, & mind control
- How patent & other lawyers protect innovation
- Corporate biotech best practices
- Licensing & technology transfer
- Regulations, treaties, & conventions
- Litigation wars & the use of preliminary injunctions
- ADR & the neural basis of conflict
- Biometrics and cognitive privacy
- Industry glass ceilings
- Ethics of scientific knowledge & structure
- Future conception of immortality

This seminar will not only educate you about the brain and brain-based technologies, but it will give you access to brilliant lawyers who will help you understand how the open source community impacts lawmakers, how patents and other intellectual property laws affect the birth and success of a biotech company, how patent eligibility is contested and worked around, and what other intellectual property strategies are being utilized.

Those relying on patents to attract investors and promote growth in biotech companies are finding that legal strategies are changing in the aftermath of decisions including Myriad, Prometheus, Bilski, and more recently, Anderson.

Experts in individualized medicine and genomics will help you understand the recent past and share their views of what will occur in the near future by describing the rapid advances in genomics, transcriptomics, proteomics, antibody diagnostics, and medical diagnostics, and how these biotechnology innovations can be utilized to diagnose and treat individuals.

We will combine this knowledge by describing how these advances are beneficial and ask how information gleaned from the European Union's Human Brain Project and the United States' Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies (BRAIN) will impact our lives. We will consider the European Ordre Public and what is left of the Moral Utilities Doctrine. Is an individual's right to know about their genetic mutations a liberty right or due process right? Should there be any type of brain entitlement? Our conceptualizations of rights and ethics may change along with our brains.

In addition to looking at the big picture of medicine and biotechnology, together with fascinating applications, we will also discuss how to protect the legal interests of those who are leading the world's discovery efforts. We will take a multifaceted look at economic growth for biotechnology companies and ask how the Rule of Law is impacting the ability of biotechnology businesses to get necessary investors and capital. You will also learn about how the competitive environment for biotech companies is reflected in emerging litigation practices, including temporary injunctions, to impact invention patentability.

As 100 billion neurons in our brains are mapped and the meaning of the anatomical, biological, and electrical aspects of our brains further explored, we will consider what is left of privacy, from a biometric aspect, given the growth of biobank storage, and what is left of our cognitive privacy; consider, too, the implications of neuro-based investigations of bias. The dual process of cognition has

been described by Kahneman and Tversky as the fact that both our automatic and deliberate biases influence what we believe. Our personal and community interests could impact biotechnology investment, concern about precautionary principles, and business models. Perhaps the next generation of synthetic DNA computing will impact decision making, along moral vectors.

We might distinguish between the neuroscience of ethics and the ethics of neuroscience. The first focuses on how to use the scientific method to understand how ethical decisions are made, while the second asks what legal and ethical principles should apply with regard to research and treatment. Biotechnology will impact humans and other species and we will look at how we apply the neuroscience of decision making bias to our investigations.

Our understanding of the Rule of Law may change as we better comprehend the neurobiology of cognition and bias. This will affect the standards we set for ourselves, our companies and associations, our countries, and our world.

In this seminar, we will not only look around the globe at statutes, common laws, treaties, and conventions, we will also ask experts to peer within the brains of several species and invite them to speculate as to their consciousness and cognitive processes and the implications of emerging knowledge for the future of biotechnology. It is our vision for this conference not only to give you access to stimulating ideas about the Rule of Law, but also to bring you into the conversation of where we should go and how to best manage the intersections of technology, biology, and health. This is an extraordinary seminar and we hope you will join us.

Barbara GISLASON  
President of the UIA  
Biotechnology Law Commission  
gislasonbj@aol.com



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





# Business and Human Rights

■ Andrew CAPLEN

On April 24, last year, over 3,000 people went to work in the Rana Plaza building in Savar, Bangladesh. By 9:00 am, more than eleven hundred had died.

There was no natural disaster, no earthquake. Rather, the building that they were working in had collapsed.

The preceding day police had evacuated the complex. They had been concerned over the large and growing cracks on the walls. But when a number of the employees refused to re-enter the building, local reports indicate that they were threatened by managers of the five businesses based in the Rana Plaza.

Employees were told that they would not be paid for the whole of that month if they did not return to work. There are stories of violence being used; of people being hit with sticks in order to force them into the factory. But this is not just a Bangladeshi problem. The businesses within that building supplied clothing to major stores throughout the western world.

in relation to human rights violations are crystallising with new cases being brought every day. The need for law firms to advise clients on business and human rights is increasing. And law firms themselves need to look at their own obligations as businesses.

Some years before the Rana Plaza tragedy, the United Nations sought to develop a standard set of principles in the area of business and human rights. This was in recognition of increasing globalisation and the lack of international, and in some cases domestic, frameworks to deal with human rights violations.

In 2006 the UN appointed Professor John Ruggie, a former Harvard professor, as the Secretary General's Special Representative. He worked with businesses, civil society and governments in order to develop the UN Guiding Principles on Business and Human Rights.

The UNGPs, as they became known, are a

launched a National Action Plan on business and human rights, becoming the first country to set out guidance to companies on integrating human rights into their operations.

The UNGPs have also been incorporated or reflected in other global standards, such as:

- the OECD guidelines for multinational enterprises
- the ISO guidance on social responsibility
- and the European Commission's recent communication on corporate social responsibility.

The principles themselves are not legally binding. But there has been support for their implementation across governments and the private sector. And there has to be the hope that they may one day become mandatory requirements in many jurisdictions.

You may be aware that there are increasing calls for human rights disclosures by companies from stock exchanges, regulatory agencies and financial institutions. It would seem that across the board businesses are working to give practical effect to the UNGPs in their specific sectors as the business case for compliance becomes increasingly compelling.

Just like the UK Government I am proud to announce that the Law Society was the first bar association in the world to look at how the legal services sector translates the UNGPs into a practical standard. We at the Law Society of England and Wales felt that it was vital that the legal sector should lead by example, not least because our profession plays a key role in supporting the rule of law. We strongly believe that the promotion of business with respect for human rights is of fundamental importance. And we are committed to advancing this work.

Major companies are increasingly expecting their entire supply chain, including professional service providers such as law firms, to demonstrate that they are respecting human rights.

## The ramifications of legal liability in relation to human rights violations are crystallising with new cases being brought every day.

The fall-out has been huge. Human rights organisations, governments and the clothing industry have all responded. The debate which followed centred understandably upon the need for increased corporate social responsibility across global supply chains.

Questions were asked. For example, do global enterprises have a responsibility for the staff in their supply chains as well as to their own direct employees in the west? And if so, where should the line be drawn - if at all?

This is not a new debate, but it is one that is gaining momentum and becoming increasingly prominent. The ramifications of legal liability

framework made up of three central pillars:

- the state's duty to protect against human rights abuses by third parties, including businesses;
- a need for greater corporate responsibility and respect for human rights; and
- the need for greater access by victims to effective remedies, both judicial and non-judicial.

The UNGPs were unanimously endorsed by the UN Human Rights Council in 2011 and are now widely viewed as the authoritative statement of the respective roles of business and governments.

In September 2013 the UK Government

The public and political mood has shifted. We consider that the scrutiny of business behaviour is likely to intensify.

The Law Society's first step was to set up an advisory group to consult with the legal sector. This group was made up of expert practitioners drawn from a cross section of our membership. It included in-house solicitors and those from our major City firms, as well as niche human rights practices.

The 'terms of reference' focused on:

- education, raising awareness
- codes of conduct and regulation, and
- practical guidance.

The group produced a final report earlier this year. This set out 11 clear recommendations as to how the Law Society could support its members in this new and rapidly evolving area: We are currently looking at how these can be

practically implemented, and will be launching the second stage of this project in early 2015.

There are certainly many challenges ahead. We are well aware that we do not have all of the answers.

I do however find it somewhat worrying that the UK's response to human rights domestically has a somewhat different flavour than the message we are projecting internationally. In October of this year the UK Conservative Party, the majority party in our coalition government, announced their plans to "scrap" the Human Rights Act should they be re-elected. They plan to replace it with what they have called a Bill of Rights, which will contain additional qualifications to rights guaranteed by the European Convention on Human Rights. The Law Society rejects this approach.

Chair of the Law Society's Human Rights Committee, Stephen Grosz, has said: "By

diluting rights protection at home, we undermine our moral authority to speak up against abuses elsewhere; and we allow other countries to justify their own misconduct by pointing to our poor example."

We believe that human rights should never be used as a political tool, and that any changes that are made should broaden guarantees of fundamental rights rather than seek to limit them.

Andrew CAPLEN  
President

*The Law Society of England and Wales*  
London, United Kingdom  
[president@lawsociety.org.uk](mailto:president@lawsociety.org.uk)

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

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

> The UIA offers you various partnership options, such as:

- openings for promotional products;
- financing a social event.

> Link your firm with a prestigious international lawyers' organisation accredited by several international judicial institutions and organisations

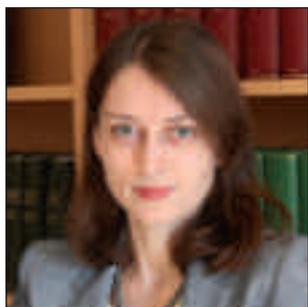
> Gain recognition among major personalities in legal circles and lawyers active at an international level



Informations  
& Contact

Noelia Alonso Morán, Development & Partnership co-ordinator

Email: [nalonso@uianet.org](mailto:nalonso@uianet.org) - Tel: +33 1 44 88 55 66 - Fax: +33 1 44 88 55 77



# Human Rights Violations by Multinationals: How Can Abuses Be Prevented?

I Ajda CEVC

## I The Background

During the last decades we have seen increased awareness and consequently, advancement in the field of corporate social responsibility. During the 1990's, non-governmental organisations (NGOs) commenced launching 'naming, shaming and blaming' campaigns, in which they exposed the adverse effect on human rights of business practices, globalisation and outsourcing.

The international community has responded on different levels – civil society has become aware of the issues and has continued exposing challenges and violations, pressing companies to take responsibility. International

companies, it is first necessary to outline the current framework of international human rights law, and highlight the gaps relating to the activities of the corporations. Only then is it possible to introduce correctives into the current legal system which might prevent further violations by multinational companies. In the end it is necessary to look at the violations of human rights from a broader perspective of the 'planned misery' theory, as this seems the only way to come up with holistic and effective solutions that would result in strengthening of human rights for the affected individuals and communities.

Modern human rights law started developing after World War II through the adoption of

state. In reality, a vast number of states cannot or do not want to fulfil these obligations, which leads to a situation when MNCs conducting business in these jurisdictions find themselves in a position where not respecting human rights would go unpunished. The main reason why we have reached in the current situation is that some states are not fulfilling their obligations to protect human rights within their jurisdiction. This inevitably leads to the question whether a treaty on human rights and business could change the present situation.

## I A Treaty Solution?

Currently, a group of around 70 (mostly developing) states, headed by Ecuador as its head, are attempting to set in motion the drafting process of a UN convention on business and human rights. If we consider that states would be signatories to a treaty, this suggestion raises numerous doubts as to the effectiveness of such a document. The worst violations of human rights by MNCs are taking place in developing countries, which to an extent already have ratified core human rights treaties, but are unable to live up to their standards. Therefore the idea that another treaty which would not bring anything new but rather just restate rights and obligations could prevent adverse human rights impacts seems utopian. One could even say that developing states are trying to impose human right standards that they themselves are unable to protect on the MNCs doing business within their jurisdiction. If states are not able to control their own agents and their actions, it is very unlikely they would be able to do so regarding private actors.

Such a treaty could contribute to an expansion of extraterritoriality. It would not have a direct impact on human rights, but it seems rational to assume that MNCs would become much more careful under threat of being brought to court in their home country for their conduct abroad. In reality, we should keep

The challenge, therefore, in today's globalised world is to hold companies responsible for respecting human rights throughout their operations.

organisations have adopted standards and guidelines. Numerous voluntary initiatives to which companies can adhere have been created. Some countries are addressing this issue through national legislation. Companies have been adopting and implementing codes of conduct and we have seen a rise in legal cases involving multinational corporations (MNCs) as defendants.

The variety and range of these responses demonstrate the complexity of the area of business and human rights. The bodies of law that possibly apply in relation to such violations, or adverse human rights impacts, are, *inter alia*, national criminal, civil and company law, international human rights law, international criminal law and international trade law. Such 'polycentric governance' makes it hard to legally evaluate the issue, considering that a unified manner of response in each different legal branch is almost impossible to reach.

In order to propose effective prevention of human rights violations by multinational

international treaties as a response to the atrocities that took place during the war. At that time, states were the most powerful actors and, as such, the only ones in a position to impact human rights. Therefore it was natural that states were the signatories of the treaties by which they acknowledged human rights, took responsibilities to protect them thus limited their sovereignty.

Since then, globalisation has resulted in a shift of power. Today, more and more MNCs to some extent rival the economic power of states and are consequently in a position to impact human rights through their activities. This was unthought-of when fundamental human rights treaties were drafted.

The challenge, therefore, in today's globalised world is to hold companies responsible for respecting human rights throughout their operations. It should be borne in mind that the duty to protect human rights within its territory, including from interference by third parties, is traditionally a responsibility of the

in mind that such provisions in a potential treaty would undermine the very basis of current legal systems both national and international. The notion of sovereignty is one of the foundations of international law and it is therefore hard to believe that states would be keen on exercising their jurisdiction over actions of private actors on the territories of other states for fear of reciprocation. Even if political will for this were to exist, it would still not apply to the majority of cases of violations of human rights by multinational companies for reasons of subsidiaries, separate legal personalities and the corporate veil. The principle that one can be responsible only for his own actions is one of the foundations of all legal systems and challenging it in order to hold parent companies responsible for actions of their subsidiaries seems destined to fail, as it represents a slippery slope undermining the current legal order.

So it appears that all that a business and human rights treaty could offer would be to restate what already exists in current treaties. Anything remotely efficient outside of this would drastically alter current legal systems and therefore it is not sensible to force this approach at a point when stakeholders have finally agreed on a major document – the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UN Guiding Principles). It should not be overlooked that any unsuccessful treaty might even suppress the development and undermine an achieved stakeholders' consensus on the UN Guiding Principles.

For this reason the perspective on looking at violations of human rights and business should be reversed. Instead of approaching it from the point of view of rigid and relatively inefficient international human rights law, where any success of a possible treaty is questionable, we should try to address the issue from the other side – the business side.

## I A Short-Term Solution

Business has experienced fast development in the last decades. Technology, wide support and globalisation of the economy have led to an efficient and highly adaptable system, where changes, even legal ones, can be made in a matter of days. Companies and their activities are traditionally regulated by national

laws of the country of operations. Therefore it seems reasonable to address the gap between business and human rights through company law. Due to the fact that this is the field of law business depends on, it is more likely to be efficient than the remote provisions of international law.

The solution proposed here is obviously not an overall solution to all human rights violations by MNCs. Given the gravity and the extent of the problem, it is logical to introduce a solution that has an effect on the widest business environment and would be easily implemented to suite fast, modern economic activities. Furthermore, the answer given is not an innovation as it is one of the focal points of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights – human rights due diligence (HRDD).

HRDD is “an ongoing management process that a reasonable and prudent enterprise needs to undertake, in the light of its circumstances (including sector, operating context, size and similar factors) to meet its responsibility to respect human rights.” It serves as a tool for companies to “identify, prevent, mitigate and account for how they address their adverse human rights impacts.” The main features of HRDD are (according to the UN Guiding Principles) identifying and assessing actual and potential adverse human rights impacts of their business activities or business relationships, effectively integrating findings from the impact assessments to the relevant processes and taking appropriate action, assessing the effectiveness of the company's responses to the adverse human rights impacts and external communication about these actions.

Implementing HRDD into national legislation, as an integral part of managerial duty of care, would make it obligatory for managers to bring the aspect of human rights into every major business decision as this is in the best interest of shareholders and the company in a long-term view. Not doing so (adequately) would result in a violation of company law – managerial duty of care. Judicial review of managerial duty of care is rather limited (business decision judgement); nevertheless, the issue concerned here is the actual conducting of HRDD and not the

managerial decisions taken afterwards.

HRDD itself therefore does not directly prevent human rights violations from occurring. However, it demonstrates (if properly done) the risks regarding certain activities a company might face. This is a secure way to put company in a position to do something about potential and actual human rights impacts.

With the increasing number of corporate social responsibility policies being drafted over the last years, multiple companies have been proclaiming their commitment to human rights. However, without proper HRDD they cannot know what is actually happening e.g. at their subsidiary's factory or supplier's plantations. Implementing HRDD in national company law is a good start, as it forces managers to look beyond their headquarters. HRDD would present the manager with concrete information on which human rights are at stake and how to avoid adversely impacting these rights. It also has a psychological effect as it makes it harder to ignore the issues when written down in a document you are aware of the existence of. Moreover, the company would be able to use adequately done HRDD at court as proof that it acted as a 'prudent and reasonable enterprise' in order to avoid negligence lawsuits. In the same way, not doing HRDD or not doing it properly would demonstrate (besides violating a company law) a high level of negligence.

Of course, it would prove difficult to establish right away how thorough HRDD has to be in certain types of sectors, or what responses and actions a company is expected to take, as all legal principles need time and jurisprudence to evolve. In time we could expect solid standards on how a reasonable and prudent enterprise would conduct HRDD in certain situations.

HRDD would in a way circumvent the issue of extraterritoriality as it would not directly deal with violations abroad, but would still have a preventive impact on them. MNCs would have to conduct HRDD regarding all their business decisions, including for those abroad. Of course, national courts would not have jurisdiction over those actions abroad, but company could be held liable for not

conducting HRDD (properly). Moreover, considering the fact that most of the MNCs come from developed countries where enforcement of laws is rather effective, such laws would have great worldwide impact.

For coherency reasons, provisions on obligatory HRDD should be implemented in international policies and practices as well, especially in financial institutions like the World Bank, whose actions were not directly addressed in the UN Guiding Principles as these only address Member States in international organisations and not organisations themselves.

This proposal on how to prevent adverse human rights impacts by businesses is not made on the presumption that all HRDD, by all companies will be done properly and that all human rights violations will cease to occur, but with the understanding that introducing such a major shift in business decision-making as a human rights factor, is a complex and long-term process that will need to mature with time. Nevertheless this solution does not entail some shortcomings of a possible business and human rights treatier: HRDD already has a wide support within UN Guiding Principles and implementation on a national level would be faster than through treaties; it is not expanding jurisdiction, yet it concerns all business relations MNCs are involved in; and it gives specific instructions on what a manager should do in order to respect human rights instead of general provisions on respecting human rights. Nonetheless, after examining HRDD as a possible short-term tool to prevent human rights violations by MNCs, some focus should be put on the wider perspective of human rights violations.

## I A Long-Term Problem

Susan Marks wrote about the shortcomings of a 'root cause' approach to investigation of violations of human rights in her famous 2011 article, where one of the three outlined problems in addressing human rights violations is that 'the effects of human rights violations are treated as though they are causes.' Business and human rights is a relatively new legal area, receiving a lot of attention from legal experts searching for possible solutions. This can be tricky as looking for a solution in

the form of new laws within the system that has created the issue might not be effective as only consequences – violations – are being addressed.

Applying Marks' theory to business and human rights, it is evident that business itself is not some 'random, coincidental occurrence' that we need to fix in order to protect human rights; the problem is systemic – the global, socio-economic order that created a state where it is normal to harm people and the environment for the sake of profit – 'a planned misery'.

Therefore, even with strict regulation of business, human rights violations are not necessarily a thing from the past. Violations will probably emerge through another channel. For example, before the occurrence of multinational corporations, human rights violations in colonies occurred as a side effect of economic policies and exploitation. After the emergence of modern international law such exploitation somehow shifted to the private actors' sphere, also through international financial institutions which are structured in a way to benefit certain states. Human rights were introduced as a corrective to the very economic system prone to violating them, thus staying within such a system makes the efficiency of new human rights legislation doubtful, as a system prone to violating them will inevitably always find new ways to do so. Human rights violations are therefore necessary, somehow 'planned', in order to maintain the system as it is.

The purpose of the latter passage is not to undermine the legal advancements in the field of business and human rights, but rather to introduce a much needed perspective in the discussion that often stays within the very narrow parameter of a hard law – soft law debate. There are several reasons for such inhibitions in addressing human rights by academia and experts – one of them being a fear and a common belief that exploring the root causes of human rights violations all the way to the level of socio-economic and geo-political system failures would make the author political, thus not-academic and less credible. This mentality needs to be eliminated in order to promote the discourse about the real root causes of human rights violations,

even if it sometimes crosses the fine line between political and legal discourse.

## I Conclusion

The approach that this short essay has tried to outline with HRDD is predominantly pragmatic: focusing on HRDD for its relatively easy implementation in national legislation, and because it introduces a human rights perspective in all aspects of business. This would be an important development due to the fact that companies, traditionally, have not been addressed in a human rights context, especially not through national legislation. Moreover it is pragmatic as the basic principles of HRDD are outlined in the UN Guiding Principles, which already have a wide support among the relevant stakeholders, including the business community.

However, if one's objective truly is universal human rights of every individual, sooner or later it will be unavoidable to address our society's system and not just its means (business). Corporations have contributed immensely to the improvement of life standards for many. Yet for some, the level of enjoyment of their rights has worsened. With any kind of new laws in the area of business and human rights we should not lose a necessary perspective – sustainable business that benefits everyone equally. This perspective will eventually have to be understood and lived by every individual member of the society. In Krishnamurti's words: *"It is no measure of health to be well adjusted to a profoundly sick society"*.

Ajda CEVC  
Lund, Sweden  
ajda\_cevc@hotmail.com



# Violaciones de derechos humanos y multinacionales: Medidas de prevención



■ José Adolfo ANLEU JO

## ■ El problema

¿Qué sucede si una víctima pretende accionar ante tribunales internacionales porque siente que sus Derechos Humanos (DH) han sido violados por parte de una Empresa Multinacional (EMN)? Para darnos un ejemplo podemos analizar el folleto informativo número siete de la Organización de Naciones Unidas (ONU). Una persona podría acudir a éste instrumento ya que en la portada dice “Procedimientos para presentar denuncias.” Sin embargo, la tranquilidad de la persona al encontrar dicho folleto duraría poco, ya que en una de las primeras páginas se establece que “Las denuncias con arreglo a uno de los cuatro tratados sólo se pueden presentar contra el Estado que cumpla con dos condiciones (...)”<sup>1</sup> Sí, habla de cómo demandar al Estado pero ¿y para demandar a las EMN? Por mucho que la víctima buscara, no encontraría esta información, ya que hasta el día de hoy no existe claridad en cuanto al status jurídico de las EMN en el ámbito internacional. Si bien es cierto que la doctrina clásica del derecho internacional indica que solamente los Estados son sujetos de derechos y obligaciones<sup>2</sup>, también es verdad que con la globalización las EMN cuentan, hoy más que nunca, con la posibilidad de violar derechos humanos en Estados ajenos a aquel en que originalmente fueron constituidas.

Entonces si aquella víctima de una EMN desea demandarla ante un tribunal internacional se topará con un **primer problema** que se presenta en el ámbito de derechos humanos y EMN: **el hecho de que las EMN no tengan un estatus jurídico establecido hace que no se les pueda demandar ante tribunales internacionales, aún cuando ellas sí pueden violar los derechos humanos de las personas, dándoles así una “invisibilidad jurídica”**.<sup>3</sup>

Muchas personas podrían pensar que ir ante tribunales internacionales es un método un poco exagerado. Después de todo, las EMN

están regidas por tres leyes: la del Estado receptor, la de los tratados que el Estado receptor haya firmado y ratificado y las normas autoimpuestas, por lo que un afectado podría ir fácilmente a demandarla a tribunales nacionales. Sin embargo, esto no siempre es tan fácil y mucho menos eficiente. Para efectos prácticos, me referiré a las leyes internas y a los tratados internacionales ratificados por los Estados receptores simplemente como “leyes internas”, ya que debemos recordar que en el momento en que un Estado firma y ratifica un tratado internacional dicho país deberá legislar de tal manera que sus leyes internas cumplan con el tratado firmado, por lo que éste se va convirtiendo poco a poco en normas nacionales.

Entonces, hay que tomar en cuenta que es muy probable que el Estado receptor (ante cuyos tribunales será demandada la Empresa) sea un país en vías de desarrollo. ¿De verdad se pretende entregar la custodia de los derechos humanos a un país así? En los países del tercer mundo muchas veces ocurre uno de tres casos:

- a) El país mismo es el principal violador de los derechos individuales. Por ejemplo, cuando un gobierno se establece ilícitamente en el poder y elimina a la oposición por medios juicios ilegales;
- b) la realidad del país no se presta para que los derechos humanos se respeten. Por ejemplo, en aquellos países de extrema pobreza en los cuales incluso los niños tienen que trabajar, no por decisión, sino que por pura necesidad y las EMN, aprovechando que esto implica mano de obra barata, los contratan; o
- c) las EMN, gozando de recursos casi ilimitados, pueden comprar a juzgados corruptos fácilmente. No es sorprendente entonces que después de ver la realidad de estos países muchas víctimas deseen ir ante tribunales internacionales a buscar justicia pero, como he dicho, esto no es posible.

Este es el **segundo problema** para quien desea responsabilizar a una EMN por la

violación de DH: **las multinacionales se encuentran regidas principalmente por leyes nacionales que muchas veces no se cumplen ya sea total o parcialmente por varios motivos, incluyendo los que mencioné anteriormente.**

Pero además se encuentran las normas autoimpuestas. En la actualidad, el ejemplo más claro de normas autoimpuestas son aquellas que provienen de la responsabilidad social corporativa (RSC). La RSC es “un compromiso inteligente y objetivo por el bienestar de la sociedad que reprime en el comportamiento individual y de la empresa toda actividad destructiva, aunque sea económicamente muy provechosa y que los dirigen hacia contribuciones positivas para la mejora del hombre.”<sup>4</sup>

Considero, después de haber estudiado Derecho, que para que una norma sea de eficaz aplicación debe de:

- a) ser impuesta por un tercero. Si el normado es quien la impone, siempre se impondrá una norma que le convenga;
- b) ser obligatoria. Si el normado puede escoger voluntariamente si dicha ley lo va a regir o no, escogerá que lo rijan solamente las que le favorecen y
- c) tener sanción. Si el normado se da cuenta que violar la ley no repercute de ninguna manera en su patrimonio ni en su persona, la violará cuando lo considere necesario.

Investigué sobre los varios instrumentos que utilizan las ONG que pretenden fomentar el cumplimiento de la RSC con bastante escepticismo y, en efecto, encontré muchos códigos de conducta, todos sin sanción sería en caso de incumplimiento. Sin embargo, sí encontré una herramienta que se está utilizando bastante pero, considero, de manera inadecuada. En **la solución** que planteo indico de qué manera podría ser aplicada de manera correcta y por qué es la mejor opción, tomando en cuenta que debe de poder funcionar sin topar con ninguno de los tres

problemas que planteo en el presente ensayo.

Los dos **problemas** que he planteado anteriormente se basan en el individuo: en cómo el afectado en sus derechos por parte de una EMN no puede alcanzar la justicia. Ahora voy a hablar del problema basándome en la comunidad internacional.

¿Acaso ésta no está interesada en resolver el tema este gran problema que enfrentan los damnificados por las EMN?

Por supuesto que sí: han existido varias iniciativas que han tratado regular a las EMN dentro del derecho internacional, pero nunca se ha logrado crear una normativa seria. Para ilustrar esto voy a señalar dos iniciativas que han pretendido imponer obligaciones internacionales a las EMN que ocurrieron en épocas muy distintas pero que se enfrentaron al **tercer problema**.

La primera iniciativa a la que me quiero referir es el Borrador de Código de Conducta de la ONU para las EMN. Se debe tomar en cuenta el momento histórico que se vivía cuando comenzó esta iniciativa: los años siguientes al final de la Segunda Guerra Mundial. Los países en vías de desarrollo deseaban evitar a toda costa volver a vivir los abusos y horrores de la guerra porque, si bien ésta fue entre Estados, varias empresas también se aprovecharon del conflicto.<sup>5</sup>

Después de un largo proceso de desarrollo que no es materia de este ensayo, que incluyó estudios, informes y creación de comisiones se logró el Primer Borrador, en el año 1982. Posteriormente se realizaron varios cambios y fue hasta el año 1990 que se presentó el Código Definitivo.

Al principio, dicho Código gozaba de popularidad y aceptación general. Sin embargo después de un tiempo empezaron las discrepancias. ¿Por qué? Para comprenderlo hay que observar quienes conformaban a los dos bandos que se oponían. Por un lado estaban los países menos industrializados, los que más probabilidad tenían de ser Estados receptores y, por el otro, los países desarrollados, Estados de origen. Los temas en los que discreparon fueron principalmente tres. El primero era ámbito de aplicación. Los países menos industrializados abogaban por una mayor regulación a las EMN y, si se tuviese que regular a los Estados receptores,

que esta regulación fuera mínima. Por su parte, el otro bando deseaba que se normara ampliamente el comportamiento de los Estados receptores. El segundo punto que causó debate fue el lenguaje que se tenía que utilizar en el Código. Los estados industrializados deseaban un lenguaje más amplio, cimentado en la buena fe y la moral y no tanto en obligaciones estrictas. Algunos autores han considerado que el razonamiento que tenían los Estados industrializados era que *“la diferencia entre los ordenamientos jurídicos, los objetivos políticos y las ideologías de unos y otros Estados harían imposible el forzar reglas obligatorias y específicas.”*<sup>6</sup> Los países tercermundistas, por su parte, demostraron temor a que las normas fueran solamente basadas en la buena fe y propusieron obligaciones claras y con sanciones en caso de incumplimiento.

El más importante debate se suscitó en cuanto a los principios generales que iban a ser la base para todo el Código. Los Estados desarrollados, teniendo amplia experiencia en el ámbito empresarial, deseaban que el Código se basara en estándares de derecho internacional. En específico, querían que quedara regulado el estándar mínimo de protección para las empresas y este fuera vinculante a todos los Estados. Sabían que al establecer ese mínimo de protección como obligatorio, la protección solo podría ir en aumento, por lo que las inversiones de sus ciudadanos estarían bien aseguradas. En total desacuerdo, los Estados menos industrializados deseaban un esquema que les diese a los Estados receptores más control sobre las EMN. Los desacuerdos y debates continuaron hasta que en 1992 los intentos de crear el Borrador fueron finalmente suspendidos.

La segunda iniciativa a la que hago alusión es importante porque la ONU se encuentra trabajando en ella en estos precisos momentos.<sup>7</sup> Considero curioso que mientras me encontraba en plena elaboración de este ensayo, la ONU hizo una resolución histórica: la de crear un tratado vinculante para todas las EMN. Nuevamente los votos se dividieron en dos bandos y al ver quienes votaron en contra de la resolución, se puede observar que lo ocurrido con el Borrador de Código de Conducta está sucediendo nuevamente: los que votaron en contra fueron los Estados Unidos y la Unión Europea (en general, países desarrollados y posibles Estados

de origen), mientras que los Estados que votaron a favor son menos desarrollados. ¿Qué pasa ahora? Tendremos que estar al pendiente, ya que ahora se creará un grupo o comisión que tendrá la dura tarea de crear el borrador del tratado en cuestión. Es imposible saber cómo terminará ésta iniciativa, pero si tuviera que hacer una suposición educada diría que no funcionará. ¿Por qué? Debido a que la iniciativa topará con el **tercer problema** que no permite una justa regulación internacional para las EMN: **si bien los derechos humanos son universales, los Estados tienen diferentes políticas económicas por lo que al de tratar de normar a las EMN para proteger a los derechos humanos, invariablemente caerán en roces ideológicos**. Seguro, todos los Estados quieren proteger los derechos humanos, pero cada quien a su manera. Y en cuanto se introducen variables como las EMN, las cuales representan grandes inversiones y riesgos para los Estados de origen las distintas visiones económicas se convierten en un verdadero obstáculo para crear normativa, particularmente cuando los dos bandos tienen que estar de acuerdo y firmar un único tratado. Entonces ¿cómo procedemos?

## I Solución

La solución para la encrucijada que he descrito tiene como base dos principios que aprendí a lo largo de mi carrera universitaria y que son aplicables a todos los humanos:

- a) todo hombre funciona y trabaja media vez esté incentivado; y
- b) todo hombre busca mejorar su condición actual.

Las EMN, al ser propiedad de humanos, también trabajan y operan en base a esos dos principios. De los dos principios que enumeré anteriormente se puede concluir que se puede moldear la conducta de los hombres y de las empresas si se logra conocer cuál es el bienestar que buscan y cómo se les puede incentivar para que lo busquen de cierta manera.

La solución que propongo se divide en un plan de cuatro etapas o fases. Por la amplitud de aplicación del plan considero que la entidad indicada para implementarlo es la ONU.

La primera etapa consiste en crear una verdadera conciencia mundial sobre los

derechos humanos. Digo “verdadera” porque en general todos conocen la existencia de dichos derechos, pero son pocas las personas que participan activamente en su protección. Además, con la implementación de la solución que planteo el individuo promedio podrá participar en la protección de derechos humanos sin tener que realizar un gran esfuerzo. Eso sí, antes de esa participación, tiene que existir la conciencia y el deseo de promover el respeto a los derechos humanos. Por supuesto, la Organización de Naciones Unidas cuenta con el conocimiento de cómo crear conciencia social ya sea a través de campañas publicitarias e innumerables herramientas, por lo que no me adentraré a hablar más de esto.

Para quienes puedan considerar que la opinión del público no es importante ni relevante, les insto a estudiar el caso de la empresa estadounidense Chick-Fil-A. Dicha empresa expresó en cierta ocasión que se encontraba en contra del matrimonio entre homosexuales. Es increíble ver la oposición que se suscitó contra dicho comunicado a tal punto que una ciudad incluso llegó a expresar que no deseaba que se instalaran nuevos establecimientos de la popular cadena de comida rápida en su territorio.<sup>8</sup> Por supuesto,

mucha de la gente que se opuso al comunicado ni siquiera era homosexual, pero aun así demostró su apoyo al matrimonio entre personas del mismo sexo. Ahora pregunto yo: ¿qué tiene que ver un restaurante que vende pollo frito con el matrimonio homosexual? Absolutamente nada, pero cuando cierto grupo se sintió amenazado, demostró su descontento a tal punto que el restaurante tuvo que rectificar lo que había dicho y pedir una disculpa pública. Entonces, si las personas abogaron por el derecho de los homosexuales (un grupo relativamente reducido), ¿por qué no habría de abogar por derechos que son de todos los seres humanos? Simplemente no se ha creado una conciencia social lo suficientemente fuerte.

La segunda etapa consiste en ampliar el uso que algunas ONG ya le están dando a una herramienta clave: el Certificado y Sellado. La manera en que esta herramienta funciona es la siguiente: una ONG da a conocer al público un logotipo y le hace saber que solamente las empresas que cumplan con ciertos requisitos de respeto a los derechos humanos serán autorizadas para usarlo. Después, contacta a las empresas de cierto rubro y les ofrece auditarlas. Si las empresas acceden y cumplen con los requisitos de protección a DH, se les

autoriza el uso del logotipo en sus productos, el cual el consumidor después reconoce y se espera que, en base a esto, lo prefiera por encima de otros productos que no cuentan con dicho logotipo.

De esta manera se incentiva a otras empresas a inscribirse a dichos programas: se logra que las empresas ya no solo compitan en cuanto a calidad y precio, sino también en cuanto a quién protege los derechos de cierto grupo de personas.

Como he indicado, dicho instrumento es muy bueno pero considero que tiene dos limitaciones principales, las cuales pretendo eliminar con la solución. La primera limitación es que, por su misma naturaleza, la ONG usualmente busca proteger solamente un derecho. Lo que busca mi Solución es proteger a todos los derechos humanos. La segunda limitación es que muchas veces el consumidor no tiene idea de lo que significa el sello en el producto, ni sabe de la iniciativa de protección que hay detrás de éste, por lo que no prefiere un producto que tiene el sello sobre uno que no. Esto se puede solucionar si se lleva a cabo la primera fase de ésta solución.

La tercera etapa consiste en la creación y firma

**Follow us on social networks!** Union Internationale des Avocats

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

**f** Stay updated with our latest news on Facebook

**Twitter** Follow our events as they are happening on Twitter

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

**UIA**  
www.uianet.org

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

de un tratado internacional. En virtud de dicho tratado, los Estados de origen deberán crear un tribunal ad hoc que se encargue y tenga jurisdicción solamente para conocer sobre casos en materia de Derechos Humanos y EMN y las violaciones sobre las que conocerá serán aquellas que hayan sido cometidas en un Estado receptor por una sucursal de una empresa cuya casa matriz esté en el Estado de origen. La víctima podrá, entonces, demandar desde su país presentando en una oficina oficial del Estado de origen (consulado, por ejemplo), para que la demanda sea enviada para su conocimiento al tribunal ad hoc. De esta manera, se estaría evitando tanto el **primer** como el **segundo problema**, es decir, ya que no se estaría actuando ante tribunales nacionales del Estado receptor y el cuestionable status internacional de las EMN no afectaría. Hay que recordar que en materia de derechos humanos no sería la primera vez que un Estado ampliara su jurisdicción para conocer sobre hechos que sucedieron afuera de su territorio.<sup>9</sup> Si en la sentencia la EMN resultara culpable, tendría que indemnizar al agraviado, pero además la ONU le quitará el derecho a utilizar el sello en sus productos, ya sea por un tiempo determinado, o para siempre, si la ofensa fuese demasiado grave.

Por último se encuentra la cuarta etapa. Si bien la empresa ya fue juzgada por el tribunal ad hoc, ahora le toca el turno de ser jueces a los consumidores: si las fases anteriores de esta solución han sido aplicadas correctamente, el público en general tendería a despreciar los productos que no tengan el logotipo de garantía y a preferir los que sí.

Es de esta manera que se utilizan los dos principios que mencioné al principio: absolutamente todas las empresas fueron creadas para generar ganancia económica y sus dueños esperan ganar cada vez más dinero con ellas. ¿Cómo se les puede incentivar a que cumplan con los derechos humanos? Demostrándoles, como consumidores de sus productos, que no estaremos de acuerdo con comprar sus productos si en la manufacturación de éstos se violaron los derechos humanos de alguien. O acaso, ¿no somos, como seres humanos, responsables de abogar por los derechos de otros de nuestra misma especie? Por supuesto que sí. En ese mismo momento existen EMN violando derechos humanos y es deber de todos nosotros lograr que se respeten.

De lo contrario, en palabras del autor Luis García Montero, “*la indiferencia nos convertirá en cómplices del poder.*”

José Adolfo ANLEU JO  
Guatemala City, Guatemala  
janleu@ufm.edu

<sup>1</sup> Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Procedimientos para Presentar Denuncias (Folleto Informativo Número Siete), marzo, año 2003. Disponible en [http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs7\\_s.pdf](http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs7_s.pdf)

<sup>2</sup> PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional, J. M. Bosch Editor, España, 2009, Página 21.

<sup>3</sup> MARTÍN-ORTEGA, O., Empresas multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional, Editorial J.M. Bosch, España, año 2008, Página 43.

<sup>4</sup> SATORRAS FIORETTI, Rosa, citando a ANDREWS, K., Responsabilidad Social Corporativa. La nueva conciencia de las empresas y entidades, J. M. Bosch Editor, España, año 2008, Página 27.

<sup>5</sup> Ver caso *Elsa Iwanowa v. Ford Motor Company*, en el que se demandó a dicha empresa por haberse aprovechado de trabajo forzado en la Alemania nazi. Disponible en [http://www.leagle.com/decision/199949167FSupp2d424\\_1453.xml/IWANOWA%20v.%20FORD%20MOTOR%20CO](http://www.leagle.com/decision/199949167FSupp2d424_1453.xml/IWANOWA%20v.%20FORD%20MOTOR%20CO)

<sup>6</sup> MARTÍN-ORTEGA, O., citando a LANSING P, y ROSARIA, A., op. Cit. página. 141

<sup>7</sup> Organización de Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, tercer ítem de vigésima sexta sesión, Promotion and protection of all human rights, civil political, economic, social and cultural rights, including the right to development, año 2014. Disponible en [https://www.globalpolicy.org/images/pdfs/GPFEurope/HRC\\_resolution\\_A\\_HRC\\_26\\_L22\\_Rev.1.pdf](https://www.globalpolicy.org/images/pdfs/GPFEurope/HRC_resolution_A_HRC_26_L22_Rev.1.pdf)

<sup>8</sup> El alcalde de Boston, Massachusetts, envió una carta en la que insta al presidente de la empresa a no abrir restaurantes en esa ciudad, ya que allí no existe lugar para la discriminación. Noticia disponible en [http://www.boston.com/yourtown/news/downtown/2012/07/boston\\_mayor\\_thomas\\_m\\_meninos.ht ml](http://www.boston.com/yourtown/news/downtown/2012/07/boston_mayor_thomas_m_meninos.ht ml)

<sup>9</sup> Por ejemplo, el Estatuto de reclamación por agravios contra extranjeros o ATCA, por sus siglas en inglés, en los Estados Unidos de América.

**Call for articles**

**juriste**

**L'équipe du Juriste International vous invite à devenir rédacteur !**  
Faites-nous parvenir vos propositions d'articles en français, anglais ou espagnol sur les sujets qui vous intéressent en matière de droits de l'homme, de pratique générale du droit ou sur la profession d'avocat.

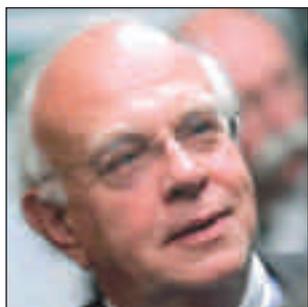
**Juriste International invites you to become an author!**  
Send us your proposed articles in English, French or Spanish on a subject of your choice in the fields of human rights, substantive legal issues or the legal profession.

**¡El equipo del Juriste International le invita a redactar un artículo!**  
Envíenos sus proposiciones de artículos en español, francés o inglés sobre la temática que le interesa en el ámbito de los derechos humanos, de la práctica general del derecho o relativo a la profesión de abogado.

**Informations**

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

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



# Prix Ludovic-Trarieux 2014

*L'honneur, l'utile et le bien*

## I Bertrand FAVREAU

À la cérémonie de remise du Prix Ludovic-Trarieux 2014, lors du 58<sup>e</sup> congrès de l'UIA, le Président du Jury, M. Bertrand Favreau, a présenté la lauréate Mahienour El-Massry, saluant son courage et son dévouement pour la défense des droits des prisonniers politiques et des réfugiés ainsi que pour la lutte pour une justice indépendante en Égypte.

Ainsi, 30 années nous séparent aujourd'hui de la date où ce prix est né. Et, c'est devant vous, chers amis de l'UIA, l'occasion d'une double célébration : le 30<sup>e</sup> anniversaire de la création, mais aussi la deuxième cérémonie de remise en Italie, après celle qui précéda, au Sénat à Rome, en 2008.

C'est pour cela qu'il a été décerné depuis 30 ans et qu'il a tour à tour magnifié le courage, l'engagement, les vertus de l'avocat sous toutes les latitudes. Nous croyons au caractère universel du tyran protéiforme. Il n'y a pas de spécificité régionale ou culturelle en Occident, en Orient, dans l'hémisphère nord ou dans l'hémisphère sud. Ce sont toujours les mêmes valeurs qui en sont les victimes.

Le plus illustre des Florentins, sinon le plus magnifique, Machiavel, raconte dans la première décade de Tite-Live que lorsqu'Alexandre le Grand voulu bâtir une ville pour servir de monument à sa gloire, son architecte Dinocrate lui fit voir comment il serait beau de l'ériger sur le mont Athos.

auspices de la tolérance, toujours présente depuis sa construction par Alexandre le Grand. Toutes les communautés de la Méditerranée comme les populations lointaines, des Arméniens aux Russes, se sont remises à vivre ensemble. La ville avait de la place pour tout le monde : même pour accueillir les marins insurgés du Cuirassé Potemkine après la révolution de 1905. Nul ne saurait en vouloir à ses habitants d'aujourd'hui de vouloir être fidèles au rêve d'Alexandre.

C'est dans cette ville, qui n'est sans doute plus la ville décrite par Lawrence Durrell, mais qui est la deuxième ville de l'Égypte d'aujourd'hui et deux fois plus ancienne que le Caire, que commence notre histoire.

Et, cela pourrait commencer comme un conte héroïque et cruel.

S'il s'agissait d'un conte, nous serions tentés à notre tour de réécrire ce qu'a écrit Voltaire : « il y avait dans Alexandrie une fille célèbre par sa beauté et par son esprit ». Pourtant ce n'était pas le début d'un conte, ni d'un roman. Ce n'était pas davantage un pamphlet. Ces mots n'étaient que le début du célèbre et important examen à l'adresse de Lord Bolingbroke, l'ancien premier ministre anglais. C'est-à-dire sans doute le plus implacable des réquisitoires qui ait jamais été écrit contre toutes les intolérances, notamment religieuses. Et, Voltaire nous a précisé immédiatement : « Son nom était Hypatie » ; rappelant ainsi que son héroïne était la fille de Théon d'Alexandrie, mathématicien et dernier représentant connu du fameux musée. Hypatie d'Alexandrie, mathématicienne et philosophe, devenue dès la Renaissance une figure emblématique convoquée jusqu'à nos jours comme porte-parole des causes les plus diverses. Celle qui n'a cessé d'inspirer les poètes et plus récemment les cinéastes, parce qu'elle est le plus illustre témoignage

**Ainsi, ce n'est sans doute pas parce qu'elle fut une héroïne de la révolte d'Alexandrie, mais parce qu'au-delà du 25 janvier Mahienour a inlassablement continué la lutte sous trois présidents successifs, dont un par intérim, que le jury lui a décerné ce prix.**

C'est surtout une occasion de célébrer aussi sa particulière signification et de le rapprocher de l'intention initiale. Il serait trop facile, en effet, de n'y voir par une approche réductive, que son apparente spécialisation, l'hommage des avocats à un avocat, comme une affectation purement corporatiste. Car loin d'être l'autocélébration d'une profession, il veut d'abord célébrer la vocation universelle des droits de l'homme qui dépasse l'exercice d'une activité professionnelle déterminée.

Il est fondé, en effet, sur la croyance indéfectible en la portée universelle des droits de l'homme dont les avocats ne sont qu'un vecteur, mais qui obéit à une particulière exigence dès lors qu'il s'agit de la mission de défendre.

Mais Alexandre refusa en demandant de laisser-là la montagne et de bâtir Alexandrie sur un lieu où, pour les temps futurs les habitants pourraient jouir de la beauté du pays dans une situation unique, au voisinage de la mer, à l'ouest du delta du Nil, entre le lac Maréotis et l'île de Pharos.

Cela, c'est du moins Machiavel qui l'affirme, à la différence de Plutarque qui affirme que la ville fut conçue dans un songe prémonitoire. Toutefois, – il nous faut l'admettre – ni Plutarque, ni Machiavel n'étaient alors présents et c'est une politesse du cœur pour nous, ici, à Florence que de préférer nous en remettre à Machiavel. Cela nous arrange grandement.

Ainsi, cette Alexandrie créée pour assurer le bonheur de ses habitants, allait vivre sous les

de la liberté de pensée, parce qu'assassinée par l'obscurantisme religieux autour de l'an 415 de notre ère.

Même si d'aucuns auraient pu la reconnaître trait pour trait dans le portrait dressé par Voltaire, notre héroïne à nous, ce soir, ne s'appelle pas Hypatie. Elle est Mahienour d'Alexandrie.

Mahienour El-Massry, bien avant la révolte en Égypte, se différencie par sa volonté d'aider les autres ; ceux qui sont les plus sans défense, ceux qui n'étaient pas aptes à réclamer les propres droits pour eux-mêmes. À Alexandrie, encore enfant, elle avait rencontré la désespérance sociale.

Plus encore, elle a été marquée dans sa chair pour la vie par un épisode de son enfance. Parce qu'enfant, elle a reçu une terrible blessure à l'œil dans un accident d'automobile alors qu'elle était à l'arrière de la voiture de son père, elle a appris pour la suite de sa vie, que la douleur de l'autre est toujours plus insupportable encore que la sienne, et combien est bien plus intolérable une pauvreté qui peut aller jusqu'à pousser les pauvres à préférer donner un de leurs yeux en échange d'une vie normale.

À cause de cela, sans doute, pour apaiser la blessure profonde du peuple égyptien, Mahienour El-Massry n'a pas attendu la révolte égyptienne du 25 janvier 2011. Elle n'a cessé de se distinguer en engageant ses jeunes compétences de juriste au service de l'indépendance du pouvoir judiciaire, des droits des détenus, du droit d'organiser des manifestations pacifistes, du soutien aux hommes politiques prisonniers et l'usage social des médias pour dénoncer les violations des droits de l'homme.

Elle n'a cessé de donner des conseils juridiques aux familles des martyrs, des centaines de travailleurs licenciés sans raison valable et elle a co-fondé une association avec Mukhtar, le « Refugee Solidarity Network », pour dispenser une assistance médico-légale aux réfugiés syriens et palestiniens, emprisonnés pour avoir réchappé à leur tentative de rejoindre illégalement les côtes européennes par mer.

Autre recommencement... C'est à Alexandrie qu'est mort le premier martyr du printemps, l'année d'avant, le 6 juin 2010. Khaled Saïd avait 28 ans comme Mahienour aujourd'hui. Il a été enlevé dans un cybercafé et battu à mort par deux policiers. Bien avant le soulèvement de 2011, il est devenu le héros d'une génération et pas seulement dans son quartier d'origine au nom emblématique de Cleopatra.

Lorsque les manifestations de soutien à la mémoire de Khaled Saïd se sont multipliées, Mahienour a toujours été au premier rang. Comme elle fut en première ligne au plus fort du 25 janvier 2011. Ce 25 janvier qui marque l'anniversaire de la fondation d'Alexandrie, le 25 du mois égyptien de Tybi (ou le 25 janvier 331 av. J.-C.), où 100 000 Alexandrins dans un long cortège pacifique et silencieux se regroupèrent sur la route de la corniche.

Car, ce n'est pas au Caire, mais à Alexandrie, que le 28 janvier, les manifestants ont pris le dessus sur la police et que le bâtiment du gouvernorat a brûlé. C'est le jour où il y eut les premiers morts, aussi. Cette date est devenue pour tous, « le 28 », sans indication de mois, chiffre emblématique – un âge, une date. Puis les manifestations n'ont plus cessé.

Sans doute Mahienour El-Massry fut-elle plus une avant-gardiste qu'une enfant parmi d'autres de ce que les occidentaux ont appelé, dans leur engouement sans doute excessif et irraisonné, le « printemps arabe ». Cette vague qui apparaissait s'être levée, enfler irrésistiblement et submerger les régimes autoritaires, policiers et tous les autres du Proche et du Moyen-Orient.

Ce printemps-là, ce prix n'avait pas attendu de le vivre ou même de l'espérer pour pouvoir le célébrer. Même s'il est toujours plus facile de se laisser porter, sinon bercer, par l'actualité, nous avons voulu écouter le chant d'un printemps futur, en célébrant les souffrances de ceux qui luttèrent au cours de l'interminable hiver.

En 1996, déjà, ce prix, décerné à l'avocat Najib Hosni, disait suffisamment que la

Tunisie n'était pas un État de droit où les avocats pouvaient exercer normalement leur métier. Les avocats tunisiens ont été au premier rang de la révolution qui a renversé le régime policier. Najib Hosni, 1996 : c'était 15 ans avant.

En 2004, en remettant un prix à Aktham Naisse, quelques semaines après avoir milité heureusement en faveur de sa sortie de prison, en Syrie, nous avons dit et décrit ce qu'était la situation véritable de la Syrie et la réalité du combat quotidien des avocats syriens.

En 2011, nous l'avons dit encore, lors d'une élection sans précédent qui n'avait pu distinguer que d'une voix le lauréat libyen. Le jury avait rendu hommage à un avocat égyptien, Ahmed Seif El-Eslam dont il faut ici saluer la mémoire puisqu'après de longues années d'un combat pour les droits fondamentaux, il nous a quittés, il y a quelques semaines, et que ses enfants subissent à leur tour les mêmes affres que lui parce qu'ils poursuivent son combat. Quels qu'aient pu être les raisons du choix final, nous avons alors proclamé que nous n'entendions aucunement sacrifier à l'illusion du temps et que, pour la Tunisie, l'Égypte, la Libye, comme pour les autres pays où le ferment de la révolte n'avait pu prospérer, rien ne changerait dans notre analyse future des situations et des hommes.

Et, lorsque nous avons remis ce prix en 2011, nous savions que nous ne célébrions que les engagements passés et qu'il convenait expressément de réserver l'avenir comme si nous avions su que les plus beaux élans peuvent ne pas durer parce que la lutte pour les droits de l'homme, en Occident comme en Orient et du Septentrion aux terres australes, doit recommencer chaque matin. Nous observions, déjà, les régimes nouveaux en renforçant notre vigilance pour d'éventuelles nouvelles victimes : « Mais, la règle de ce prix est invariable et, si, comme dans un cycle fatal, revenaient alors les vieux démons qui viennent parfois corrompre les meilleures intentions de ceux qui ont accédé au pouvoir, nous recommencerions à dénoncer. Nous devons dénoncer le mal, toujours tapi dans l'ombre, qui viendrait à ressurgir. »

Ainsi, ce n'est sans doute pas parce qu'elle fut une héroïne de la révolte d'Alexandrie, mais parce qu'au-delà du 25 janvier, Mahienour a inlassablement continué la lutte sous trois présidents successifs, dont un par intérim, que le jury lui a décerné ce prix.

À Alexandrie, 18 jours après la révolte, ce fut la délivrance. Du moins, le croyait-on alors. Aussitôt après que la corniche se fut couverte de drapeaux aux couleurs de l'Égypte, et que la foule eut étiré sa longue procession en un croissant humain victorieux le long de la mer, ce jour-là, le premier acte de Mahienour El-Massry fut de se rendre sur la tombe de son père et de sa tante, les deux personnes qui ont forgé les convictions qui animent sa vie. Et elle s'est adressée successivement à l'un et à l'autre. Se tournant vers son père, elle a dit : « Je voudrais que tu sois ici, il ne te plairait pas de savoir ce que j'ai fait. Tu disais que le monde ne serait jamais changé, qu'il y n'avait pas d'espoir et que la souffrance faisait partie de la vie humaine. Je regrette, je voudrais que tu sois ici pour voir que ceux qui s'appelaient esclaves, maintenant, ils ne le sont plus. Leur vie sera meilleure parce qu'ils ont cru dans un rêve dans lequel ils continueront à vivre. » Puis, à l'intention de sa tante : « Je voudrais que tu sois ici, tu serais heureuse de dire à tous que tu avais raison, à tous ceux qui disaient que rien ne serait changé ».

Car, Mahienour El-Massry croyait en un changement du système égyptien mis en marche par les citoyens et remontant jusqu'au sommet de l'État. Elle espérait que tous allaient être les acteurs de ce changement. Mais il y eut « l'après 2011 ». C'est bien ceux-là que nous célébrons aujourd'hui : ceux qui ont continué le combat immuable. Ceux qui, comme Mahienour El-Massry, n'ont pas accepté qu'on leur vole leur révolution. La révolte avait pour objet de changer de régime, pas de changer de tyran.

Mahienour El-Massry l'a écrit: « Nous avons pensé que le changement politique conduirait à un changement dans la société. [...] Les gens méritent mieux que cela, nous ne sommes pas encore parvenus à la justice. Nous avons continué à essayer de



construire une société meilleure ! ». Avant elle, très loin de là, sous le ciel birman, Aung San Suu Kyi, l'avait bien expliqué : « Sans une révolution de l'esprit, les forces qui ont produit les iniquités de l'ordre ancien continueront de prévaloir... »

Mahienour, elle, sait à quoi aspire uniquement la majorité du pays : c'est le droit au pain, à la liberté, à la justice sociale et à la dignité humaine. Elle nous rappelle que ce « printemps » n'était pas celui que nous autres occidentaux aurions, par confort, voulu y voir, mais qu'il ouvrait un cycle nouveau. Le chant du printemps, celui du jasmin, du papyrus ou du lotus n'est pas le chant d'un instant. Il est une mélodie pour la fin du temps. Il est un refrain, qui doit être toujours ré-entonné quelque part.

Alors, Mahienour a été le fer de lance de l'après-révolution, des nouvelles manifestations, sur la place Mansheya, sur la place de la garde Sidi Gabès, autour de la mosquée Qaed Ibrahim. Lorsqu'en 2013 est intervenue la loi anti-manifestation qui interdit la réunion de 10 personnes ou plus sans un permis délivré par les autorités, elle a encore manifesté.

À ces manifestations, Mahienour a apporté son énergie en même temps que sa sérénité, illustrée par son sourire. Car la détermination de son message est toujours ourlée d'un indéfectible sourire. C'est ce sourire qu'elle nous apporte ici ce soir, dans cette ville de Florence – croisée des itinéraires ou ironie des rencontres – dans cette ville où fut peint le premier, et plus fameux, le plus éternel sourire de la peinture, celui de la femme de Francesco del Gioconde.

Mais le sien n'est pas un sourire énigmatique, un sourire qui s'ébauche, à peine esquissé, avant de s'éteindre. Ce n'est pas le début d'un rire. Non, c'est un sourire indéfinissable, un sourire franc, sans retenue, ni afféterie, un sourire naturel, comme l'affleurement d'une âme apaisée, fier de son combat et sûr d'une victoire inéluctable. Un sourire immuable, celui de la sérénité.

Le 2 janvier 2014, Mahienour était condamnée par un tribunal d'Alexandrie à deux ans de prison pour avoir participé à une manifestation pacifique au cours du procès des assassins de Khaled Saïd. Ils n'étaient que 19 manifestants. Malgré cela, les forces de sécurité avaient eu recours aux grenades lacrymogènes. La peine a été confirmée le 20 mai et elle a aussitôt été jetée en prison.

Mahienour est allée en prison parce qu'elle continuait de défendre la liberté d'opinion, la liberté de penser et la liberté de manifester, l'une de ses composantes les plus exigeantes – la preuve en est que dans tous les pays elle est surveillée, encadrée, jugulée, et parfois même dans les pays les plus démocratiques, vidée de sa substance. Mahienour a continué à lutter pour la faculté de s'opposer, la liberté de s'indigner et de le faire savoir publiquement, consubstantiels à la démocratie.

À peine condamnée, elle a refusé de se taire face à l'injustice, et a crié plus fort encore : « À bas la loi anti-manifestation ». Depuis sa prison, elle a rejeté toute amnistie, tant que la loi anti-manifestation ne sera pas abrogée et elle s'est interrogée sur l'étrangeté de la situation : « Nous avons protesté pour faire tomber un système politique et judiciaire et, maintenant qu'il y a un régime qui est arrivé au pouvoir par les manifestations, il nous met en prison pour avoir manifesté ».

Le 25 juin, alors qu'elle était encore en prison, elle a appris qu'elle avait remporté le prix international des droits de l'homme Ludovic-Trarieux. Immédiatement, le jury a appelé les autorités égyptiennes à libérer immédiatement, et sans condition, Mahienour El-Massry.

Lorsque le 20 juillet elle a à nouveau comparu, détenue, devant une cour d'Alexandrie, elle a été enfermée dans une cage de fer grillagée, vêtue de sa chasuble pénitentiaire, une chlamyde blanchâtre, bleutée ou délavée, et elle a offert au monde qui l'observait, son immuable sourire et le « V » de la victoire.

Certes, ce n'était pas son sourire habituel, le sourire de ce printemps toujours recommencé, parce qu'il ne doit pas cesser avant le vrai succès.

Son sourire était strié par les barreaux de sa cage judiciaire, quadrillé par le grillage, c'était un sourire de liberté. Gandhi avait raison : la liberté se conquiert dans les prisons.

Beaucoup ont proposé à Mahienour El-Massry d'échapper, de quitter l'Égypte et de lutter contre le régime de loin ; mais elle n'a jamais accepté: « J'aurais bien aimé pouvoir m'évader et me cacher mais en réalité je n'y arrive pas. Je sens qu'il faut que je fasse front, même si ce face-à-face n'est pas vraiment en notre faveur dans l'équilibre des forces, mais c'est avant tout important pour mon bien-être psychologique... Si l'on mérite d'être puni pour avoir rêvé d'une vie meilleure pour l'humanité, alors que l'on soit puni, et puis c'est tout. »

Cela s'appelle le courage. La revendication de l'universel exige du courage. Alexandre Soljenitsyne l'avait dit à Harvard, en 1978 : « Faut-il rappeler que le déclin du courage a toujours été considéré comme le signe avant-coureur de la fin ? »

Et chacun ici connaît déjà la suite de l'histoire. La peine a ensuite été réduite à six mois de prison, le 20 juillet 2014. Mais le 21 septembre, la Cour d'appel a décidé de la libérer en cours d'exécution. Mahienour, cependant, n'a pas oublié ceux qui sont moins chanceux qu'elle, et continue d'aller voir les prisonniers dans les prisons et crier haut et fort : « manifester est notre droit, nous rejetons la loi anti-manifestation. »

Il ne s'agissait pas d'un aboutissement mais d'un simple commencement. Ce que nous

célébrons ici, c'est le respect des droits de l'homme qui ne s'apprécie jamais à l'aune de ceux qui les proclament mais dans le cri de ceux qui souffrent de leur absence, de leur insuffisance ou de leurs déviances. Les droits de l'homme ne sont une aspiration universelle que dans la quête exprimée par les victimes qui y aspirent, qui les revendiquent, jusqu'au sacrifice, pour en jouir, non pas pour eux-mêmes, mais pour tous les autres.

Mahienour est le symbole de cette universalité ressourcée, revendiquée, exacerbée.

Il y a un poème posthume de Leopardi qui s'appelle : « Le genêt ou la fleur du désert ». C'est plus une parabole ou un apologue qu'un poème. Il apostrophe une dernière fois un « siècle superbe et sot », en parlant au « souple genêt » - « E tu, lenta ginestra » - symbole d'une humanité qui résiste aux forces hostiles, et il lui dit :

*«Il tuo capo innocente:*

*Ma non piegato insino allora indarno*

*Codardamente supplicando innanzi*

*Al futuro oppressor; ma non eretto*

*Con forsennato orgoglio inver le stelle,*

*Nè sul deserto, dove*

*E la sede e i natali*

*Non per voler ma per fortuna avesti;*

*Ma più saggia, ma tanto*

*Meno inferma dell'uom...»*

Sans doute, est-ce là, la raison pour laquelle le jury a choisi, cette année, de décerner le prix à une très jeune avocate. À ce jour, la plus jeune puisque – fait singulier – elle est la première lauréate plus jeune que le prix lui-même.

Nelson Mandela était encore en prison, déjà depuis 25 ans, et encore pour trois ans, lorsqu'elle est née.

Mahienour El-Massry illustre mieux que tout autre ce que nous savions déjà : être avocat, c'est un état d'esprit.

Elle nous dit plus encore.

Un grand avocat florentin, d'un autre temps – car il fut d'abord un avocat illustre même s'il fut, il est vrai par la suite plus connu

pour ses talents de diplomates ou son œuvre d'historien – Francesco Guichardini – que les Français appellent Guichardin – et qui n'était pas, à vrai dire, un grand apôtre de la liberté, avait su s'opposer, au moins sur un point ontologique, à Machiavel.

Tandis que Machiavel affirme, au chapitre 25 du Prince, que la fin poursuivie par chaque individu dans sa vie était inexorablement « la gloire et la richesse », Guichardin répondait que la gloire et la richesse ne sauraient en aucun cas constituer l'aiguillon de l'existence humaine. Il dit, au contraire, dans ses Ricordi, que « tous les hommes n'ont jamais eu d'autre quête que l'honneur et l'utile ».

Ludovic-Trarieux, lui aussi, écrivait, à 22 ans à peine : « Lorsque le soleil pâli du dernier rivage sera venu glacer nos fronts, nous n'emporterons de ce monde que ce que nous y aurons fait de grand, d'utile et de bien ! »

L'honneur, l'utile et le bien ?

À l'orée de sa si jeune existence, à l'aube de sa carrière exigeante, dévouée à tous ceux qui sont sans droit, elle illustre mieux que nous tous : le bon, l'utile et le bien.

Ainsi, Mahienour El-Massry renvoie sur nous un peu de cet honneur, de cette utilité qui rejaillit sur nous qui exerçons le même métier.

Dans l'éclat de sa jeunesse, Mahienour contemple ici du haut de ses 28 ans. Elle donne une leçon aux plus anciens. Elle nous permet d'être plus fiers de ce que nous sommes. C'est pour cela que les avocats du monde que vous êtes, vous les membres de l'UIA, vous qui célébrez la défense de la défense, vous vous inclinez devant elle, en cet instant, où va lui être remis ce prix.

Bertrand FAVREAU

Président du Jury du Prix Ludovic-Trarieux 2014

Président de l'IDHAE

Bordeaux, France

*Discours prononcé lors de la cérémonie de remise du Prix Ludovic-Trarieux 2014, Florence, 31 octobre 2014*

# Ludovic-Trarieux 2014 Prize

Speech by Mahienour EL-MASSRY



## ■ Mahienour EL-MASSRY

Dear Justice servants and human rights defenders,

Today I am with you in person though I thought that was not going to happen as I was imprisoned in the prisons of field Marshall El Sisi with more than 41 000 political detainees. I was charged along with 8 others, 4 of them are still at prison serving a two-year sentence. I was as well sentenced to 2 years to be reduced at the appeal and to be suspended because of your solidarity and efforts. I was luckier than the other thousands who did not receive much attention.

I was astonished when I found out that I had been awarded your prestigious award. At that time I was in prison deprived from all kind of communication with the outside world, I really do not feel that I deserve such an honor, as all the time I was part of a bigger group, starting from being a revolutionary socialist, to being a volunteer lawyer at the Alexandria's protesters defence front, a member in "no to military trials" and refugees solidarity movement, but above all, I was one of the millions of Egyptians who had dreamt of justice, made a revolution that toppled 2 dictators and we are crossing fingers that it will topple the third one. In this battle we won some rounds and lost others but we are not defeated. El Sisi is as arrogant as Morsi and Mubarak who thought that they are above the people's will, but look now where they both are.

I call what happened on the 3<sup>rd</sup> of July 2013 a coup not because El Sisi, the head of the counter revolution, toppled another dictator but because he manipulated the masses. I think that he should be considered a war criminal as he was the head of the military intelligence giving pretexts for the virginity tests imposed on female protesters in March 2011. He was the defense minister at the time of toppled President Morsi whose regime killed many Egyptians in the city of Portsaïd, and when El Sisi overthrew Morsi, he carried one of the

biggest massacres in the new century – the Rabaa massacre – killing more than 1,000 people and now there is a crackdown leading to the imprisonment of thousands and even evacuating people from their houses and demolishing them in Sinai under the slogan "war against terrorism". In such situation, where a dictator is fostering his powers, one of his most important enemies are human rights defenders and especially lawyers. This war on terrorism also includes mass death sentences to hundreds of people, also military courts, a crackdown on NGOs, hate speech

in countries like Egypt where autocracy and tyranny are at their at most, you will find laws issued to silence the people or to steal their rights. Yet lawyers have a great role to raise awareness, to be a shield for the marginalized and a voice for the voiceless.

I consider this honour not for me as a person, but for the struggle of many people, the poor, the young and brave activists who sacrificed their lives for a better future for Egypt, and also for those who are detained as we speak now, students and protesters, minors, and



against foreigners. A new arsenal of laws are to be issued that will be an obstacle for the Egyptian people who have been paying a heavy price for decades.

Being a lawyer opens your eyes to the amount of injustice in the society, and lawyers have to choose whether they want to serve justice or to serve law even when it is against the people's interests, as law is an abstract word. For me, law is the law of the ruling class and

women... This honour is for the detainees of the June 21<sup>st</sup> protest who got sentenced to 3 years in jail as they were holding banners against the protest law, and demanding my freedom among the freedom of many, for the students who were killed on campus, and for those sentenced to years in prison.

Finally, I want to dedicate the award to Omar, Loay, Islam and Nasser, the 4 people who are with me in the case but still in prison, to

Sanaa Seif, Yara Sallam and the protesters of the Ethadia case, to Mohamed Hossny, Alaa Abdelfattah and Shora protestors in prison now, Mahmoud Nasr, to the El Jazeera English reporters imprisoned in Egypt, to Mohamed Sultan and Ibrahim El Yamany who in a few days will be entering day 300 in their hunger

souls and humans I dedicate such award.

I would like to end with some words I wrote when I was in jail, in my first letter, and I would like to repeat them and constantly stress them: "We must not forget our main goal in the middle of this battle in which we

We need to organize ourselves and interact with the people; we need to talk to them about the rights of the poor and the solutions we have for them. We need to call for the liberation of the poor... The people deserve better, and we have not achieved justice yet and we will keep trying to build a better society."

Egypt where autocracy and tyranny are at their most you will find laws issued to silence the people or to steal their rights. Yet lawyers have a great role to raise awareness, to be shield for the marginalized and voice for the voiceless.

strike, to the rest of the 41 000 detainees, to the Palestinian people who taught us how to resist and have hope in the future, to the people of Kobane fighting extremists, to the Iranian girl Rihana Gebari, who had been sentenced to death because she killed her rapist to defend herself, to all those brave

are continuously losing friends and comrades. We must not turn into subgroups that call for the freedom of individuals and in the process forget the problems and needs of the people who simply want to eat. Alongside calls against the protest law, we should work towards the eradication of the class structure.

Thank you so much and I hope that we, as lawyers, will be helping to build better and more humane societies

Mahienour EL-MASSRY

*Egypt*

*Speech given in Florence on October 31, 2014*

*by Mahienour EL-MASSRY,*

*Winner of the 2014 Ludovic-Trarieux Prize*





# Rule of Law and Access to Justice

**I Gabriela KNAUL**

Ms. Gabriela Knaul, UN Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers since August 2009, honoured the UIA with her presence during the UIA Congress in Florence. On this occasion, she agreed to answer the *Juriste International* on the key points of her last report to the UN body, addressing the need to integrate the concepts of rule of law and access to justice in the post-2015 development framework. Nearing the end of her mandate, Ms. Knaul also gave a brief overview of some progress and difficulties she observed/experienced during the last six years.

**Juriste International (JI): Which are the main conclusions from your last report as regards the links between rule of law, access to justice as a main component of the rule of law and development?**

**Gabriela KNAUL:** The report presented to the General Assembly last October addressed the need to consider and integrate the concept of the rule of law, including in particular two of its central elements – access to justice and the independence of the justice system – in the post-2015 development framework. The report presented answers the shortcomings of the Millennium Development Goals, which were founded on a narrow economic perspective of development, and highlights the unique opportunity of the international community to better address the intrinsic connection between the rule of law and human rights and development in the post-2015 development agenda.

Thus, the main conclusion of the report was that a human rights-based approach to development is necessary to place human beings back at the centre of the process of development, defining rights holders and duty bearers. This human rights approach to development is also crucial to advance the fundamental and cross-cutting human rights principles of participation, accountability,

non-discrimination, empowerment and the rule of law, all of which are essential for achieving sustainable development without leaving anyone behind. As a result, it is imperative that human rights standards and obligations be mainstreamed throughout the post-2015 development agenda.

**Jl: What role may bar associations and lawyers play in the implementation of the recommendations made in your report?**

**Gabriela KNAUL:** The administration of justice – including law enforcement and prosecutorial agencies and, especially, an independent judiciary and legal profession in full conformity with applicable standards contained in international human rights instruments – is essential to the full and non-discriminatory realization of human rights and indispensable to the processes of democracy and sustainable development.

For this reason, it is paramount that lawyers and bar associations continue promoting the independence of the judiciary and the free exercise of the legal profession as essential means to uphold the rule of law, democracy and human rights. Furthermore, as essential agents for the administration of justice and, therefore, for the protection and promotion of human dignity, lawyers and the associations that represent them can undertake an essential role in the implementation of the recommendations made in the report by actively advocating – in their own countries of practice and abroad – for the inclusion of the rule of law, human rights and access to justice in the post-2015 development agenda as a central and indispensable feature of a more comprehensive and sustainable development framework.

International civil society has a fundamental weight in vouching for the promotion of

human rights. I thus believe that by joining their voices to the efforts being undertaken to enable the inclusion of access to justice in the post-2015 development agenda, international associations of lawyers can play a crucial role in helping my mandate to ensure that justice be a priority, as 15 years of high focus into issues related to justice will unquestionably result in fruitful achievements in the access to justice for all and, consequently, in the free exercise of the legal profession.

**Jl: Have you, in the course of your mandate, noticed substantial progresses on a number of issues in relation to this mandate (noticeable improvement in the situation of lawyers and/or judges in several countries where their independence has always been at risk or significant development of international law in terms of new norms or implementation of programs for the protection of lawyers and judges)?**

**Gabriela KNAUL:** Absolutely. Progresses have been noted in relation to the thematic reports presented to the Human Rights Council and the General Assembly, the country visits undertaken by the mandate and the complaints received and measures adopted.

To illustrate this, I have conducted a mission in Mexico in a period in which various reforms and constitutional amendments were being discussed. In my country visit report, I made recommendations regarding all the reforms, including one related to human rights. During the presentation of my report to the Human Rights Council, the Ambassador of Mexico informed me that the reform regarding human rights had been approved and that the international treaties that Mexico had ratified had been incorporated into the Constitution. That was a very significant progress to the

promotion and protection of human rights in the country.

In relation to thematic reports, the one I presented on military tribunals to the General Assembly in 2013 (A/68/285) recommended that the draft principles governing the administration of justice through military tribunals be promptly considered and adopted by the Human Rights Council and endorsed by the General Assembly. One of the reflections of the report was the fact that in March 2014 the Human Rights Council adopted a resolution on the integrity of the judicial system, which requested the United Nations High Commissioner for Human Rights to convene an expert consultation for an exchange of views on human rights considerations relating to the issues of administration of justice through military tribunals and the role of the integral judicial system in combating human rights violations. I believe that this represents a very important step towards the possibility that the mentioned draft principles be adopted by the Human Rights Council and endorsed by the General Assembly in the near future, thus enabling that a number of provisions on fair trial guarantees in proceedings before military tribunals, as well as on the right to a competent, independent and impartial tribunal, the right to a public hearing, the right of the defense and the right of appeal before civilian courts, be guaranteed.

**Jl: On the field, have you been facing difficult situations when organizing interviews with lawyers, judges or NGOs (impossibility to meet them due to the authorities, to their own fear for the consequences...)? Have some of them been at risk after the meeting?**

**Gabriela KNAUL:** During country visits, my mandate has occasionally faced some challenges in meeting with actors of the justice system and civil society organizations. These challenges vary. For instance, it is more difficult to meet with lawyers in countries that do not have a bar association or do not allow the creation and functioning of bar associations or in countries where lawyers are linked to the Ministry of Justice.

Unfortunately, sometimes reprisals do

happen against those who decide to meet with the mandate in order to provide us with a full picture of the justice system in their countries. This often happens because there still is a stigmatization against people or institutions that work with human rights. But, in my mandate, there has been no acknowledgement of cases of reprisals against a lawyer because of a meeting.

The concern with reprisals has led the Human Rights Council to approve a resolution on the matter. We are now waiting for the discussion of the document at the General Assembly, which will hopefully lead to its adoption.

**Jl: Do you have procedures to monitor the situation of the individuals you interviewed after your departure from the country?**

**Gabriela KNAUL:** While the mandate does not have specific follow up procedures regarding individuals interviewed during country visits, the mandate does undertake monitoring efforts in all of its activities. In this sense, it is important to highlight that there is an open channel of communication that allows all individuals and groups to contact the mandate and make complaints on abuses and violations of human rights.

Interview of Gabriela KNAUL,  
*UN Special Rapporteur on the Independence  
of Judges and Lawyers*

Placez  
votre pub ici

En communiquant  
dans le

**juriste**

vous adressez  
votre message  
aux professionnels  
du droit  
du monde entier

Contact

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

**UIA**  
www.uianet.org



La profession d'avocat  
The Legal Profession  
La Abogacía





# The Disciplinary Systems of the Regulated Legal Profession in Australia

I Jim ROBINSON

## I Constitutional issues

Australia is a constitutional federation of six States. Under the Commonwealth (federal) Constitution, regulation of the legal profession is a State matter. So there has been the possibility of six different regimes for discipline of the legal profession.

As well, parts of Australia are Commonwealth Territories. The two major Territories (Australian Capital Territory and the Northern Territory) have their own legislatures, capable of enacting their own legislation for regulation of the legal profession. Each territory (including the smaller ones, like Norfolk Island) has its own Supreme Court.

## I Barristers and Solicitors

From the commencement of British settlement in Australia, the courts and the profession adopted the English division between barristers and solicitors. The distinction had significance in disciplinary proceedings, in that complaints about solicitors went to the Law Society, and those about barristers went to the Bar Association. The current legislation refers to both branches of the profession as “lawyers”, but still observes the distinction in some regards. For instance, barristers cannot run a trust account (though their clerks can, but only for their own barristers’ fees), while solicitors may.

## I Current regulation

In 2004, most States and Territories enacted a Legal Profession Act, on the basis of a National Model Bill, which had been prepared under the auspices of the Council of Australian Governments (“COAG”). In broad terms, the Acts have similar provisions, but differ

in detail. I describe the broad terms below.

In 2009, COAG appointed a National Legal Profession Task Force to make recommendations and to propose draft legislation for uniform regulation of the legal profession throughout Australia. A Legal Profession Uniform Law has been prepared, but it has been adopted only by New South Wales and Victoria, the other States and Territories having withdrawn from the process over the years.

However, more than 70% of Australia’s lawyers practice in New South Wales or Victoria, so implementation of the Uniform Law in those States is likely to have a major impact on the rest of the profession. On the other hand, there was an election in Victoria at the end of 2014, and there will be one in New South Wales in 2015. The relevant legislation has been passed in both States, but not yet proclaimed. Whether there will be a change of government in either State, and whether any change will delay or avoid proclamation of the legislation, remains to be seen. A “Uniform” Law, that operated in only one jurisdiction, is not a happy prospect.

In any event, the Uniform Law substantially retains the procedures outlined below.

## I General outline of disciplinary processes

The Australian legal profession is regulated by legislation in each State and the two larger Territories. When I first commenced practice, in 1975, the Law Society in each State (Law Institute, in Victoria) and Territory received and investigated complaints against solicitors, and the Bar Association did the same for barristers. The societies also had powers to discipline lawyers for less serious infringements, and more serious ones were

referred to the local Supreme Court for decision.

These societies however were also representative organisations of the profession. It was therefore thought that they lacked (or might be seen to lack) the independence appropriate to be receiving and investigating complaints against their own members and fellow professionals, and then imposing disciplinary sanctions against those professionals.

The system now is that there is a statutory officer (in Victoria, called the Legal Services Commissioner) who receives complaints about members of the legal professional from “any person”. That is to say, the complainant, or notifier, need not ever have been a client of the professional who is the subject of the complaint. The Commissioner also has power to commence an investigation of the conduct of a professional, at his own instigation, without any complaint having been received.

Every complaint is investigated. If a preliminary investigation indicates that the complaint is without substance, it can be dismissed at that point. If the complaint seems to have substance, the Commissioner has a range of options. The dispute can be resolved by mediation or conciliation, if the parties are prepared to go down that path.

For minor matters, the Commissioner can invite the subject professional to accept a formal reprimand.

A more serious matter, or one on which the Commissioner and the professional cannot agree on outcome, will be referred to a disciplinary tribunal for a hearing. In Victoria, that tribunal is the Victorian Civil and Administrative Tribunal. The persons who hear the complaint will not however

be staff of the Commissioner's office, so they are independent of the body which conducted the investigation, and referred the matter to a hearing. That investigating body, in turn, is independent of the profession, and of the local Law Society or Bar.

## What are the subjects of disciplinary proceedings?

A professional can be subject to disciplinary proceedings if they:

- are found guilty of a serious offence, a tax offence, or an offence involving dishonesty;
- engage in unsatisfactory professional conduct; or
- engage in professional misconduct.

Unsatisfactory professional conduct is defined to include conduct of a lawyer, occurring in connection with the practice of law, that falls short of the standard of competence and diligence that a member of the public is entitled to expect of a reasonably competent lawyer.

Professional misconduct is defined to include conduct of a lawyer, whether occurring in connection with legal practice or not, that indicates that the lawyer is not a fit and proper person to engage in legal practice. This confirms the power previously exercised by the Court in (say) *Ziems v Prothonotary* (1957) 97 CLR 279, where a barrister convicted of manslaughter after a drink/drive incident, and sentenced to two years prison, was also suspended from practice.

Jim ROBINSON  
Best Hooper Solicitors  
Melbourne, Victoria, Australia  
jrobinson@besthooper.com.au



## UIA EVENTS

All information provided on this calendar is subject to change.  
Please refer to the UIA Website [www.uianet.org](http://www.uianet.org) for additional details.

### PARIS – FRANCE

March 16-17, 2015

★ Training course in English

- ▶ Communication for Women Lawyers

### BRUSSELS – BELGIUM

March 27, 2015

Local Seminar

- ▶ Every-day International Private Law

### MARRAKECH – MOROCCO

April 3-4, 2015

Local Seminar

- ▶ What Kind of Lawyers Will There Be in the Future?

### PRAIA – CABO VERDE

April 9-10, 2015

- ▶ Cabo Verde, an Entrance Gate to Africa – Foreign Investment and Business Opportunities

### MADRID – SPAIN

April 17-18, 2015

- ▶ The New EU General Data Protection Regulation

### PARIS – FRANCE

April 20-21, 2015

★ Training course in English

- ▶ Compliance – Challenges and Opportunities: How to Build and Implement an Effective Compliance Programme

### DAKAR – SENEGAL

April 22-24, 2015

★ Training course in French

- ▶ Arbitration Training Course jointly with the ICC International Court of Arbitration

April 25, 2015

- ▶ The Enforcement of Arbitral Awards in Africa

### ANKARA – TURKEY

May 8-9, 2015

- ▶ Mediation and ADR: How to Change the Lawyer's Mindset

### MINNEAPOLIS, MN – UNITED STATES

May 15-16, 2015

- ▶ Brain Software, Genomics and Personalized Medicine: Legal and Biotechnology Challenges



# Le système disciplinaire made in Québec

I Claude G. LEDUC

## I Introduction

En 1973, le gouvernement du Québec décidait de réorganiser l'ensemble des professions et adoptait pour ce faire une loi cadre qu'il a intitulé le Code des professions (« code »). Ce code obligeait les diverses corporations professionnelles, nommées aujourd'hui « Ordres professionnels » (« ordres »), à adopter obligatoirement certains règlements traitant, notamment, de déontologie, inspection professionnelle, assurance responsabilité professionnelle obligatoire et instituant pour tous les ordres un système disciplinaire unique. Le but politique avoué était, et demeure, d'assurer la protection du public. Une réforme de ce code eut lieu en 1994, une autre en 2008 et encore dernièrement, le législateur québécois modifiait ce code pour y ajouter des dispositions législatives pour permettre davantage aux ordres de jouer pleinement leur rôle.

Nous passerons en revue les points importants du système disciplinaire québécois, ce qui nous permettra de diviser notre texte en 4 chapitres traitant

- I- du syndic,
- II- de la plainte disciplinaire,
- III- des conseils de discipline,
- IV- de l'appel.

Il n'y a pas de justice s'il n'y a pas d'indépendance judiciaire. Cette qualité essentielle à la justice a donc été importée dans le système disciplinaire et comme on le verra, le législateur québécois a tout fait pour assurer une indépendance totale aux acteurs principaux du système disciplinaire, soit le syndic et le conseil de discipline. Retenons que, chez nous, deux grands principes sont cimentés au système disciplinaire. Le premier est qu'il constitue un droit dit « *sui generis* » n'ayant pas à suivre le formalisme du droit pénal ou criminel ni la procédure exigeante du droit civil et par conséquent, il n'obéit qu'à ses propres règles.

L'autre grand principe découle de la « justice des pairs »; le législateur québécois ayant délégué son pouvoir de discipliner les professionnels aux ordres, il a, en conséquence, décidé que les professionnels membres de chacun des ordres étaient et sont les mieux placés pour « juger » leurs confrères et ce, pour l'ensemble de leur pratique professionnelle.

## I Le syndic

Pilier capital de la protection du public, le syndic, nommé à cette fonction par le conseil d'administration de l'ordre parmi les membres de cet ordre, a été qualifié par la Cour suprême du Canada comme étant un fonctionnaire indépendant au sein de l'ordre ayant une fonction d'enquêteur et une de plaignant. Le syndic est le chef du Bureau du syndic et il peut être assisté dans ses tâches par des syndics adjoints, des enquêteurs, des procureurs et des experts; il possède tous les pouvoirs et tous les outils nécessaires pour s'assurer de la protection du public. C'est donc lui qui reçoit de toutes sources, dont des membres du public, des informations sur les faits et gestes des professionnels membres de l'ordre.

Dès qu'une information est portée à la connaissance du syndic et que cette information révèle un comportement non conforme à la déontologie ou aux règlements de l'ordre, le syndic doit enquêter; d'où son rôle d'enquêteur. Pour permettre au syndic de jouer pleinement ce rôle sans aucune contrainte, sans aucune influence et en toute liberté de pensée, le législateur lui a donné une indépendance totale; d'abord en stipulant que le syndic doit prêter un serment de discrétion quant aux informations qu'il reçoit et couvrant l'enquête qu'il mène; seul le syndic et les personnes du Bureau du syndic ont accès à ces informations et au contenu de l'enquête, si bien que le Bureau du syndic est hautement protégé quant à ses accès tant physiques qu'informatiques. Le Bureau du syndic étant sis au sein de l'ordre, la seule autre

personne ayant un accès limité à celui-ci, est le président de l'ordre, compte tenu, notamment, du rôle médiatique joué par le président et de l'impact que peuvent avoir certaines enquêtes sur l'ordre lui-même, ses finances et sur le public en général. Ensuite, le code stipule que le conseil d'administration de chaque ordre doit prendre les mesures nécessaires pour préserver en tout temps l'indépendance du Bureau du syndic, si bien que dans les faits, le syndic et son équipe possèdent les moyens de se préserver de toute influence.

Pour appuyer davantage l'importance de l'indépendance du syndic, le législateur a fait en sorte qu'aucune plainte disciplinaire ne puisse être portée à l'encontre du syndic et des syndics adjoints ou ad hoc. Le code permet à toute personne de déposer une plainte disciplinaire à l'encontre d'un professionnel; nous dénommons une telle plainte, une « plainte privée » comparativement à la « plainte » portée par le syndic lui-même. Or, certains ont utilisé ce mécanisme pour porter des plaintes privées contre des syndics et bloquer le processus d'enquête et le processus devant les conseils de discipline; malgré une jurisprudence dominante qui avait établi l'impossibilité de déposer une plainte disciplinaire contre un syndic, le législateur québécois a voulu marquer ce principe en modifiant le code pour stipuler qu'aucune plainte n'était recevable à l'encontre d'un syndic, ce qui a fait naître un débat jurisprudentiel portant sur l'étendue de cette immunité que certains voyaient comme étant relative, jusqu'à l'arrêt de principe de la Cour d'appel du Québec rendue en 2012 qui établit plutôt que cette immunité est totale.

À l'abri de toute influence et ne risquant plus de voir interrompre son enquête déontologique par le dépôt d'une plainte disciplinaire le visant, le syndic doit conclure son enquête et en informer la personne qui a porté à sa connaissance l'information ayant initiée celle-ci de sa décision de déposer, ou non, devant

le conseil de discipline de l'ordre une plainte disciplinaire formelle. Si, à la conclusion de son enquête, le syndic décide de ne pas saisir le conseil de discipline d'une procédure disciplinaire, il avise par écrit la personne qui l'a informé qu'il n'entreprendra pas une telle procédure et des motifs à l'appui de sa décision. Le code prévoit qu'il est possible de soumettre à un comité exerçant un pouvoir de nature administrative, nommé comité de révision, une demande de révision de la décision du syndic de ne pas porter une plainte devant le conseil de discipline; ce comité, sur vue et analyse du dossier d'enquête réalisée par le syndic, rend un avis concluant que, soit il n'y a effectivement pas lieu de porter plainte devant le conseil de discipline, soit il y a lieu de suggérer au syndic de compléter son enquête déontologique ou soit il y a lieu de porter une plainte disciplinaire. Ce mécanisme de révision donne une grande transparence au processus d'enquête et surtout au rôle du syndic qui est souvent hautement critiqué lorsqu'il décide qu'il n'y a pas matière à loger une plainte disciplinaire formelle à l'encontre du professionnel, sujet de cette enquête.

Ceci dit, dans les cas où il n'y pas de plainte disciplinaire de déposée, tout le dossier d'enquête déontologique demeure et demeurera confidentiel et nul n'y aura accès.

C'est lorsqu'il décide de porter une plainte disciplinaire devant le conseil de discipline de l'ordre, que le syndic entame sa deuxième fonction, celle de plaignant. Il devient donc l'une des parties aux procédures disciplinaires prises devant le conseil de discipline et c'est lui qui a le fardeau d'établir, fardeau de preuve basé sur la balance des probabilités, que le professionnel/intimé a commis les actes dérogatoires que la plainte lui reproche. S'entame alors un processus qualifié de quasi judiciaire devant le conseil de discipline. Procès il y aura.

Au Québec, le droit disciplinaire a connu dans les 15 dernières années une poussée phénoménale et tous les tribunaux judiciaires ont été saisis de recours en révision découlant des nombreuses décisions rendues par les conseils de discipline et, comme nous verrons plus loin, le tribunal des professions. Cette jurisprudence disciplinaire a, au cours des

années, formé ce que constitue aujourd'hui le droit disciplinaire moderne, qualifié de *sui generis*. Cette qualification permet aux parties, conseils de discipline et tribunaux, de puiser des principes tant en droit pénal, qu'en droit civil et administratif pour donner au droit disciplinaire sa propre essence, son propre genre. Pour n'en donner qu'un seul exemple, rien n'obligeait le syndic/plaignant à communiquer au professionnel/intimé sa preuve; aucun texte législatif n'imposait cette obligation au syndic et donc, les syndicats n'avaient pas développé cette habitude et ils ne le faisaient tout simplement pas. Puisant dans des principes propres au droit criminel et pénal, les tribunaux d'appel et de révision ont jugé que le syndic avait, compte tenu des règles de justice naturelle, l'obligation de communiquer sa preuve et aujourd'hui les syndicats s'exécutent en ce sens.

## ■ La plainte disciplinaire

La plainte disciplinaire est le moyen de procédure choisit par le législateur pour initier devant les conseils de discipline le processus disciplinaire qui mènera, ou non, à une reconnaissance de culpabilité du professionnel/intimé et éventuellement à une sanction. Le législateur a voulu simplifier cette procédure et ne pas y accoler la rigueur des plaintes de nature criminelle et pénale.

Tout d'abord, la plainte doit être faite par écrit et appuyée du serment du plaignant, le syndic; elle doit indiquer sommairement la nature et les circonstances de temps et le lieu de l'infraction reprochée au professionnel. Malgré une contestation vive des professionnels/intimés pour obtenir plus que « sommairement » ce qu'on leur reproche, la jurisprudence a été constante en maintenant la volonté du législateur de conserver simple et brève la plainte disciplinaire elle-même; le professionnel a certes le droit de savoir ce qui lui est reproché mais pour ce faire, il n'a pas besoin d'obtenir une procédure écrite détaillée. Pour faire contrepoids aux immenses pouvoirs d'enquête dont le syndic dispose, le législateur a prévu dans le code que le professionnel a le droit de présenter une défense pleine et entière et que le conseil de discipline doit lui permettre de présenter une telle défense.

Dans certains cas, la plainte disciplinaire requiert la radiation provisoire immédiate ou la limitation provisoire immédiate du professionnel/intimé lorsque le syndic/plaignant juge que la protection du public nécessite que le professionnel cesse immédiatement ses activités professionnelles. Le législateur québécois a identifié certaines situations pour lesquelles une telle demande devrait être présentée au conseil de discipline, notamment dans des cas de gestes à caractère sexuel, ou des actes de collusion, corruption ou malversation, incluant l'appropriation sans droit de sommes d'argent ou l'utilisation de sommes d'argent à d'autres fins que celles pour lesquelles elles auraient été remises au professionnel; de plus, lorsque le syndic croit que le geste qu'il reproche au professionnel est de nature telle que la protection du public risque d'être compromise, il peut déposer une demande de radiation provisoire immédiate.

Comme nous l'avons dit, le professionnel a droit à une défense pleine et entière devant le conseil de discipline, ce qui ouvre la possibilité de présenter au conseil de discipline des moyens préliminaires pour assurer un débat conforme aux règles de l'équité procédurale. Sur le plan de la procédure, le professionnel doit comparaître par écrit personnellement ou par l'intermédiaire d'un avocat, mais il n'est pas tenu de faire une défense écrite.

La procédure disciplinaire se voulant simple, le syndic/plaignant et les professionnels/intimés peuvent se retrouver devant le conseil de discipline relativement rapidement pour leur permettre d'administrer chacun leur preuve.

## ■ Le conseil de discipline

Fidèle à son principe de la justice des pairs, le législateur a voulu que ceux qui décident du sort des plaintes disciplinaires soient aussi des professionnels de la même profession que celle du professionnel/intimé. Les conseils de discipline sont donc composés d'au moins 3 membres, dont un président; ce dernier doit être avocat, possédant au moins 10 ans de pratique et il est nommé par le gouvernement québécois après consultation auprès du Barreau; les deux autres membres sont nommés par le conseil d'administration

de l'ordre parmi les membres de l'ordre et ce, pour un mandat d'au moins 3 ans. Par conséquent, deux des membres du conseil de discipline sont des confrères du professionnel/intimé et sont bien placés pour analyser le comportement qui est reproché ; c'est l'avantage qu'ont les deux parties devant le conseil de discipline, le syndic/plaignant et le professionnel/intimé, soit de plaider devant un banc qui connaît la profession dont le professionnel/intimé est membre et qui peut en saisir les particularités.

Le conseil de discipline exerçant un pouvoir juridictionnel, il jouit d'une immunité de poursuite disciplinaire, comme le syndic et il est traité avec les égards reliés à sa charge.

Le conseil de discipline est vu comme un tribunal quasi judiciaire, soumis aux règles de justice naturelle et de l'équité procédurale ; il est pourvu d'un greffe géré par le secrétaire du conseil de discipline qui agit comme greffier principal. Il est saisi de toute plainte disciplinaire formulée contre un professionnel et il décide privativement à tout autre tribunal, si le professionnel/intimé a commis ou non l'infraction qui lui est reprochée ; à l'intérieur de sa compétence, il peut user de tous les moyens légaux pour entendre et décider de la plainte disciplinaire.

Compte tenu de l'ampleur qu'a pris le droit disciplinaire et du nombre grandissant des plaintes disciplinaires déposées devant les conseils de discipline, le législateur a donné des pouvoirs accrus aux présidents des conseils de discipline, leur permettant, seuls, de tenir des conférences de gestion de l'instance, de rejeter une plainte jugée abusive, frivole ou manifestement mal fondée ou assujettir la plainte à certaines conditions.

Il va sans dire que les audiences des conseils de discipline sont publiques et il faut des circonstances particulières pour que le conseil puisse imposer un huis clos ou rendre des ordonnances de restriction à la preuve ou d'une partie de celle-ci.

Une fois la preuve close de part et d'autre et les plaidoiries rendues, le conseil de discipline doit rendre sa décision ; il le fait par écrit

et compte tenu des exigences des règles de l'équité procédurale, il doit motiver sa décision sur chacun des chefs de la plainte disciplinaire dont il a été saisi. Si le professionnel est reconnu coupable de l'un ou l'autre des chefs de la plainte, une audience sur sanction aura lieu afin de permettre aux parties de présenter la preuve qu'elles jugent utile à la détermination des sanctions et aux représentations qu'elles feront. Les sanctions possibles vont de la réprimande, à la suspension temporaire ou définitive du Tableau de l'Ordre, aux sanctions monétaires et aux possibilités de limiter le droit de pratique, en l'encadrant d'une façon ou d'une autre.

Une fois sa décision rendue sur les sanctions imposées au professionnel, ou si le conseil de discipline a jugé le professionnel non coupable des reproches qui lui étaient faits, le conseil a épuisé sa compétence, il devient *functus officio*.

Ne reste que l'appel.

## ■ L'appel et le Tribunal des professions

Supportant la spécificité du droit disciplinaire, le législateur québécois n'a pas confié aux tribunaux civils le rôle de tribunal d'appel des décisions rendues par les conseils de discipline, il a plutôt créé un tribunal spécialisé, appelé Tribunal des professions.

Ce tribunal est formé de 11 juges, par ailleurs issus de la Cour du Québec, l'un des tribunaux de droit civil au Québec, l'autre étant la Cour supérieure, et desquels un président est nommé. Le Tribunal des professions siège en composition de banc de trois juges et il possède, selon une récente décision de la Cour d'appel du Québec, les véritables pouvoirs d'un tribunal d'appel de confirmer, modifier ou rendre la décision qui aurait dû être rendue en premier lieu. Par conséquent, le Tribunal des professions n'est pas lié par les normes de contrôle judiciaire habituellement dévolues aux tribunaux de droit commun, comme l'est la Cour supérieure, et il agit comme une Cour d'appel en respectant les normes connues propres à une Cour d'appel qui ne s'imisce

pas dans les déterminations factuelles, sauf erreur grave et dominante.

De façon générale, l'appel suspend l'exécution des décisions prononcées par le conseil de discipline, sauf dans certains cas particuliers où la protection du public requiert, malgré l'appel, que le professionnel ne puisse pratiquer sa profession.

L'appel procède sur mémoire et les parties, via leur procureur, ont l'occasion de faire les représentations nécessaires devant un banc pour convaincre le Tribunal des professions qu'il doit ou non intervenir pour réformer la ou les décisions rendues par le conseil de discipline.

Le jugement du Tribunal des professions est écrit et signé par les trois juges qui ont entendu l'affaire et il met un terme au processus disciplinaire québécois, car son jugement est final, sans appel et exécutoire dès sa signification aux parties.

Il reste pour les plaideurs la révision judiciaire qui obéit à ses propres règles, incluant des normes de révision judiciaire stricte.

## ■ Conclusion

Ce bref survol du système disciplinaire québécois nous fait certes réaliser que, pour le législateur québécois, l'attribut de l'indépendance du syndic de l'Ordre professionnel et du conseil de discipline est primordial. La protection du public, nos clients, passe par cette indépendance et ce système a fait ses preuves, notamment quant à l'efficacité de celui-ci, mais aussi quant à la justesse des décisions rendues et entérinées par les tribunaux supérieurs.

Claude G. LEDUC  
Mercier Leduc, s.e.n.c.r.l.  
Montréal, Québec, Canada  
cleduc@mercierleduc.com



# Activities of the UIA Independence of the Profession Department: At the Service of UIA members

**I M.-D. FISHELSON & A. SZECISKAY**



## **I Independence of the Profession**

*“The Lawyer plays an essential role in defending individuals in the courts, by guaranteeing them an absolute right to the effective assistance of counsel and a defence without prejudice or discrimination, in complete independence and freedom, including but not limited to freedom of association, religion, speech and opinion.” (UIA’s Turin Principles of Professional Conduct for the legal profession in the 21<sup>st</sup> Century).*

Despite the different visions of what a lawyer is or should be and, consequently, the different rules that could domestically regulate the legal profession, the idea of his/her indispensable independence is universally acknowledged.

Lawyers, both as guardians of fundamental rights and liberties and as essential actors in the effective administration of justice, have the right and the duty to practise their profession freely and independently, without being subjected to pressure or interferences of any kind.

Independence is far more than a corporative demand: an independent legal profession undeniably contributes to safeguard – and strengthen – the rule of law principle, ensuring adequate protection of rights and access to justice.

Subsequently, the promotion of this core value, “in the interest of those subject to systems of justice”, has been recognised as one of UIA’s main objectives<sup>1</sup>.

Many international and regional norms and guidelines are relevant to this principle, both at a treaty and non-treaty level<sup>2</sup>.

Amongst them, the 1990 UN Basic Principles on the Role of Lawyers, “which have been formulated to assist Member States in their task of promoting and ensuring the proper role of lawyers”, stipulate that governments “shall ensure that lawyers ... are able to perform all of their professional functions without intimidation, hindrance, harassment or improper interference (Principle 16, a)”. Providing individuals with safe, efficient and sufficient access to legal system is indeed an integral part of states’ responsibilities.

Frequently, the guarantee of the free and independent practice of the profession depends considerably on the balance between State regulation and self-regulation. Hence, safeguarding these principles is primarily the duty of law societies and lawyers’ associations, which are the preferred points of contact for government authorities. On countless occasions, the UIA has underlined the crucial role of bars associations and other lawyers’ organizations recognized by the law, in the protection of the core values of the legal profession and the defence of their members against any unjustified interference or limitation. Their own independence should not, therefore, be compromised. Pursuant to UN Basic Principles “professional associations of lawyers shall cooperate with Governments to ensure that (...) lawyers are able, without improper interference, to counsel and assist their

*clients in accordance with the law and recognized professional standards and ethics (Principle 25)”.*

The UIA Independence of the Profession Department was created in 2007 to protect and serve the independence of the legal profession to the greatest extent possible and support lawyers’ actions when their independence is – or could be – threatened particularly by the direct action of States or authorities.

Indeed, regardless of international standards, rules and guidelines relevant to the role and independence of lawyers and the legal profession, in many countries this principle remains still a goal to achieve. *Absence of domestic legislation regulating adequately the legal profession, bar associations directly or indirectly controlled by the State, lawyers compelled to be part of a centralized State-controlled body, chairman of bar associations designated by Ministers of Justice, licensing regime administered by executive authorities or disciplinary proceedings conducted by the Ministry of Justice* are some of the situations that have been reported by the UN Special Rapporteur of the Independence of the Profession and could undermine the independence of the profession<sup>3</sup>.

Occasionally, in countries where the principle of adequate legal assistance has been enshrined – even constitutionally –, governments might jeopardize the independence of lawyers and the legal profession when adopting new regulations affecting directly or indirectly the legal profession, paying insufficient attention

to the vital importance of its core values. It has been lately the case when governments put forward arguments which are exclusively focused, for instance, on economic issues, disregarding the profession's dual nature – lawyers are both stakeholders in the justice system and suppliers in the services sector – on the pretext of adapting the legal profession to new market demands. Too often, regulation projects are prepared without the contribution and expertise of the representatives of the legal profession.

In all of these situations, the UIA Independence of the Profession Department can intervene at the request of the bar associations or individual lawyers after studying each case, in line with international standards. It employs tactics including the intensive lobbying of the relevant ministry of justice, or even the head of state themselves, in order to bring to their attention why the actions taken against the relevant national bar association is incompatible with the UIA and international statutory instruments which seek to protect the independence of legal profession (such as those mentioned above). This is usually initiated via correspondence and, if the relevant executive body is receptive to holding a dialogue regarding the issues raised, this can precipitate round table discussions aimed at finding a mutually beneficial solution, held between all affected stakeholders, in which the UIA sometimes plays a mediatory role.

Other action that can be taken by the UIA includes trying to raise awareness of a particular infringement to the independence of the profession by publishing information about the particulars on its website [<http://www.uianet.org/en>], by passing resolutions on these issues which expresses the UIA's technical legal and moral position with regards to the matter at hand and which officially calls on the government or civil body in question to change its stance, and by consulting with bodies within the United Nations in order to try and bring further international pressure to bear on the national protagonists.

It must be remembered that the UIA neither wants nor is able to assume the bar associations' own obligations and responsibilities in ensuring the independence of the legal profession or to interfere with its actions: one very important

aspect of the work which the UIA and the UIA Independence of the Profession Department does is to always assess the situation at hand from the perspective of the affected local bar association and lawyers and, crucially, to take a resolutely collaborative approach of asking them to recommend what the best next steps to be taken should be. Obviously, the local bar association are much better placed, from both a legal and a factual standpoint, to understand the nature of the harm that is being or could be done to their profession, and they are also in a much better position to gauge what the best reaction should be. Once it has these recommendations, the UIA can then intervene by using its international influence and the methods mentioned above to try and help produce a solution which is satisfactory for all parties.

## ■ Success, But Still Work to be Done

In the recent past, the Department has managed to set up a fruitful dialogue with regulators, where necessary and possible, and consulted with national governments on several occasions, including with both EU and non-EU states, with successful conclusions.

Nevertheless, experience has unfortunately shown that, for different reasons, bar associations sometimes remain silent when the independence of the profession is under threat. At other times, Bar associations even support governmental initiatives at considerable detriment of the legal profession's interest. In those cases, the Department could eventually decide to assist individual lawyers or groups of lawyers that draw the attention of the UIA on particular situations in their own countries and undertake actions in defence of the core values of the legal profession.

## ■ Conclusion

The UIA in general, and the UIA Independence of the Profession Department in particular, continues to play a very important role in fighting for and preserving the integrity, independence and freedom of the global legal profession. It does this by employing a collaborative approach - with the affected

local bar association - to information gathering about the local problem and by applying its wide variety of international legal expertise, its global scope and reach, its technical knowledge, its links to international organisations – such as the United Nations and the Council of Europe – and its enhanced financial and political resources to combat those measures taken at an executive governmental level which threaten UIA principles. Through this, it provides essential and valuable support to embattled legal professionals, for their rights, worldwide.

The independence of the profession Directors, Mr. Andras Szecskay and Mrs. Marie-Daphne Fishelson, encourage UIA collective and individual members to contact them to find out more about their activities and bring to their attention all the situations that could potentially harm the fundamental role of an independent legal profession in a certain country.

Mary-Daphné FISHELSON  
*UIA Co-Director – Independence  
of the Profession  
La Garanderie & Associés  
Paris, France  
fishelson@lagaranderie.fr*

Andras SZECSKAY  
*Szecskay Attorneys at Law  
UIA Co-Director – Independence of the  
Profession  
Budapest, Hungary  
andras.szecskay@szecskay.com*

<sup>1</sup> Art. 3.1. "The UIA's objects, free from all political and religious considerations, are: to promote, in the interests of those subject to systems of justice, the fundamental principles of the legal profession throughout the world, particularly independence and freedom ;(...)".

<sup>2</sup> Regarding the right to legal assistance as part of the fair trial see for instance Art. 14 (par.3) of the International Covenant on Civil and Political Rights; Art. 6 (para. 3) of the European Convention on human rights, Art. 8 (para. 2) of the American Convention on Human Rights, Art. 7 (para. 1 (c)) of the African Charter on Human and Peoples' rights. Regarding particularly the legal profession, please see the UN Basic Principles on the Role of Lawyers the Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa, Recommendation No. R (2000) 21 of the Committee of Ministers of the Council of Europe.

<sup>3</sup> See A/61/181, Independence of judges and lawyers, Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Leandro Despouy, July 2009.



# La profession d'avocat est-elle en droit de prétendre à un monopole de la prestation juridique ?

Francis GERVAIS

## Retour sur la séance du Sénat International des Barreaux tenue à Florence... et plus.

Ce serait une lapalissade que de rappeler que « le monde évolue et qu'entre autres, la pratique du droit change ».

Il devient de plus en plus évident que notre profession doit innover pour rester compétitive et doit s'adapter à une relation avocat-client fondée sur des contacts différents. Comment, sans renoncer à nos valeurs fondamentales, pouvons-nous faire en sorte que notre profession se pratique selon les attentes modernes de nos clients ?

Peut-on encore dire et doit-on croire que les avocats bénéficient encore d'un monopole de la prestation de services juridiques ?

Le Président de l'Union Internationale des Avocats, Stephen L. Dreyfuss, a ouvert la session en rappelant aux participants le rôle important du forum de discussion du Sénat International des Barreaux, où les questions affectant la direction des ordres professionnels et des associations professionnelles d'avocats sont l'objet de présentations, de discussions et même de débats parmi leurs dirigeants.

La Vice-présidente du Sénat, Madame la Bâtonnière Huguette André-Coret, a enchaîné en rappelant que le Sénat International des Barreaux ne prend pas position pour ou contre le maintien ou la réduction du monopole, mais fait plutôt en sorte de mettre en présence des dirigeants qui, après réflexion, appuient le maintien du monopole ou favorisent sa réduction pour

qu'ils nous fassent part de leur réflexion et ainsi par la suite, susciter la discussion.

M<sup>e</sup> Georges-Albert Dal, Président sortant du Conseil des Barreaux Européens (CCBE), a fait part des travaux du CCBE relatifs à la libéralisation des services juridiques, du statut du conseiller juridique étranger ainsi que sa participation dans la négociation du « Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement » (PTCI), connu en anglais comme « Transatlantic Trade Investment Partnership (TTIP) ». Il s'agit d'un accord commercial en cours de négociation entre l'Union européenne et les États-Unis prévoyant la création, dans un avenir proche, d'une zone de libre-échange transatlantique.

le processus de qualification complet (*full license*) tout comme l'utilisation des structures alternatives (*Alternative Business Structures*). De même, suite à la décision rendue par la Cour européenne dans l'affaire Akzo Nobel, il a été décidé de ne pas procéder à des discussions concernant les juristes d'entreprises.

M<sup>e</sup> Dal a mentionné que les discussions vont bon train et qu'évidemment, il s'agit d'un processus de négociation où les enjeux sont mis sur la table mais où les solutions ne sont pas encore acceptées de part et d'autre, rappelant que les discussions sont en cours depuis juillet 2013.

**Me Caplen a été d'accord avec le maintien de l'exclusivité de la prestation de services juridiques par les avocats tant qu'ils agissent pour la protection du public, mais s'y opposerait si cette exclusivité constituait une forme de protection « corporatiste ».**

M<sup>e</sup> Dal nous a surtout fait part des négociations concernant la prestation des services juridiques, et notamment, des conditions contenues dans la demande transmise par le CCBE aux représentants des États-Unis, laquelle a été formulée par écrit le 12 novembre 2014, touchant plusieurs aspects de la pratique du droit comme le permis temporaire, l'établissement à long terme, la participation à l'arbitrage et à la médiation internationale, l'accord de société avec des avocats américains de même que l'emploi d'avocats américains.

M<sup>e</sup> Dal nous a également signalé que certaines conditions ne faisaient pas l'objet d'échanges avec les collègues américains. Ainsi, ont été mis de côté

M<sup>e</sup> Dal fut suivi au podium par Madame Lucy Winkell, adjointe au Recteur de l'Université Northumbria, qui nous a rappelé les importants changements survenus dans la législation du Royaume-Uni et particulièrement, l'adoption, en 2007, de la loi concernant les services juridiques (*Legal Services Act 2007*), dont la mise en place de la *Solicitor's Regulation Authority*, organisme dont la mission est de veiller à la protection des consommateurs et de s'assurer que les *Solicitors* remplissent adéquatement leurs obligations et devoirs.

Elle a signalé que les discussions ayant trait à la libéralisation des services juridiques visent en grande partie la mise sur pied des structures alternatives d'affaires (*Alternative*

*Business Structures*) au Royaume-Uni. Ce que plusieurs ont traité de révolution, ne le serait pas, selon Madame Winskell. Elle a rappelé que déjà, au Royaume-Uni, le champ du monopole des avocats était réduit de telle sorte que le fait que des non-juristes soient impliqués dans la dispense de services juridiques ne constitue pas un renversement révolutionnaire.

Elle a fait le constat que l'accroissement du nombre de juristes se constate surtout dans les cabinets juridiques pratiquant le droit commercial et particulièrement dans les grands centres, de telle sorte qu'il y a une pénurie de prestations juridiques pour le « simple consommateur » et pour le citoyen vivant hors des grands centres. À ces éléments, il faut rajouter également une réduction drastique dans les services d'aide juridique (aide juridictionnelle) fournis par le gouvernement.

Madame Winskell rappelle que le législateur s'attendait à l'établissement de firmes ou d'études ayant les caractéristiques suivantes :

- ◆ regroupement ou partenariat de différents professionnels œuvrant dans le domaine du droit pour pouvoir créer des boutiques uniques de prestation de services juridiques ;
- ◆ possibilité pour les petites études ou pour ceux qui pratiquent seuls, de pouvoir impliquer des membres de leur famille dans la gestion de leur entreprise ;
- ◆ création de l'accès à du financement auprès d'entreprises autres que des banques ;

Madame Winskell a fait part de la préoccupation du législateur d'établir des contrôles serrés des activités des « *Alternative Business Structures (ABBS)* », ce dernier étant conscient de la mince ligne entre la prestation de services professionnels par des non-avocats mais d'autre part, la nécessité de veiller à la protection du même public.

Ceux qui font la demande de pratiquer sous une structure alternative, sont soumis à une surveillance serrée de leurs activités, tout comme les Law Societies le faisaient auprès des solicitors et barristers à l'époque.

Madame Winskell a mentionné que le débat s'est déplacé par la mise en place de grandes corporations commerciales qui ne sont pas des avocats mais qui donnent des prestations juridiques comme la compagnie Direct Line ; une compagnie d'assurance bien connue alors qu'une de ses filiales s'est vue accorder une licence sous la réglementation des ABS, permettant ainsi de fournir des services juridiques par l'entremise de cette filiale.

Madame Winskell s'est avéré un apôtre et un défenseur de la mise en place des ABS. Elle a repoussé l'argument selon lequel cette forme de pratique du droit pourrait amener l'influence indue de non-juristes rétorquant que le même problème d'influence peut survenir dans des firmes traditionnelles qui peuvent facilement être influencées par un ou plusieurs clients importants.

Madame Winskell a conclu que, bien que sur la bonne voie, il serait encore trop tôt pour porter un diagnostic définitif relatif à l'effet des ABS dans la pratique du droit au Royaume-Uni. Toutefois, elle considère que déjà leur présence a amené des changements, tant pour la population que pour la pratique traditionnelle.

Ce fut ensuite le tour d'Andrew Caplen, Président de la Law Society of England and Wales. Ce dernier a réitéré que les temps changent et qu'on ne peut arrêter le temps et les changements.

Il a rappelé qu'il y a encore des activités qui sont limitées ou réservées et ce, malgré la présence d'autres professionnels exerçant dans le domaine des activités juridiques.

M<sup>e</sup> Caplen a souligné toutefois sa déception quant au fait qu'il n'y a aucune réglementation mise en place pour les non-professionnels, autres que ceux qui sont impliqués dans des activités sous la formule ABS, qui dispensent des services juridiques.

M<sup>e</sup> Caplen a été d'accord avec le maintien de l'exclusivité de la prestation de services juridiques par les avocats tant qu'ils agissent pour la protection du public, mais s'y opposerait si cette exclusivité constituait une forme de protection « corporatiste ».

M<sup>e</sup> Caplen fut suivi par José Alberto Alvarez, Président du Colegio Nacional de Abogados de Panamá. Ce dernier a mentionné que dans son pays, la possibilité que des étrangers puissent dispenser des services juridiques semble à peu près nulle pour l'instant, parce que la pratique du droit est une profession nationalisée et fermée au point que seul un ressortissant panaméen peut exercer la profession.

Il entrevoit certains changements avec le dépôt d'une loi qui pourrait permettre la consultation étrangère, c'est-à-dire le conseiller juridique étranger (*legal foreign counselor*).

Nous avons ensuite entendu William C. Hubbard, Président de l'American Bar Association (ABA). Ce dernier est d'avis que les changements se font à pas de tortue et qu'il est grand temps que notre système accepte que ces changements se fassent. Il faut abolir les barrières qui existent entre les différentes activités pouvant bénéficier au public consommateur et à nos clients.

Il souligne que l'organisme qu'il préside, tout en étant ouvert à la possibilité que l'information juridique puisse être transmise par des non-professionnels du droit, est fermement contre le fait que des avis juridiques ou des services juridiques puissent être fournis par des non-avocats.

Il souligne que l'ABA considère que le système de pratique du droit sous la formule ABS est inadéquate, en ce qu'elle contrevient aux valeurs fondamentales de la profession, soit l'indépendance, l'obligation à la confidentialité, de même que le partage des honoraires.

Ensuite Madame Winnie Tam, représentante du Barreau de Hong Kong, a fait un retour historique sur le système légal et l'exercice de la profession à Hong Kong, rappelant ses racines émanant des principes établis au Royaume-Uni.

Elle a ensuite parlé des défis auxquels font face les avocats dans la mouvance de la tendance de la globalisation et la mondialisation de la pratique du droit. Elle a rappelé que les changements auxquels

doivent faire face les avocats découlent entre autres :

- ◆ des défis rattachés au fait que les clients exigent de meilleurs services rendus plus rapidement et à des coûts moindres ;
- ◆ de la présence d'acteurs dans la dispense des services juridiques traditionnels ;
- ◆ des nouvelles technologies de l'information.

Madame Tam a conclu en signalant que la mondialisation de la dispense de services juridiques entraîne des défis énormes pour la profession et pour la société en général.

Finalement, c'est le Bâtonnier de Paris, Pierre-Olivier Sur, qui nous a livré ses réflexions sur le thème de la séance. Tout en rappelant qu'il faut être conscient des nouvelles technologies, le Bâtonnier Sur

Coret a eu, tout au long de la journée, l'occasion de rapporter les positions des différents orateurs. Certains se sont refusés à toute forme d'ouverture à des non-avocats pour la dispense de services juridiques, alors que d'autres ont, au contraire, vu dans l'exemple du Royaume-Uni une ouverture vers laquelle tous les avocats devraient se diriger. Finalement, certains ont fait part de positions mitigées suggérant que certaines activités pouvaient être partagées avec des non-avocats, mais que l'ensemble des services devaient être dispensés par des avocats.

On peut certainement conclure de ces échanges que le « leitmotiv » de la mondialisation et de la globalisation des services a été régulièrement contré par le « leitmotiv » de la protection du public. Qu'advient-il ?

L'avenir le dira... *Time will tell !!*

menés que par des professionnels, il est absolument nécessaire qu'un homme fasse appel à des avocats professionnels pour faire valoir ses droits ou se défendre contre une demande injustifiée [...]¹ (notre surlignement)

49 (...) Vu sa complexité, le système juridique nécessite une expertise professionnelle. L'accès à la justice est mis en péril lorsqu'il est impossible d'obtenir des conseils juridiques.² (notre surlignement)

[9] (...) Étant donné la complexité des règles de droit et de procédure, il est impossible, de manière réaliste, de s'y retrouver sans les conseils d'un avocat.³

On peut accepter que ces énoncés s'appliquent moins rigoureusement lorsqu'une personne désire se représenter seule. Ce sont ses droits, et on doit lui laisser la liberté d'en disposer. Toutefois les règles régissant la représentation d'autrui sont toutes autres et sont appliquées avec toute leur rigueur.

L'attribution d'un monopole d'exercice aux avocats est la conséquence de la mise en place d'un pacte social par lequel l'État remplit son obligation, dans une société démocratique, de mettre en place un système judiciaire indépendant tout en favorisant l'accès à ce système spécialisé et complexe. En contrepartie, l'État accorde aux avocats des droits exclusifs de poser certains gestes professionnels, tout en leur imposant une obligation onéreuse de compétence et de qualité. De plus, l'État a délégué aux ordres professionnels le mandat d'assurer la protection du public, tout en les obligeant à exercer un contrôle serré de l'exercice de ces professions.

11 (...). Il (le législateur) crée un organisme, l'Office des professions du Québec, qui a pour fonction de veiller à ce que chacun d'eux (ordres professionnels) accomplisse le mandat qui leur est expressément confié par le Code et qui constitue leur principale raison d'être, assurer la protection du public (art. 12 et 23 C.P.). Dans la poursuite de

## Le Bâtonnier Sur a rappelé que dans cette ère de mondialisation et de globalisation, il faut être de plus en plus ouvert aux solutions alternatives de règlement des litiges.

nous a mis en garde contre les désavantages reliés à l'utilisation de techniques qui empiètent sur les qualités fondamentales de l'homme, dont son jugement.

Le Bâtonnier Sur a rappelé que dans cette ère de mondialisation et de globalisation, il faut être de plus en plus ouvert aux solutions alternatives de règlement des litiges. Il souligne également qu'il faut éviter l'effritement de la réglementation, parce que la réglementation est une nécessité dans le cadre de l'exercice de la profession d'avocats, pour la protection du public et qu'on ne peut, de ce fait, laisser libre cours aux seules règles du marché.

Suite à ces présentations, il s'est ensuivi d'intéressants débats et échanges entre la salle, le panel et même entre différents participants dans la salle, alors que toutes les positions sur le spectre entre la libéralisation extrême et l'absence d'intrusion de non-avocat, ont été avancées, défendues et soutenues.

Madame la Vice-Présidente Huguette André-

## ■ Pourquoi devrait-on réduire ou abolir le monopole légal des avocats ?

Peu d'intervenants ont abordé ou analysé les raisons pour lesquelles certains préconisent la réduction du « monopole des avocats » dans la prestation de services juridiques. Je me permets certaines réflexions pour continuer d'alimenter la discussion.

Les propos de ceux qui militent en faveur de la réduction du « monopole des avocats », contrastent avec ceux des tribunaux, du moins canadiens, qui reconnaissent un rôle fondamental aux avocats dans le système judiciaire.

L'objet et la teneur de la règle sont les suivants : comme, en raison de la complexité et des difficultés inhérentes à notre droit, les procès ne peuvent être correctement

cet objectif fondamental, (la protection du public) le législateur a accordé aux membres de certaines professions le droit exclusif de poser certains actes.

13 En contrepartie de ce monopole, le législateur a imposé un certain nombre d'obligations et de responsabilités aux auteurs de ces actes. (nos soulignements)<sup>4</sup>

Pourquoi vouloir réduire ce « pacte social » fondamental à une société démocratique à un « simple » monopole commercial soutenant que la mise au rancart du « pacte social » ne serait qu'un moyen d'assouplir la concurrence ou de permettre la création d'emplois dans un secteur ?

Assistons-nous à une confusion des genres entre un « monopole privé » de nature commerciale et un « monopole légal » procédant de l'intervention de l'État pour atteindre un objectif sociétal fondamental soit la protection du public ?

Ne s'agit-t-il pas davantage d'une attaque à l'un des piliers de la démocratie ?

17 Ces dispositions confèrent aux membres du Barreau un monopole sur l'exécution d'un certain nombre d'actes professionnels tels que la consultation, la rédaction d'actes de procédure et la représentation devant les tribunaux (Loi sur le Barreau, art. 128). Puisque ce monopole n'est pas créé à des fins privées, mais pour reconnaître l'importance sociale du rôle de l'avocat dans une société démocratique fondée sur la règle de droit, il impose à l'ordre des obligations importantes de contrôle de la compétence et de surveillance de la conduite de ses membres après leur inscription au Tableau de l'Ordre (Fortin c. Chrétien, par. 12-18). (nos soulignements)<sup>5</sup>

À ce compte, pourquoi de ne pas affranchir toutes les professions, tous les emplois et toutes les activités règlementées pour assouplir la concurrence et permettre la création d'emplois ?

Lorsque nous serons au milieu du chaos conséquent des démarches de dérèglementation, sera-t-il encore temps

de se demander ce qu'il advient de la protection du public ?

Si nos dirigeants devaient s'aventurer sur la voie de la dérèglementation non contrôlée, il faudra s'assurer impérativement de mettre en place des contrôles stricts et rigoureux de ces « opérateurs libres » pour la protection du public et pour le contrôle de la compétence des exécutants. Ce que la seule « liberté de commerce et d'industrie » ne peut réussir. On se retrouvera alors devant une multiplication d'organismes de contrôle. Aurons-nous amélioré la situation ?

Rappelons tout simplement que le législateur québécois, tout en permettant l'ouverture à la multidisciplinarité et la présence de tiers dans des sociétés professionnelles, y a toutefois introduit un caveat important : les professionnels québécois pourront s'associer dans une société multidisciplinaire avec des non-professionnels dans la mesure où la majorité des actionnaires ainsi que la majorité des administrateurs seront, soit des professionnels régis par le Code des professions ou des professions qui sont régies par des structures identiques à celles émanant du Code des professions et dont l'objectif premier est de veiller à la protection du public.

Cette façon de faire, en permettant des structures alternatives, avec la présence de non professionnels, comprend toutefois des limites qui sont en ligne avec les valeurs fondamentales de la profession ainsi que la protection du public tout en maintenant le monopole des avocats dans la prestation des services juridiques.

Francis GERVAIS

*Secrétaire Général du Sénat International des  
Barreaux de l'UIA  
Deveau, Bourgeois, Gagné, Herbert & Associés  
Laval, Québec, Canada  
fgervais@deveau.qc.ca*

<sup>1</sup> Anderson c. Bank of British Columbia (1876) 2 CH. D. 644 (C.A.) (649), citée dans les décisions suivantes de la Cour Suprême du Canada: Smith c. Jones [1999] 1 R.C.S. 455 (45), R. c. McClure [2001] 1 R.C.S. 445 (32) et Lavallée et al. C. Canada (Procureur Général) ; R. c. Fink [2002] 3 R.C.S. 209 (36).

<sup>2</sup> R. c. Campbell [1999] 1 R.C.S. 565.

<sup>3</sup> Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health [2006] 2 R.C.S. 574.

<sup>4</sup> Fortin c. Chrétien [2001] 2 R.C.C. décision de la Cour suprême du Canada.

<sup>5</sup> Finney c. Barreau du Québec [2004] 2 R.C.S., décision de la Cour suprême du Canada



# Lawyer's Confidentiality vs. Eavesdropping

**Stephen L. DREYFUSS**

*Dear Friends and Colleagues, Mes Chers Confrères, Queridos Amigos,*

It is hard to believe that an entire year has passed since I became your President in Macau last november. Sometimes it has seemed to me that most of that year has been spent on airplanes, but those many flights have brought me to some extraordinary places and introduced me to some memorable people and remarkable ideas.

And most important, they gave me the opportunity to spread the word about the UIA and what we stand for in many far-flung corners of the world: whether in Hong Kong, Japan, or New Zealand, in Australia or Russia, or in Saudi Arabia, Kuwait, Canada or the United States, to name only some of them, I have told the unique story of the UIA to lawyers and

métier qui a pour but la protection des citoyens dont nous sommes les premiers, et trop souvent les seuls, défenseurs.

Selon la tradition de l'UIA, c'est à la cérémonie de clôture que le Président dresse le bilan de son mandat, et je le ferai effectivement samedi. Mais à la cérémonie d'ouverture, en revanche, il appartient au Président d'attirer l'attention de l'association à un défi, un danger, une menace juridique qui pèse sur notre profession et auquel nous devons faire face avec fermeté. Malheureusement, il n'en manque pas, et je serai donc fidèle à cette tradition aussi.

Comme vous le savez, l'une des plus importantes activités de l'UIA est ce que nous appelons « la défense de la défense », où nous intervenons, quel que soit le pays concerné, là où nous estimons que nos confrères sont menacés, punis, persécutés

Parfois – et c'est le cas ce soir – nous devons donc nous mobiliser pour le soutien de nos confrères d'un pays muni d'une longue tradition démocratique et juridique, mais confronté aujourd'hui à un grave risque touchant aux valeurs fondamentales de notre profession.

C'est donc d'un pays qui m'est très cher que je vous parle ce soir – le berceau des droits de l'homme et du citoyen – la République française. Et je salue la présence parmi nous de Monsieur le Bâtonnier du Barreau de Paris, qui a mené une lutte exemplaire contre les abus de pouvoir dont je vous parlerai maintenant. Monsieur le Bâtonnier, votre lutte est notre lutte.

It happens so often in France that it has become almost routine. In Paris and elsewhere – sometimes as often as three or four times per month – generally late in the afternoon – the Bâtonnier, the President of the Bar, receives a phone call informing him or her that early the following morning, the judicial police will conduct a forcible search of a lawyer's home or office.

The Bâtonnier or his representative can be present, but can do nothing to limit the search other than to object to it on the lawyer's behalf. The preferred technique seems to be to conduct the search of the lawyer's home in the very early hours of the morning, to take everyone by surprise when the lawyer and his family and children all are there, often still in their nightclothes. It must seem to the lawyer that the timing is designed to maximize the invasion of privacy, embarrassment and intimidation that result.

Documents, computers, and files of all sorts are seized and carted away. The sanctity and security of the lawyer's home or office is

**The sanctity and security of the lawyer's home or office is violated a violation that, once committed, can never be repaired.**

government leaders alike: that we are the world's first international association of lawyers, bars and law societies, that we are the only such association that is committed to multilingual and multicultural diversity in everything we do, and most important, that we stand for democracy, human rights and the rule of law.

C'est un moment tout à fait exceptionnel que nous allons passer ensemble à ce remarquable congrès de Florence, dans cette ville lumineuse de beauté, d'art et d'histoire.

Nous en sortirons rafraîchis, renforcés, redédiés à nouveau à poursuivre notre

ou poursuivis, simplement du fait d'avoir exercé le métier d'avocat.

Le plus souvent, c'est dans les pays en voie de développement que nous sommes appelés à intervenir, là où la démocratie n'est pas encore fortement enracinée.

Toutefois, vous serez certainement d'accord avec moi que nous serions injustes et hypocrites si nous prétendions que seuls les pays les moins développés sont atteints de menaces à la liberté et la sécurité juridique du citoyen. Au contraire, c'est parfois dans les pays les plus sophistiqués et prospères que la menace pèse le plus fortement.

violated – a violation that, once committed, can never be repaired.

As an American lawyer, and as a former prosecutor myself, I would have assumed that such a search could only take place if it were based on significant prior evidence that the lawyer himself or herself was engaged in criminal activity. Indeed, I would have expected that any such search – whether of a lawyer or any other person – would require such prior evidence.

Though it certainly would be deplorable if as many as three or four French lawyers each month were actually committing crimes, if that were the case no one could argue that such searches, properly supported by evidence and properly authorized by an independent judge, should not be conducted.

But in fact, in the overwhelming majority of cases the lawyer whose home or office is the target of such a pre-dawn search is not suspected of any crime. The only crime he or she has committed is the crime of being a lawyer – the crime of representing a client whom the authorities suspect of wrongdoing. Instead of conducting a search of the client's home or office, the prosecutors and police descend upon the lawyer's home or office – in the belief, often justified, that the lawyer has received documents or other evidence from his or her client for the purpose of giving advice as to the client's rights or preparing the client's defense – documents that will be "useful" to the investigation being conducted by the investigating magistrate.

In French, there is an expression that lawyers are "*auxiliaires de justice*" – auxiliaries, officers of the judicial system. In English, we say that lawyers are "officers of the court."

But being an "*auxiliaires de justice*" or an officer of the court does not mean that we can countenance a system in which

lawyers tell their clients that confidential communications between client and lawyer are protected by professional secrecy, and where, based on the expectation of professional secrecy, clients turn over to their lawyers their most private and sensitive documents so that the lawyer can study them and provide legal advice about the client's legal rights and obligations – and yet then the police and prosecutors can take advantage of the lawyer's work and the client's trust by swooping in to seize the client's documents from the lawyer – on the



sole authority of an investigating magistrate (the "*juge d'instruction*") who sometimes is far more of a prosecutor than a judge.

So in effect, the lawyer becomes the prosecutor's tool, the unwilling but helpless source for incriminating evidence against his own client. This is a cynical perversion of the attorney-client relationship - indeed it destroys that relationship, because in penalizing the client for having trusted the lawyer and for having believed the lawyer's assurances of professional secrecy, it makes it impossible for the client ever to confide in the lawyer again.

Yet that is what happens in France today, again and again and again. It is an outrage that has become almost routine, and it is time for it to stop.

As I said in my inaugural address in Macau, I think it is important for lawyers and judges to work with each other as colleagues. I have tried to bring more judges, from many different countries, into the work of the UIA. And the UIA is a determined fighter for judicial independence, because it does no good for lawyers to be free to practice our profession if the judges before whom we appear are not free to practice theirs without political interference.

That is why the UIA strongly supports, for example, the lawyers and judges of Hong Kong in their struggle to maintain judicial independence and the Rule of Law in the face of the efforts of the Chinese government to restrict it.

And I have no doubt that French judges, like judges everywhere, are doing the best they can to exercise their substantial power and authority in good faith and in accordance with the law.

But sometimes, the law needs to be changed to protect the rights of the people. Judicial independence cannot be allowed to mean judicial irresponsibility.

In France, there is no requirement that before taking what should be the extraordinary step of a forcible search of a lawyer's home or office, the police, the investigating magistrate or the prosecutor must present to a neutral and independent judge, unconnected with the investigation, evidence of the lawyer's personal participation in criminal conduct.

On the contrary, the same investigating magistrate who is directing the police investigation has complete and unfettered authority – all alone – to order the

pre-dawn search of a lawyer's home, without making any showing to anyone that there is any reason to believe that the lawyer is engaged in wrongdoing. Then the investigating magistrate and the police are free to rummage through whatever they find – whether it relates to their investigation or not, and regardless of whether it discloses the confidential information of other clients who have absolutely nothing to do with the matter under investigation.

Nor can it be said that this kind of abuse of the lawyer-client relationship is justified by the need to enforce the criminal law. In the United States, for example, every person – lawyer or not – has the constitutional right not to be subjected to a search of his home or place of business unless the authorities have first presented to what our Supreme Court has called a “neutral and detached magistrate” – a sitting judge who is completely unconnected with the investigation – proof sworn under oath

Please understand: I am not suggesting that the American system is without fault or that other countries should adopt it. On the contrary, our system is far from perfect, and in any event each country must have the right to adopt its own criminal procedure according to its own culture and its own values. I am simply using the United States as an example, because it is the system I know best – an example of the fact that a country can effectively investigate and prosecute crime without giving unfettered, unchecked authority to an individual prosecutor or investigating magistrate, and without permitting that prosecutor or magistrate, alone and without having to answer to anyone, to turn an attorney who has committed no crime into an unwilling witness against his or her own client.

Such a system turns judicial independence into judicial irresponsibility. No one man or woman, acting alone, should have such unlimited power.

## Nous devons convaincre nos concitoyens que ce n'est pas nous-mêmes que nous souhaitons protéger quand nous nous élevons contre les perquisitions mal fondées et les écoutes abusives.

that this independent judge finds sufficient to establish probable cause to believe that the person whose home or office is to be searched has committed or is in the process of committing a crime, and that evidence of that crime may be found at the premises to be searched.

And if the target of the investigation is subsequently charged with a crime based on the seized evidence, the judge presiding over the resulting trial will look at the evidence presented to the authorizing judge yet again to ensure that there was indeed sufficient evidence presented to the authorizing judge in advance of the search to justify the invasion of the target's privacy – without taking into account anything that was found during the search. And if there was not sufficient evidence before the search, all of the evidence seized in the search will be excluded from the trial.

Je vous ai dit, quand j'ai pris mes fonctions à Macao, que l'avocat est avant tout le bouclier du citoyen. Seul l'avocat, ai-je dit, s'érige entre son client et l'autorité parfois arbitraire et impitoyable exercée contre lui – notamment par l'État. Je vous ai dit aussi, que tous nos concitoyens ne partagent pas forcément l'opinion que nous nous faisons de nous-mêmes. Pour eux, trop souvent, les réclamations des avocats et des barreaux pour la protection des avocats ne relèvent pas de l'intérêt général, mais plutôt des tentatives corporatistes destinées à nous construire une sorte d'immunité personnelle, au-dessus des lois.

Vous savez tous qu'il n'en est rien ; en ce qui concerne les perquisitions des cabinets et domiciles des avocats, ainsi que les écoutes des conversations confidentielles entre avocat et client, nous exigeons, tout simplement, que trois principes fondamentaux soient respectés :

Tout d'abord, que seuls les avocats dont la justice possède au préalable de toute écoute ou perquisition des preuves sérieuses et concordantes de la criminalité de l'avocat lui-même, ne soient assujettis aux perquisitions et aux écoutes.

Deuxièmement, que la suffisance de ces preuves préalables de la criminalité de l'avocat soit validée, avant toute perquisition ou écoute, non seulement par le procureur ou le juge d'instruction qui dirigent l'enquête, mais aussi par un juge du siège neutre et détaché, sans aucun lien avec l'enquête, qui sera en mesure de ne donner son accord à une mesure tellement destructrice de la relation avocat-client que dans la mesure où l'avocat lui-même s'est livré à des actes criminels qui le privent du droit de réclamer la qualité d'avocat.

Et troisièmement, lorsqu'une personne est mise sur écoute et, par conséquent, un entretien téléphonique entre cette personne et son avocat est intercepté de manière incidente, la police doit cesser d'écouter dès lors qu'il paraît qu'il s'agit d'une conversation client-avocat. Et en tout état de cause, le contenu de cet entretien ne peut être ni transcrit, ni versé au dossier, ni utilisé de quelque manière que ce soit.

Les enjeux en sont graves - pas simplement pour nous, mais encore plus grave pour nos sociétés et nos concitoyens.

Nous devons convaincre nos concitoyens que ce n'est pas nous-mêmes que nous souhaitons protéger quand nous nous élevons contre les perquisitions mal fondées et les écoutes abusives. Nous, les avocats, nous savons nous défendre ; c'est notre métier. Mais que feraient nos clients, nos concitoyens, si nous ne pouvions plus les protéger, si nous ne pouvions plus les conseiller, si nous ne pouvions plus leur expliquer leurs droits et leurs obligations afin qu'ils puissent se mettre en conformité avec la loi, sans que les secrets les plus intimes qu'ils nous confient en toute bonne foi ne soient détournés contre eux ?

Et que deviendraient nos sociétés, que deviendrait la France – berceau des droits de l'homme – si l'État pouvait, avec une



totale impunité, continuer à instrumentaliser les avocats en en faisant rien de plus que des agents de la police judiciaire, des rassembleurs de preuves à charge, sous couvert d'un secret professionnel qui n'est plus digne du nom, afin que la police puisse débarquer chez eux à six heures du matin pour saisir ce que leurs clients leur ont confié pour se défendre ?

Lawyers simply cannot allow this to happen – not in France, not in the United States, not anywhere. Whether the violation of the lawyer-client relationship is a search of the lawyer's home or office or the interception of the lawyer's confidential conversations with a client, whether the purported justification for the violation is a criminal investigation or national security, whether the source of the violation is France, the United States, Italy or any other country, all lawyers and all lawyers' associations must be vigilant in protecting not ourselves, but rather our clients and fellow citizens.

Our focus must not be on the rights of lawyers but rather on the rights of the people. Let's face it: our elected officials respond best not to high-minded legal arguments but to political reality. To that end, we must make it politically untenable for our elected officials to permit improper surveillance. We must make it politically untenable for our elected officials to permit prosecutors to flout the protections of attorney-client secrecy. We must make our fellow citizens think about what kind of country they want to live in: a country where a person can seek the counsel and assistance of a lawyer with confidence that what he tells the lawyer will not be disclosed to the state, or a country in which Big Brother is everywhere and no confidence is safe?

We must make that case. We must fight against the kind of public cynicism that thinks that every secret hides wrongdoing, and that every confidence therefore must be revealed. We must make our fellow citizens understand that lawyers are there to help and protect them, and that when governments choose to infringe on lawyers they are really infringing the rights of everyone. Only then will the people insist,

with the power of their votes, that their representatives protect and preserve the sanctity of the attorney-client relationship. All around the world – whether in Hong Kong in the last few months or in Malaysia in the last few weeks, whether in Russia or in Saudi Arabia, or indeed in France or the United States – lawyers must continue to be the early warning signal - the ones who sound the first alarm whenever the rule of law is threatened, constricted or suffocated. That is why tyrants seek to silence the lawyers first – because they know that if they do not, we will speak out.

Our vigilance against the erosion of the rule of law and the persecution of the lawyers who defend it must be constant and tireless, and it has been an honor for me to carry that flame on your behalf in the past year.

My time as your President is coming to an end, but our determination as lawyers to fight for the rights of our fellow citizens can never end.

Though I turn over the reins of this association to my friend Miguel Loiaz on Saturday, I pledge to you that my own commitment to the cause of justice and the rule of law will continue.

I urge all of you to join me in that struggle, for there is no more noble task in this world than to speak out for the protection of our fellow citizens, to place ourselves in the way when the strong seek to victimize the weak, and to ensure that the world we pass on to our children will be one where power is tempered by law, and where law is tempered by justice.

Stephen L. DREYFUSS  
*President of the UIA 2013-2014*  
*Speech given at the Opening Ceremony*  
*of the 58<sup>th</sup> Congress, Florence,*  
*October 29, 2014*  
[sldreyfuss@hlgslaw.com](mailto:sldreyfuss@hlgslaw.com)



Pratique du Droit  
Legal Practice  
Ejercicio de la Abogacía





# L'accès au droit en Chine : de grandes réformes à petits pas

I Jérôme CAYOL

Le programme Union européenne – Chine d'accès à la Justice 2013-2016 a pour objectif de permettre des échanges entre les experts de l'Union européenne et les experts chinois sur l'aide légale. Il s'agit de favoriser le développement de l'accès au droit, notamment dans les régions les moins développées.

Après le congrès de Macao, j'ai eu la chance de retourner en Chine, cette fois à Pékin.

J'ai été mandaté par l'Union européenne en qualité d'expert auprès du Conseil National des Barreaux (CNB) et du Conseil des Barreaux Européens (CCBE) pour participer à un séminaire qui s'est tenu les 1<sup>er</sup> et 2 septembre 2014 à Pékin, suivi d'un voyage d'étude de deux jours dans la province du Hénan.

Le séminaire a réuni des personnalités de haut niveau et a fait l'objet d'une couverture médiatique importante.

d'extension du taux de couverture de l'aide juridictionnelle, ainsi que l'amélioration du système, avaient été fixés.

Le 21 avril 2014, le Président Xi Jinping lui-même a confirmé l'objectif d'étendre le système d'aide légale et d'améliorer sa qualité.

Une loi sur l'accès au droit devrait intervenir en 2015.

Le Vice-Ministre a souligné avoir été impressionné lors de ses voyages en Europe par le système qui a été mis en place dans l'Union européenne.

La Chine a retenu trois provinces pilotes pour la réforme de l'accès au droit : le Shanxi, province industrielle extrêmement polluée, la Mongolie intérieure, province à forte minorités ethniques et le Henan, province principalement agricole.

L'État chinois encourage les organisations sociales comme les associations ou les syndicats à promouvoir l'accès au droit sur leurs propres ressources.

Les universités sont également encouragées à créer des cliniques du droit où le public peut rencontrer des étudiants en droit.

Parallèlement, l'État central assure un financement pour permettre aux provinces de mettre en place un système d'aide juridique.

Les critères financiers et les domaines couverts par l'accès au droit sont déterminés par les gouvernements de province.

Au niveau national, une priorité est donnée aux personnes âgées, aux handicapés, aux mineurs, aux femmes et aux travailleurs migrants (ceux qui viennent d'une autre région), ainsi qu'aux travailleurs licenciés.

Les provinces ont créé des bureaux ouverts à tous, dans lesquels les bénéficiaires de l'aide légale peuvent rencontrer des avocats qui sont soit des avocats salariés, soit le plus souvent des avocats libéraux.

L'an dernier, un million de consultations juridiques gratuites ont été données en Chine par des avocats qui ont par ailleurs assuré la défense de leurs clients devant les Tribunaux dans 300 000 dossiers.

La Chine a mis en place un numéro de téléphone national (12348) qui permet à chacun d'avoir au téléphone un avocat de 8h à 20h qui l'oriente dans le domaine de l'aide légale.

La particularité du système chinois est de reposer non seulement sur des avocats, mais également sur des salariés juristes et des bénévoles qui donnent des conseils de base et font de la médiation dans des affaires simples. Ainsi, dans les campagnes, le système repose sur des volontaires « *grassroot workers* »,

La particularité du système chinois est de reposer non seulement sur des avocats, mais également sur des salariés juristes et des bénévoles qui donnent des conseils de base et font de la médiation dans des affaires simples.

Il est à la fois flatteur et réconfortant de constater qu'un géant économique et démographique s'enquiert du fonctionnement des systèmes européens.

Nous avons été reçus par le Vice-Ministre de la Justice chinois, Monsieur Zhao Dacheng. Il a exposé que l'aide légale constituait une réforme fondamentale pour la Chine dans la mesure où il s'agissait d'un élément très important pour le développement de l'État de droit.

Il a rappelé que, lors de la troisième réunion plénière du 18<sup>e</sup> comité central du parti communiste chinois, qui s'est tenue à Pékin du 9 au 12 novembre 2013, des objectifs

## I Le système chinois d'aide juridictionnelle

C'est en 1994 qu'a commencé à être mise en place une aide légale, encore rudimentaire.

En 2003, le Conseil d'État de la République chinoise a créé le cadre du système d'aide légale en Chine.

Une dizaine de lois qui abordent la question de l'aide légale, sont alors intervenues, notamment la loi sur la protection des personnes âgées, la loi sur la protection des droits des femmes, la loi sur la protection des mineurs et la loi agricole du peuple.

qui assurent un accès au droit de base et orientent les personnes vers les bureaux d'accès au droit.

On constate le souci de maintenir une proximité permanente avec les citoyens et une mise en œuvre très diversifiée : si l'on veut être efficace à l'échelle d'un milliard 300 millions d'habitants, le pragmatisme est de rigueur !

## ■ Le séjour d'étude dans le Henan

La délégation européenne a été accueillie dans le Henan par Monsieur Wang Wenhai, Directeur Général du département de la justice de la province.

Les échanges ont été nombreux, les explications ont été précises et abondantes.

Le Henan est une province rurale qui compte une population de plus de 100 millions d'habitants. 40 % de la population du Henan n'a pas les moyens de financer elle-même l'accès au droit et devrait pouvoir bénéficier d'une politique d'aide publique.

Le gouvernement de la province a décidé, en 1997, l'établissement d'un centre d'aide juridictionnelle du Henan qui a deux missions :

- Le contrôle de la mise en application des politiques et des réglementations en matière d'aide juridique,
- La réception, l'examen, l'orientation des affaires relevant de l'aide juridique.

Certains domaines du droit sont privilégiés : le droit du travail, le droit médical, le droit de la responsabilité, la sécurité sociale, la sécurité sanitaire, les crimes pour lesquels la peine de mort ou l'emprisonnement à vie est encouru.

Le gouvernement provincial souhaite dans l'avenir étendre l'accès au droit à d'autres domaines comme l'environnement ou les transactions immobilières.

L'organisation de l'aide juridictionnelle est extrêmement structurée.

Le Henan compte 177 centres d'aide juridictionnelle couvrant tous les niveaux administratifs (province, ville, comté, district).

En plus de ces 177 centres, on compte 330 bureaux qui sont situés dans les tribunaux.

Ainsi, les juridictions coopèrent avec les syndicats, les associations de femmes, de handicapés, de jeunes, de personnes âgées, des universités pour créer des « stations de travail » : points d'accès au droit. On en compte 1 268.

Le centre d'aide juridictionnelle du Henan gère également pour la région la « hotline » nationale.

Dans les villages, il y a également des points de liaison gérés par des volontaires qui n'ont pas nécessairement une formation juridique mais qui sont aptes à faire une première approche d'un problème avant de le renvoyer, si besoin est, au centre d'aide juridictionnelle.

Le budget consacré à l'accès au droit par l'Etat et la province s'élève à 97 millions de yuans et il augmente de 5 % chaque année.

L'accès au droit emploie 1 028 personnes dont 380 avocats. Ces 380 avocats travaillent à plein temps comme salariés dans les bureaux d'aide juridictionnelle. Ils organisent le fonctionnement du bureau, participent à la réception des clients, gèrent la hotline.

La plupart des dossiers sont traités par des avocats libéraux qui sont payés 700 yuans par dossier, le premier dossier étant gratuit. Les avocats ont ainsi l'obligation d'assurer gratuitement un dossier par an (rappelons que les avocats français pratiquent depuis longtemps divers types de bénévolat).

Les centres d'accès au droit donnent une priorité aux avocats volontaires, mais lorsqu'il n'y a pas suffisamment de volontaires, désignent des avocats.

Nous avons visité plusieurs centres d'accès au droit au niveau local, mais également dans une grande ville, celle de Zhengzhou qui compte 4 millions et demi d'habitants. Il s'agit de locaux de plain-pied, bien situés, souvent flambant neufs, dans lesquels l'accueil est très bien organisé.

Nous avons également visité un cabinet d'avocats qui a accepté d'être un centre

d'accès au droit. Ce cabinet est spécialisé dans le droit des affaires, ce qui n'est nullement incompatible avec son activité importante dans le cadre de l'accès au droit.

Le point d'accès au droit du Tribunal de Zhengzhou est un lieu dans lequel deux avocats se relaient en permanence dans un bureau pour répondre aux questions des justiciables.

Dans les bureaux que nous avons visités, les personnes à l'accueil font à la fois de l'accès au droit, du renseignement juridique et de la médiation.

Les problèmes qui ont été relevés sont un manque de formation des employés d'aide juridictionnelle de base (*grassroot workers*) et également un besoin de financement supplémentaire.

L'accès au droit dans le domaine pénal n'est pas très développé, mais il nous a été indiqué qu'une priorité était donnée pour les mineurs et pour les personnes incapables d'assurer leur défense.

Ne nous y trompons pas : le taux d'alphabétisation en Chine est remarquablement élevé. L'inaptitude à assurer sa défense procède surtout d'une insuffisance pécuniaire.

De même, lorsque la peine encourue est la peine de mort ou la prison à vie, un défenseur est fourni par le bureau d'aide légale.

Le Henan a un projet ambitieux : il s'est engagé dans une coopération sur trois ans avec l'Union européenne pour améliorer ses pratiques, notamment en termes de qualité.

## ■ Les défis que rencontre l'accès au droit en Chine

Les fonds consacrés à l'aide légale sont insuffisants au regard des besoins croissants. Il existe d'importantes disparités régionales. Le nombre d'affaires traitées augmente chaque année de 5 %.

Les professionnels de l'aide juridique n'ont pas la possibilité de satisfaire la totalité de la demande potentielle.

La Chine compte 250 000 avocats pour 1 milliard 300 millions d'habitants, soit un avocat pour 52 000 personnes. La France compte 57 000 avocats pour 64 millions d'habitants, soit un avocat pour 1 122 personnes.

Les besoins sont encore immenses, puisque les Tribunaux chinois traitent chaque année 14 millions d'affaires, dont un million d'affaires pénales.

La Chine rencontre donc un véritable défi face à une demande de droit exponentielle.

Aujourd'hui, tous les domaines du droit ne sont pas couverts, notamment le domaine pénal sur lequel portent aujourd'hui les efforts les plus importants.

Depuis la promulgation de la nouvelle loi de procédure criminelle, l'accent est mis sur le droit à un avocat devant tous les tribunaux.

Les autorités chinoises ont relevé également le manque de formation de ceux qui assurent l'aide juridictionnelle de base.

La Chine souhaite améliorer la qualité des prestations juridiques et à cet effet, souhaite mettre en place un véritable contrôle de qualité.

## Conclusion

La situation en Chine et dans les pays de l'Union européenne est très différente quant à l'accès au droit.

Les différents pays de l'Union européenne ont mis en place depuis longtemps des systèmes d'accès au droit performants.

La Chine, comme il nous a été indiqué, ne fait que démarrer...

En Chine, comme dans l'Union européenne, de grandes difficultés de financement sont rencontrées, qui obligent à des réformes.

Il est frappant de voir qu'en Chine, comme dans l'Union européenne, il y a une préoccupation commune : comment assurer l'accès au droit à tous au meilleur coût ?

Les méthodes pour réformer sont très différentes. En Chine, on commence par mettre en place des structures locales qui assurent un accès au droit de base, sans que toute la population éligible ni tous les domaines du droit ne soient couverts.

On se donne ensuite pour ambition d'étendre ce système une fois qu'il aura fait ses preuves et après avoir fait un audit de ce qui se faisait dans toutes les provinces et également dans l'Union européenne.

La loi n'intervient qu'à posteriori pour valider des systèmes qui auront fait leur preuve.

En Europe, les États ont mis en place depuis longtemps des systèmes extrêmement variés, mais toujours très ambitieux.

Aujourd'hui, des réformes interviennent, dans l'urgence, par manque de financement, réformes qui, comme en Grande-Bretagne, sont parfois brutales.

La Chine, afin d'améliorer son système d'aide légale, tente des essais dans certaines provinces et participe à une coopération internationale.

En Europe, et régulièrement en France, la réforme de l'aide légale est conduite pour des raisons purement financières, sans que les systèmes mis en place dans les pays voisins n'aient été étudiés et sans que l'impact des décisions n'ait été mesuré.

On le voit : l'horizon de l'accès au droit est encore loin d'être éclairci. Mais les efforts se poursuivent, tant en Chine que dans l'Union européenne, et qu'ils aient donné lieu à ce type de rencontre juridico-culturelle est à soi seul un facteur d'optimisme.

Jérôme CAYOL  
Conseiller du Président  
Cayol, Cahen & Associés  
Paris, France  
jcajol@cca-avocats.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



# Application territoriale de la législation européenne en matière de protection des données : vaincre la peur de l'autre<sup>1</sup>



■ Jean-François HENROTTE & Fanny COTON



Territorial application of the European legislation on data protection and data transfer to third countries: Conquering the fear of the other

In this globalized world, it is sometimes difficult to match the European data protection regime with data flow inherent to current economic reality. The European Parliament must achieve a delicate balancing act to reconcile the various competing interests: protection for citizens, clarity and flexibility for businesses, openness to foreign markets and the safeguard of national sovereignty.

Based on the existing legal regime

established by the Data Privacy Directive, and with the future Regulation on Data Protection in mind, this contribution addresses a issue, which is critical when a processing involves a foreign aspect.

The paper is devoted to the territorial application of the European legislation, through the national law designated by the Directive at first, by the future Regulation in a second time. The law applicable to the controller and the law applicable to the processor's security measures are detailed.

The comparative review of the current system and future Regulations leads to a finding of technical improvements

brought by the future text. Difficulties are overcome, differences of interpretation are set and procedures simplified. On a more political level, however, the contribution highlights a divergence existing between the Parliament and the Council on the future political direction of the text. One institution seems more protective of European values, and the other seems more oriented towards companies – including foreign ones – and anxious to safeguard national sovereignty. The contribution concludes itself on the inclusive message that the two views can be reconciled for the greater benefit of European citizens.

## ■ Introduction

Les règles encadrant les traitements de données à caractère personnel en vigueur au sein de l'Union européenne sont considérées internationalement comme étant particulièrement protectrices des citoyens. Ou contraignantes pour les entreprises, spécialement non-européennes, selon le point de vue.

Bien qu'appliquées avec plus ou moins de vigueur selon les États membres et les différentes autorités nationales de protection des données, ces règles européennes – issues principalement de la directive 95/46 du 24 octobre 1995 relative

à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données<sup>2</sup> – forment un cadre cohérent à l'intérieur des frontières de l'Union.

Toutefois, les flux internationaux de données sont inhérents au monde globalisé dans lequel les citoyens de l'Union se meuvent, singulièrement depuis l'avènement du Cloud, dont les grands acteurs ne se situent pas sur le territoire européen.

L'utilisateur d'Internet ne sait pas toujours si le site web qu'il va visiter et auquel il va fournir des données est établi ou non sur le territoire

de l'Espace économique européen (EEE).

Des données à caractère personnel peuvent donc être traitées dans d'autres pays du globe n'offrant pas un niveau de protection de la vie privée équivalent, voire aucune protection.

L'enjeu que revêt la détermination de l'étendue du champ d'application territorial de la directive 95/46 est donc de taille.

La portée des droits conférés par la directive 95/46 serait dérisoire si les internautes européens bénéficiaient d'une protection précaire face aux entreprises étrangères qui exercent des activités dans l'EEE.

## I Droit applicable au responsable du traitement

### I. Historique

Avant la transposition de la directive 95/46, la loi applicable était déterminée par les règles de droit commun du droit international privé.

Même si, dès 1981, les auteurs de la convention 108 élaborée sous l'égide du Conseil de l'Europe<sup>3</sup> avaient décelé les risques posés par les problèmes de conflits de lois et par l'application concurrente de lois nationales différentes, la convention ne prévoyait pas de disposition spécifique pour résoudre ces problèmes.

Dès lors, la loi belge du 8 décembre 1992, tout comme la loi française du 6 janvier 1978, ne prévoyait initialement aucune règle de compétence territoriale, contrairement à la loi luxembourgeoise du 31 mars 1979 réglementant l'utilisation des données nominatives dans les traitements informatiques et plus particulièrement à son article 3.

*établi sur le territoire de l'État membre mais en un lieu où sa loi nationale s'applique en vertu du droit international public ;*

*c) le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de la Communauté et recourt, à des fins de traitement de données à caractère personnel, à des moyens, automatisés ou non, situés sur le territoire dudit État membre, sauf si ces moyens ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur le territoire de la Communauté.*

*2. Dans le cas visé au paragraphe 1 point c), le responsable du traitement doit désigner un représentant établi sur le territoire dudit État membre, sans préjudice d'actions qui pourraient être introduites contre le responsable du traitement lui-même. »*

► Les critères d'application territoriale de la directive 95/46 sont donc la localisation de l'établissement du responsable du traitement (dont les activités donnent lieu au traitement des données, et dans le cas d'une pluralité d'établissements : les différentes législations nationales s'appliquent selon les activités de chaque établissement), ou, en l'absence d'un tel établissement sur le territoire européen, l'utilisation des moyens (automatisés ou

la situation présentait une « dimension communautaire » ou un « lien étroit » avec l'Union, afin d'appliquer des règles communautaires à des entités non établies sur le territoire européen.

Il faut en outre rappeler que la directive 95/46 ne prévoit que les règles en matière de conflit de loi. En ce qui concerne le tribunal compétent, c'est le droit commun du droit international privé qui s'applique.

Les critères d'application territoriale de la directive 95/46 étant ainsi esquissés, leurs contours n'en sont pas pour autant nets.

Ces critères ont donné lieu à une disparité de solutions jurisprudentielles européennes, soulignées par le 1<sup>er</sup> rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la directive 95/46, et expressément mentionnées dans le renvoi préjudiciel de la Cour d'appel nationale espagnole dans l'affaire relative au moteur de recherche Google, commentée infra.

Il en découle naturellement une insécurité juridique et une tentation pour les responsables de traitement de pratiquer le forum shopping.

Les trois cas de figure prévus à l'article 4, §1<sup>er</sup> doivent être examinés dans leur ordre de présentation afin d'établir si un traitement est soumis ou non au droit européen.

### ► A. ARTICLE 4 § 1<sup>er</sup>, A) : RESPONSABLE DE TRAITEMENT ÉTABLI DANS UN ÉTAT MEMBRE

La détermination de la loi applicable découle étroitement de l'identification du responsable de traitement et de son ou ses établissement(s). Les questions doivent être examinées dans l'ordre suivant :

- De quel traitement s'agit-il ?
- Qui est responsable de ce traitement ?
- Le responsable est-il établi sur le territoire de l'État membre ?
- Cet établissement est-il pertinent pour le traitement ?

Ces deux dernières questions sont examinées ci-après, les deux premières relevant d'un exposé plus général.

L'utilisateur d'Internet ne sait pas toujours si le site web qu'il va visiter et auquel il va fournir des données est établi ou non sur le territoire de l'Espace économique européen (EEE).

### II. Directive 95/46/CE

► Lors de l'élaboration de la directive 95/46, le législateur européen a pris conscience de la nécessité de prévoir une règle de conflit de loi.

« 1. Chaque État membre applique les dispositions nationales qu'il arrête en vertu de la présente directive aux traitements de données à caractère personnel lorsque :

a) le traitement est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire de l'État membre ; si un même responsable du traitement est établi sur le territoire de plusieurs États membres, il doit prendre les mesures nécessaires pour assurer le respect, par chacun de ses établissements, des obligations prévues par le droit national applicable ;

b) le responsable du traitement n'est pas

non) situés sur le territoire d'un État membre. L'on verra infra que l'application de ces notions pose certaines difficultés d'interprétation.

L'on constate donc que, malgré l'objectif ambitieux affiché, les auteurs de la directive 95/46 ne sont cependant pas allés jusqu'à protéger les traitements de données sur base de la nationalité des personnes concernées ou de leur résidence.

Le groupe de travail « article 29 » a vite regretté que cette disposition permette à certains responsables de traitement d'échapper à l'application de la directive 95/46. Le groupe de travail a relevé que dans d'autres cas de figure, la Cour de Justice, le Parlement, le Conseil ou la Commission se satisfaisaient du fait que

## ► 1. ÉTABLISSEMENT SUR LE TERRITOIRE D'UN ÉTAT MEMBRE

La notion d'établissement n'est pas définie dans la directive 95/46.

Le considérant 19 précise toutefois que « l'établissement sur le territoire d'un État membre suppose l'exercice effectif et réel d'une activité au moyen d'une installation stable ; que la forme juridique retenue pour un tel établissement, qu'il s'agisse d'une simple succursale ou d'une filiale ayant la personnalité juridique, n'est pas déterminante à cet égard ;

n'est pas le lieu où est située la technologie qui supporte son site web ni le lieu d'accès au site web mais le lieu où elle exerce son activité indépendamment du lieu où se trouvent les utilisateurs du site et les données. Un serveur ou un ordinateur n'est pas susceptible d'être qualifié d'établissement, puisqu'il s'agit simplement d'une installation technique ou d'un outil de traitement d'informations.

Un bureau unipersonnel peut, selon le groupe de travail, être qualifié d'établissement pour autant qu'il ne se borne pas à représenter

établissement et tenir compte du degré de participation de chaque établissement aux activités dans le cadre desquelles des données à caractère personnel sont traitées.

Cette notion a fait l'objet de précisions à l'occasion d'un arrêt du 13 mai 2014 de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>4</sup>, qui n'a pas manqué de faire couler des flots d'encre.

Les faits de la cause, désormais bien connus, sont les suivants : le moteur de recherche Google relève de la société Google Inc., société mère du groupe, dont le siège social est situé aux États-Unis. Le groupe Google dispose d'une filiale espagnole, qui ne gère que la vente en Espagne d'espaces publicitaires distincts de l'activité de moteur de recherche.

Interpelée par le fait que l'activité exercée en Espagne n'était pas celle de la personne morale responsable de traitement, la Cour d'appel nationale espagnole a interrogé la Cour de justice à propos du champ d'application territorial de la directive 95/46.

Avant que la Cour de justice ne se penche sur cette question, le groupe de travail « article 29 » avait déjà rendu un avis WP 148 sur la législation applicable aux traitements effectués par des moteurs de recherche en ces termes :

*« Lorsqu'il s'agit d'un moteur de recherche dont le siège est situé en dehors de l'EEE, il faut déterminer si des établissements situés sur le territoire d'un État membre participent au traitement des données d'utilisateur.*

*Cependant, l'opération de traitement doit en outre être effectuée « dans le cadre des activités » de l'établissement. Cela signifie que l'établissement doit également jouer un rôle significatif dans l'opération de traitement en question. C'est manifestement le cas si :*

- *un établissement est chargé de relations avec les utilisateurs du moteur de recherche dans une juridiction donnée ;*
- *un fournisseur de moteur de recherche établit un bureau dans un État membre (EEE) qui joue un rôle dans la vente de publicités ciblées aux habitants de cet État ;*
- *l'établissement d'un fournisseur de moteur de recherche se conforme aux décisions des tribunaux et/ou répond aux demandes*

Il ne serait pas non plus acceptable de réduire l'étendue de la protection aux personnes résidant dans l'Union, le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel étant reconnu indépendamment de la nationalité ou du lieu de résidence.

*que, lorsqu'un même responsable est établi sur le territoire de plusieurs États membres, en particulier par le biais d'une filiale, il doit s'assurer, notamment en vue d'éviter tout contournement, que chacun des établissements remplit les obligations prévues par le droit national applicable aux activités de chacun d'eux ».*

Un établissement ne doit donc pas nécessairement être revêtu de la personnalité juridique. L'élément déterminant pour qu'un établissement relève de la directive 95/46, suivant l'avis WP 179 sur le droit applicable du groupe de travail « article 29 », est l'exercice effectif et réel d'activités dans le cadre desquelles des données à caractère personnel sont traitées.

La Cour de justice de l'Union européenne a considéré dans son arrêt Berkholz du 4 juillet 1985, au sujet de la liberté d'établissement prévue par l'article 50 du TFUE (ex-article 43 TCE), que pour être qualifié de stable, un établissement doit comporter « la réunion permanente des moyens humains et techniques nécessaires à des prestations de services déterminées ».

Le groupe de travail « article 29 » précise, dans son avis WP 179, que le lieu d'établissement d'une société qui fournit des services par le biais d'un site Internet

un responsable du traitement établi ailleurs et qu'il participe activement aux activités dans le cadre desquelles les traitements de données à caractère personnel sont effectués.

Comme cela a déjà été évoqué, un responsable du traitement peut avoir plusieurs établissements. La référence à « un » établissement signifie que la présence d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire d'un État membre entraîne l'applicabilité du droit de cet État, et que la présence d'autres établissements de ce même responsable sur le territoire d'autres États membres peut entraîner l'application du droit de ces États.

## ► 2. DANS LE CADRE DES ACTIVITÉS D'UN ÉTAT MEMBRE

La notion de « cadre des activités » signifie que le droit applicable n'est pas celui de l'État membre dans lequel le responsable du traitement est établi, ni le lieu où les données se trouvent ou vers lequel elles sont transférées, mais bien celui de l'État dans lequel un établissement du responsable du traitement participe à des activités liées au traitement de données.

Il faut adopter une approche fonctionnelle pour déterminer le rôle exact de chaque

*d'application de la loi des autorités compétentes d'un État membre à l'égard des données d'utilisateur.*

*(...) Les moteurs de recherche qui recourent à des moyens situés sur le territoire d'un État membre (EEE) pour traiter des données à caractère personnel sont également soumis au droit de la protection des données de cet État, qui s'appliquera encore lorsque le responsable du traitement [...] recourt, à des fins de traitement de données à caractère personnel, à des moyens, automatisés ou non, situés sur le territoire dudit État membre, sauf si ces moyens ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur le territoire de la Communauté.*

*En ce qui concerne la prestation de services de moteur de recherche à partir d'un lieu situé en dehors de l'UE, des centres de données situés sur le territoire d'un État membre peuvent servir au stockage et au traitement à distance de données à caractère personnel. »*

L'on peut déjà voir dans le deuxième exemple la voie qui sera suivie par la Cour de justice dans son arrêt du 13 mai 2014.

La Cour de justice de l'Union européenne s'est en effet prononcée en faveur de l'application du droit européen, espagnol en l'espèce, en la fondant sur la présence d'un établissement sur le territoire européen, sur base d'un raisonnement conforme sur ce point aux conclusions de l'Avocat Général.

L'Avocat Général Niilo Jääskinen rappelait en effet, dans son avis du 25 juin 2013, que la directive 95/46 avait été adoptée avant la fourniture à grande échelle de services en ligne sur l'Internet et déplorait que son libellé ne soit ni cohérent ni complet. Se ralliant à la conclusion du groupe de travail « article 29 », l'Avocat Général estimait dès lors que la question de l'applicabilité territoriale devrait être abordée du point de vue du modèle économique des prestataires de services de moteur de recherche sur Internet, ce modèle reposant sur la publicité par mots clés, qui constitue la source de revenus et qui, en tant que telle, est la raison d'être économique de la fourniture d'un outil gratuit de localisation d'informations sous la forme d'un moteur de recherche.

L'Avocat Général jugeait donc que le traitement de données à caractère personnel est effectué dans le cadre de l'établissement d'un responsable du traitement, si cet établissement, qui ne participe pas au fonctionnement de l'algorithme de recherche à proprement parler, joue le rôle d'intermédiaire pour le service de référencement destiné au marché publicitaire de cet État membre, même si les opérations techniques de traitement des données ont lieu dans d'autres États membres ou des pays tiers.

L'Avocat Général insistait sur l'importance de considérer un opérateur économique comme une entité unique.

Les juges communautaires ont donc repris cette appréciation économique de la notion d'établissement, interprétée à la lumière des considérants de la directive 95/46 et de l'objectif d'effet utile de celle-ci, en ces termes :

*« 52 (...) l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 95/46 exige non pas que le traitement de données à caractère personnel en question soit effectué « par » l'établissement concerné lui-même, mais uniquement qu'il le soit « dans le cadre des activités » de celui-ci.*

*53 En outre, au vu de l'objectif de la directive 95/46 d'assurer une protection efficace et complète des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, notamment du droit à la vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel, cette dernière expression ne saurait recevoir une interprétation restrictive (voir, par analogie, arrêt L'Oréal e.a., C-324/09, EU:C:2011:474, points 62 et 63).*

*(...) 55 Compte tenu de cet objectif de la directive 95/46 et du libellé de son article 4, paragraphe 1, sous a), il y a lieu de considérer que le traitement de données à caractère personnel qui est fait pour les besoins du service d'un moteur de recherche tel que Google Search, lequel est exploité par une entreprise ayant son siège dans un État tiers mais disposant d'un établissement dans un État membre, est effectué « dans le cadre des activités » de cet établissement si celui-ci est destiné à assurer, dans cet État membre, la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par ce moteur de recherche, qui servent à rentabiliser le service*

*offert par ce moteur.*

*56 En effet, dans de telles circonstances, les activités de l'exploitant du moteur de recherche et celles de son établissement situé dans l'État membre concerné sont indissociablement liées dès lors que les activités relatives aux espaces publicitaires constituent le moyen pour rendre le moteur de recherche en cause économiquement rentable et que ce moteur est, en même temps, le moyen permettant l'accomplissement de ces activités.*

*57 À cet égard, il convient de rappeler que, ainsi qu'il a été précisé aux points 26 à 28 du présent arrêt, l'affichage même de données à caractère personnel sur une page de résultats d'une recherche constitue un traitement de telles données. Or, ledit affichage de résultats étant accompagné, sur la même page, de celui de publicités liées aux termes de recherche, force est de constater que le traitement de données à caractère personnel en question est effectué dans le cadre de l'activité publicitaire et commerciale de l'établissement du responsable du traitement sur le territoire d'un État membre, en l'occurrence le territoire espagnol ».*

La position de principe de la Cour de justice se comprend aisément eu égard à la stratégie de certaines grandes multinationales, situées en dehors du territoire de l'Union, de contester l'application du droit européen.

Toutefois, cette interprétation large du texte de la directive 95/46 risque de pousser les entreprises à délocaliser de telles filiales hors de l'Union européenne, afin d'éviter l'application de cette jurisprudence. La suppression d'« établissements » ou de « moyens de traitement » européens pour se soustraire à la législation européenne n'étant pas dans la pratique un réel obstacle.

En outre, l'application de cette nouvelle jurisprudence semble imposer une analyse systématique du modèle économique du groupe et donc de l'usage qui est fait des revenus tirés de l'établissement situé sur le territoire de l'EEE. Cela ne semble guère aisé et en tous cas difficilement réalisable par le citoyen lambda qui souhaite faire valoir ses droits issus de la directive 95/46.

Cet arrêt permet également de s'interroger sur l'application de la loi espagnole aux seuls résidents espagnols ou à toute personne,

peu importe sa résidence à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Union européenne. Ainsi, est-ce qu'un citoyen américain pourrait utiliser la loi espagnole pour arriver aux mêmes fins que le plaignant espagnol ?

Le groupe de travail « article 29 » estime, dans son avis WP 56, qu'il n'est pas nécessaire que la personne concernée soit citoyen européen, ni qu'elle soit physiquement présente dans l'Union ou qu'elle y réside. La directive 95/46 ne fait pas de distinction sur la base de la nationalité ou de la localisation parce qu'elle harmonise les lois des États membres qui traitent des droits fondamentaux octroyés à tous les êtres humains, quelle que soit leur nationalité. Selon le groupe de travail, en termes d'application du droit européen en matière de protection des données, un ressortissant chinois ou américain sera protégé de la même manière qu'un citoyen de l'Union européenne.

Se pose également la question de savoir si les principes de la directive 95/46 s'appliquent seulement aux traitements effectués dans l'Union européenne par le responsable de traitement, ou au responsable du traitement en tant que tel, pour toutes les étapes des traitements, y compris celles qui se déroulent dans un pays tiers.

Par son avis WP 179, le groupe de travail « article 29 » estime que, les principes de protection des données visant à protéger un droit fondamental, il ne paraît pas admissible de restreindre les droits des personnes à certaines parties du traitement des données les concernant. Il ne serait pas non plus acceptable de réduire l'étendue de la protection aux personnes résidant dans l'Union, le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel étant reconnu indépendamment de la nationalité ou du lieu de résidence.

► B. ART 4, § 1ER, C)  
RECOURS À DES MOYENS

Cette règle s'applique, selon l'avis WP 38 du groupe de travail « article 29 », si les précédents paragraphes ne trouvent pas à s'appliquer. Cette règle simple ouvre toutefois la porte à une difficulté d'interprétation.

Dans une interprétation littérale, l'avocat général Niilo Jääskinen estime que le fait qu'un établissement du responsable de traitement soit situé sur le territoire de l'EEE, mais que le traitement n'ait pas lieu dans le cadre des activités de cet établissement, exclurait l'applicabilité de la condition des moyens, prévue à l'article 4, paragraphe 1, c).

Une interprétation plus large applique cet article lorsque le responsable du traitement ne dispose pas sur le territoire de l'EEE d'installation pouvant être qualifiée d'établissement pertinent au regard du traitement.

Le groupe de travail « article 29 » penche naturellement pour cette seconde interprétation. Il semble falloir partager ce point de vue, dès lors que, comme indiqué au considérant 20 de la directive 95/46, cette disposition vise à garantir le respect du droit à la protection des données à caractère personnel lorsque le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de l'Union ou de l'EEE, mais que le traitement de données à caractère personnel présente un lien évident avec ledit territoire.

Reste à délimiter les contours, pour le moins flous, de la notion de « recours à des moyens ». La directive 95/46 ne propose pas de définition pour ce terme. La Commission elle-même indique, dans son premier rapport sur la mise en œuvre de la directive 95/46, être consciente du fait que l'application pratique de ce critère peut être malaisée et qu'il doit être clarifié davantage.

Il y a en outre une différence entre le terme mentionné dans la version anglaise de l'article 4, §1<sup>er</sup>, c), à savoir « *equipment* », et le terme employé dans les autres versions linguistiques de la disposition (« moyens » dans le texte en français), qui est plus proche du terme anglais « *means* ». Le Collins English dictionary définit « *equipment* » comme un ensemble d'outils ou d'appareils réunis dans un but spécifique.

La terminologie retenue dans les autres versions linguistiques concorde avec la

formulation de l'article 2, d), qui définit le responsable du traitement comme la personne qui détermine les finalités et les moyens (« *means* » en anglais) du traitement. Le groupe de travail « article 29 », dans son avis WP 179, interprète le terme « *equipment* » comme signifiant « *means* » (moyens).

Les PC, terminaux et serveurs, que l'on peut utiliser pour quasiment tout type de traitement de données, sont des exemples d'« *equipment* ».

Ces moyens peuvent être « automatisés ou non ». Une interprétation large de ce critère englobe ainsi les intermédiaires humains ou techniques, comme dans le cas des enquêtes ou des sondages.

La Cour d'appel nationale espagnole avait posé deux sous-questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne relatives à l'utilisation de moyens, visant notamment à savoir si le stockage temporaire des informations indexées par les moteurs de recherche sur Internet peut être considéré comme un recours à des moyens, et, en cas de réponse affirmative, si ce critère de rattachement peut être présumé si l'entreprise refuse de révéler le lieu où elle stocke ces index.

La Cour de justice n'y a pas répondu puisque son analyse du 1<sup>er</sup> paragraphe de l'article entraînait l'application de la loi espagnole.

La notion de « recours » présuppose, suivant l'avis WP 56 du groupe de travail « article 29 », deux éléments : un certain type d'activité entreprise par le responsable et son intention non équivoque de traiter des données à caractère personnel. Par conséquent, l'utilisation de moyens situés sur le territoire de l'EEE n'entraîne pas systématiquement l'application de la directive 95/46.

Lorsqu'un responsable du traitement collecte sciemment des données à caractère personnel, même accessoirement, en ayant recours à des moyens situés dans l'Union européenne, la directive 95/46 s'applique. Il n'est cependant pas nécessaire que le responsable du traitement exerce

un contrôle total sur ces moyens. Le responsable du traitement peut disposer de ces moyens dans une mesure variable.

Celle-ci est suffisante lorsque le responsable du traitement, en déterminant la manière avec laquelle ces moyens fonctionnent, prend les décisions adéquates concernant la nature des données et leur traitement. En d'autres termes, le responsable détermine quelles données sont collectées, stockées, transférées, modifiées, etc., de quelle manière et dans quel but.

Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que le responsable du traitement soit propriétaire de ces moyens, pour que le traitement relève du champ d'application de la directive 95/46. Le pouvoir de disposition du responsable ne doit pas

de travail « article 29 » a étendu, dans ses avis WP 56 et 148, cette analyse aux bannières en JavaScript.

La CNIL s'est déjà prononcée en ce sens, dans sa délibération 2013-420 du 3 janvier 2014 à propos du service de géolocalisation Google Latitude dès lors que : « le service Latitude ne peut fonctionner sans faire appel à des capacités de traitement spécifiques au terminal et connues uniquement de celui-ci, notamment la puce GPS quand elle est présente, à défaut l'antenne GSM ou, comme en l'espèce, le point d'accès Wi-Fi. La mise en œuvre du service Latitude repose, à tout le moins partiellement, sur le recours à des moyens de traitement déployés sur le territoire français, c'est-à-dire tant les véhicules Google cars que les

le cas des réseaux de communication électronique (câbles, dorsales, ...) ou des services postaux qui assurent seulement le transit par l'Union, des communications du point d'expédition vers le point de destination.

L'application effective de cette exception devient rare : dans la pratique, les services de communication électronique sont de plus en plus nombreux à fusionner les services de transit et les services à valeur ajoutée, comme le filtrage anti-spam ou autres services de manipulation des données à l'occasion de leur transmission. La simple transmission par câble de point à point disparaît peu à peu.

À la lecture de ce troisième paragraphe de l'article 4, il apparaît que la Cour de justice aurait pu ne pas appliquer sa vision économique, et se contenter de relever l'existence de moyens situés sur le territoire de l'EEE utilisés par Google Inc. pour en déduire l'application d'une législation, qui n'aurait toutefois peut-être pas été la loi espagnole.

L'Avocat Général Niilo Jääskinen précisait à cet égard que les activités européennes de Google Inc. sont dans une certaine mesure, coordonnées par sa filiale irlandaise et qu'elle dispose actuellement de centres de données à tout le moins en Belgique et en Finlande. Les informations relatives à la situation géographique exacte des fonctions relatives à son moteur de recherche ne sont pas rendues publiques. Il est vrai que l'application du troisième paragraphe de l'article 4 suppose que l'on adopte une interprétation large de son libellé, à savoir qu'on n'exclue pas son application si Google dispose d'un établissement sur le territoire de l'EEE, non relevant au regard du traitement de données en cause.

Lorsque le troisième paragraphe de l'article 4 est applicable, la directive 95/46 fait obligation au responsable du traitement de désigner « un représentant » sur le territoire de l'État membre dont le droit est applicable en raison du recours par le responsable du traitement à des moyens situés dans cet État membre, à des fins de traitement de données à caractère

**Il ne serait pas non plus acceptable de réduire l'étendue de la protection aux personnes résidant dans l'Union, le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel étant reconnu indépendamment de la nationalité ou du lieu de résidence.**

être confondu avec la propriété ou la possession de l'équipement, soit par le responsable du traitement, soit par la personne concernée. En réalité, la directive 95/46 n'attache aucune importance à la possession de l'équipement, quel qu'il soit.

Le PC de l'utilisateur peut dès lors être considéré comme un « *equipment* » au sens de l'article 4 (I) c. Il est établi sur le territoire d'un État membre. Le responsable a décidé d'utiliser cet équipement à des fins de traitement de données à caractère personnel et plusieurs opérations techniques ont lieu sans que le sujet des données ait un pouvoir de contrôle. Le responsable du traitement dispose donc des moyens de l'utilisateur et ces moyens ne sont pas uniquement utilisés à des fins de transit sur le territoire de la Communauté. Le droit national de l'État membre où est localisé cet ordinateur personnel s'applique afin de déterminer dans quelles conditions les données personnelles de l'utilisateur peuvent être collectées par le placement de cookies sur son disque dur. Le groupe

terminaux des utilisateurs, utilisés à des fins de géolocalisation ».

Se pose la question de savoir si les activités externalisées, auprès de sous-traitants notamment, qui sont exercées sur le territoire de l'EEE pour le compte de responsables du traitement établis en dehors de l'EEE peuvent être considérées comme des « moyens ».

L'interprétation large préconisée par le groupe de travail « article 29 » dans son avis WP 179 appelle une réponse positive, pour autant que ces activités n'entrent pas dans le cadre de celles d'un établissement du responsable du traitement situé dans l'EEE, auquel cas l'article 4, paragraphe 1, point a), s'appliquerait (voy. infra).

L'application du droit national d'un État membre de l'Union européenne dans lequel sont situés des moyens auxquels le responsable du traitement a recours est exclue lorsque ces moyens ne servent qu'à assurer un transit sur le territoire de l'Union, comme, par exemple, dans

personnel. Cela s'entend « sans préjudice d'actions qui pourraient être introduites contre le responsable du traitement lui-même ».

La question de l'opposabilité à un représentant d'un responsable de traitement établi en dehors de l'EEE pose des problèmes pratiques. En effet, les dispositions nationales transposant la directive 95/46 n'apportent pas de réponse uniforme à la question de savoir si le représentant peut être tenu pour responsable et sanctionné, en matière civile ou pénale, au nom du responsable du traitement. Dans certains États membres, le représentant se substitue au responsable du traitement, y compris sur le plan répressif, tandis que dans d'autres, il n'a qu'un simple mandat. Certaines lois nationales prévoient expressément des amendes à l'encontre des représentants.

Enfin, il faut noter, qu'aux termes de cet article, la législation européenne sur la protection des données peut s'appliquer dans des situations où le lien avec l'Union européenne est limité, par exemple, dans le cas d'un responsable du traitement établi en dehors de l'Union qui traiterait les données concernant des non-résidents de l'Union en ayant exclusivement recours à des moyens situés dans l'Union européenne.

### 3. PROJET DE RÉGLEMENT

Le projet de règlement<sup>5</sup> a vocation à remplacer de manière uniforme les règles nationales actuelles dérivées de la directive 95/46.

Cette uniformisation vise à simplifier la tâche des entreprises actives dans l'Union européenne. Les principaux objectifs de la réforme sont ainsi une accentuation des obligations des responsables de traitement et des sous-traitants, une simplification des formalités, un durcissement des sanctions, un renforcement des droits des personnes et une extension du champ d'application territorial, permettant d'assujettir à cette réglementation une société qui n'est pas établie sur le sol de l'Union mais qui utilise des moyens ou des équipements situés dans l'Union européenne.

Cette réforme prévoit ainsi une refonte complète du champ d'application territorial de la législation européenne.

Selon l'accord conditionnel du Conseil européen du 28 mai 2014<sup>6</sup>, l'article 3 « *Territorial Scope* » du projet de règlement dispose que :

*1. This Regulation applies to the processing of personal data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor in the Union.*

*2. This Regulation applies to the processing of personal data of data subjects residing in the Union by a controller not established in the Union, where the processing activities are related to:*

*(a) the offering of goods or services, irrespective of whether a payment by the data subject is required, to such data subjects in the Union; or*

*(b) the monitoring of their behaviour as far as their behaviour takes place within the European Union.*

Les versions de cet article de la Commission, du Parlement et du Conseil mentionnent toutes dans le premier paragraphe que tant l'établissement du responsable de traitement que celui du sous-traitant sont visés.

Les traitements qui ont trait à l'activité d'un sous-traitant situé dans l'Union européenne sont donc explicitement visés par le règlement (voy. supra, 32).

La localisation du sous-traitant dans l'Union européenne justifie donc à elle seule l'application du projet de règlement, non seulement aux modalités de la sous-traitance, mais également à l'intégralité du traitement.

Par ailleurs, quelle que soit la version examinée, elle vise le traitement qui a trait à l'offre (et pas seulement au contrat) de biens ou services à des personnes concernées dans l'Union (qu'un paiement soit exigé ou non), en lieu et place du recours à des moyens.

Ce n'est évidemment pas la première fois que le critère de la direction des activités

vers le territoire européen est mentionné. Il n'avait toutefois jusqu'ici pas été retenu.

Le groupe de travail « article 29 » avait ainsi proposé, dans son avis WP 179, que le degré de ciblage des personnes soit pris en compte dans la législation future en ce qui concerne les responsables du traitement non établis dans l'Union européenne, pour compléter les critères liés aux moyens. Le groupe de travail relevait que le critère du ciblage n'est pas nouveau. Il a déjà été utilisé dans d'autres contextes dans l'Union européenne, ainsi qu'aux États-Unis dans le « *Children's Online Privacy Protection Act* » (COPPA) qui s'applique aux sites web étrangers qui s'adressent à des enfants de moins de 13 ans établis sur le territoire des États-Unis. Il est également retenu par la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, qui prévoit que les prestataires non établis dans l'EEE relèvent de son champ d'application si les services qu'ils proposent visent spécifiquement le territoire national.

La Cour d'appel nationale espagnole avait également interrogé la Cour de justice sur le point de savoir si, à la lumière de l'article 8 de la Charte, la législation mettant en œuvre la directive 95/46 devait être appliquée dans l'État membre où se situe le centre de gravité du litige et où les droits reconnus aux citoyens de l'Union européenne peuvent bénéficier d'une protection plus efficace.

Dans ses conclusions du 25 juin 2013, l'Avocat général estimait que, dans l'hypothèse où les critères de rattachement prévus à l'article 4 de la directive 95/46 ne seraient pas remplis, le centre de gravité géographique du litige n'est pas en soi suffisant pour rendre la directive 95/46 applicable. Qu'un tel centre de gravité soit constitué par la nationalité, le lieu de résidence des personnes concernées, par la localisation des données à caractère personnel litigieuses sur le site Internet du journal, ou encore par le fait que le site internet espagnol de Google ait spécialement ciblé le public espagnol, l'Avocat général n'apercevait pas au sein de la Charte d'éléments permettant de compléter les éléments de rattachement

définis par la Directive 95/46 par un critère entièrement nouveau tiré du droit fondamental consacré par l'article 8 de la Charte, même si cet article devait être pris en compte dans l'interprétation des notions employées à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 95/46.

L'Avocat général réaffirmait donc que, ni la nationalité ou le lieu de résidence habituelle des personnes concernées ni la localisation physique des données à caractère personnel ne sont déterminants. Le critère du public ciblé, à savoir les utilisateurs espagnols du moteur de recherche sur Internet de Google, n'est pas un facteur déclenchant l'applicabilité territoriale de la directive 95/46 et de la législation nationale qui la transpose.

La Cour de justice de l'Union européenne ne s'est pas prononcée sur ce point dans son arrêt du 13 mai 2014, dès lors que

de citoyens de l'Union. La dernière version du texte précise que le comportement des résidents de l'Union européenne doit prendre place dans l'Union européenne, ce qui exclut visiblement l'observation durant les déplacements à l'étranger.

La notion d'« observation du comportement » n'est pas définie. Le considérant 21 précise qu'il y a lieu d'établir si les personnes physiques sont suivies sur l'Internet au moyen de techniques de traitement de données consistant à appliquer un « profil » à un individu, afin notamment de prendre des décisions le concernant ou d'analyser ou de prévoir ses préférences, son comportement et sa disposition d'esprit.

Les cookies et JavaScript, qui ne pourront plus fonder l'application du droit européen sur base d'un critère de « moyens » employés, sont donc expressément visés par cette disposition.

d'un établissement du responsable de traitement ou d'un sous-traitant situé dans l'Union européenne.

Le Parlement avait la volonté d'étendre le champ d'application de ce premier paragraphe, en précisant qu'il était indifférent que le traitement en lui-même ait lieu ou non dans l'Union européenne. Cet ajout n'a cependant pas été retenu par le Conseil européen du 28 mai 2014, alors qu'il est conforme au considérant 19 du projet de règlement.

L'on peut également relever que ces propositions de texte précisent toujours, comme le fait l'actuel article 4 de la directive 95/46, que le paragraphe 2 s'applique lorsque le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de l'État membre. Les rédacteurs du projet de règlement n'ont pas saisi l'opportunité de mettre fin à la controverse existante, exposée supra, alors que le groupe de travail « article 29 » les y invitait dans son avis WP 179.

Au sujet des représentants désignés par les responsables de traitement situés en dehors de l'Union européenne, l'article 25 devrait préciser : « *The representative shall be mandated by the controller to be addressed in addition to or instead of the controller by, in particular, supervisory authorities and data subjects, on all issues related to the processing of personal data, for the purposes of ensuring compliance with this Regulation* ».

De nouveau, il s'agit d'une avancée, qui permettrait aux DPA's d'obtenir une réaction rapide si elles entendent imposer des mesures à un responsable de traitement.

## I Droit applicable aux mesures de sécurité en cas de sous-traitance

### ■ I. Directive 95/46/CE

L'article 17, §3, prévoit que le contrat ou l'acte juridique qui lie le sous-traitant au responsable du traitement doit également garantir le respect des mesures de sécurité « définies par la législation de l'État membre

## Vaincre la peur de l'autre peut se comprendre de deux façons : vaincre notre peur de l'étranger ou faire en sorte que l'autre n'ait plus peur

l'application de la législation espagnole se justifiait sur base de la présence d'un établissement de Google en Espagne.

Selon le texte actuel du projet de règlement, le cas soumis à la Cour de justice par la Cour d'appel nationale espagnole aurait clairement été soumis au règlement, dès lors que Google offre ses services à des sujets de droit dans l'Union. Les rédacteurs du règlement ont pris la précaution de préciser qu'il était indifférent que l'offre de biens ou de services soit effectuée à titre onéreux ou gratuit.

Dès lors, le traitement des données effectué dans le cadre de référencement par les moteurs de recherche ne devrait plus être analysé à l'aune de la nébuleuse du groupe Google, mais justifierait à lui seul l'application du règlement.

Le deuxième paragraphe vise également les activités de traitement d'un responsable situé en dehors de l'Union européenne qui sont liées à l'observation du comportement

Le projet de texte contient dès lors une amélioration dans la protection des personnes concernées, puisqu'il n'est plus nécessaire de démontrer que le profilage est réalisé sur base d'éléments implantés dans l'ordinateur personnel de l'utilisateur. Les profilages réalisés sur base de compte d'utilisateur du type « Facebook » seront donc soumis au futur règlement.

Cette proposition de formulation contient cependant également un pas en arrière, par rapport à la directive 95/46, dès lors que les sujets de droit résidant hors de l'Union ne pourront plus se prévaloir des règles protectrices qu'elle contient si le responsable de traitement n'a pas d'établissement sur le territoire de l'Union européenne, dès lors que le deuxième paragraphe ne vise que les citoyens résidant dans l'Union européenne.

Les règles européennes seraient toutefois toujours applicables aux personnes concernées ne résidant pas dans l'Union, pour autant que le traitement de données ait lieu dans le cadre des activités

dans lequel le sous-traitant est établi ».

Ce principe s'explique par la nécessité de garantir des exigences uniformes au sein d'un même État membre en matière de mesures de sécurité, et d'en faciliter l'application.

Les deux législations peuvent différer sur certains aspects. Dans ce cas, l'article 17, §3, tranche en faveur de la législation du pays dans lequel le sous-traitant est établi.

## ■ 2. Projet de règlement

Le projet de règlement ne contient plus une telle règle de conflit de loi, dès lors que les mêmes dispositions seront directement applicables dans tous les pays membres.

## I Conclusions

Vaincre la peur de l'autre peut se comprendre de deux façons : vaincre notre peur de l'étranger ou faire en sorte que l'autre n'ait plus peur.

C'est peut-être pour réconcilier ces deux objectifs que la Commission a initié ce projet de réforme. Le Parlement et le Conseil semblent, eux, en tout cas défendre chacun un seul de ces objectifs et peinent à aboutir à un texte de compromis. Il ne faut pas effrayer les multinationales, par exemple américaines, de venir en Europe offrir leur services (peuvent-elles pourtant se passer des clients européens et de leur pouvoir d'achat ?) mais il ne faut pas non plus renoncer à nos valeurs.

Au niveau du champ d'application territorial du règlement, quelques avancées peuvent être notées, principalement le fait que l'activité du responsable de traitement (offre de biens ou de services, à titre gratuit ou onéreux, et observation du comportement des personnes concernées) dirigée vers le territoire de l'Union européenne et que la localisation du sous-traitant dans l'Union servent de critère d'application du règlement.

Globalement, le spectre des situations soumises au règlement sera assez identique à celles qui sont actuellement soumises à la

directive 95/46. Cependant, les législations nationales sont actuellement appliquées en étendant les termes de l'article 4 dans ses limites extrêmes, comme le récent arrêt Google Spain l'a encore démontré, ou encore en interprétant très largement la notion de l'utilisation de moyens situés dans l'Union.

La réforme du texte régissant le champ d'application territorial devrait avoir des conséquences concrètes. À l'heure actuelle, certaines multinationales estiment que la directive 95/46 ne leur est pas applicable, sur base d'une lecture restrictive qui peut naturellement être défendue, et ne sont parfois contraintes qu'après des années de procédures menées par un citoyen contre vents et marées, dans lesquelles les modalités du traitement et dorénavant le modèle économique du groupe d'entreprises doivent être démontrées, analysées, de respecter la législation européenne. À l'avenir, il suffira à la personne concernée de démontrer que le traitement est lié à l'offre de biens ou de services, même gratuitement, ou à l'observation de son comportement. La localisation du responsable de traitement dans ou en dehors de l'Union européenne n'aura plus d'incidence.

Certes, le plus clair des textes peut toujours engendrer des difficultés d'interprétation qui n'avaient pas été aperçues lors de sa rédaction. Toutefois, cette modification d'angle de vue devrait entraîner d'une part le fait que les responsables de traitement se plieront davantage spontanément au futur règlement, et d'autre part le fait que les personnes concernées feront davantage, puisque plus aisément, respecter leurs droits. La conjonction de ces deux facteurs permettra une meilleure protection de l'usage des données à caractère personnel.

Il est toutefois regrettable que le législateur européen n'ait pas profité à ce stade de la réforme en cours pour dissiper l'incertitude qui règne si le responsable de traitement dispose d'un établissement dans l'Union européenne non relevant par rapport au traitement en cause.

Jean-François HENROTTE  
Vice-président de la commission  
Vie privée et droits  
de l'homme numérique de l'UIA  
Avocat à Liège et Bruxelles  
Philippe & Partners / Lexing  
Bruxelles, Belgique

Fanny COTON  
Avocat à Liège - Philippe & Partners / Lexing  
Bruxelles, Belgique

<sup>1</sup> Compte tenu des exigences de publication de cette revue, notre contribution est ici résumée et ne comprend pas ses développements sur les autorités de contrôle et les transferts vers les pays tiers. Vous pouvez néanmoins la retrouver en intégralité sur le site de l'UIA ([www.uianet.org](http://www.uianet.org)).

<sup>2</sup> Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, J.O. n° L 281 du 23 novembre 1995 p. 31 – 50.

<sup>3</sup> <http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/108.htm>.

<sup>4</sup> CJUE, 13 mai 2014, Google Spain, C-131/12 ; A. CASSART, J-F. HENROTTE, "Arrêt Google Spain : la révélation d'un droit à l'effacement plutôt que la création d'un droit à l'oubli", JLMB, 2014/25, pp. 1183 et s. Disponible gratuitement en ligne sur <http://jlmblarcier.be>.

<sup>5</sup> Le texte de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) (COM(2012)0011 – 2012/0011(COD)) a été voté par le Parlement en date du 12 mars 2014 et doit encore être approuvé par le Conseil.

<sup>6</sup> <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?>



# Is My Country Attractive for Foreign Investment?

**I Laurence KIFFER**

Through the examples of no less than fifteen countries, six types of issues to be taken into consideration for assessing whether a country is attractive for foreign investment have been debated during the session held on 30 October 2014 by the foreign investment commission at the 58<sup>th</sup> UIA Congress in Florence.

The session started with a presentation of the situation in Italy. Invalitalia, the national agency for investment promotion and enterprise development operates on behalf of the Italian government and aims at increasing the country's competitiveness, especially in the southern regions and at supporting strategic sectors for development. In spite of the current crisis, Italy is one of the world top ten exporting nations.

but incur a higher level of tax and non incorporated forms which have the opposite effects.

Italy's focus on innovative start up was highlighted with the example of Fligmatix which developed software and was bought by a US company immediately afterward.

In Baltic countries, with respect to the corporate form of the investment, the economic criteria often prevail over the legal ones which come at a second stage.

The examples of Canada, Brazil, Japan and Turkey illustrated different levels of lifting of immigration restrictions which were considered by the second panel.

The issue of immigration is dealt with differently by Turkey. The country, with its geographical situation between Asia and Europe, is also a bridge between Middle-East and Europe. It has to face an actual problem of illegal immigration against which it needs strong policies. These policies aim at ensuring maximum security and providing detailed precautions to prevent illegal immigration and to ensure legal immigration.

Spain, France and Germany were compared from a labor law point of view in the framework of the third panel. Labor law has been modernized in Spain not only with flexible hiring and dismissal conditions but also with a cap for social security contribution.

To the contrary French labor law may be seen as a barrier to employment due to its inflexibility. However, the contractual termination which allows employers and employees to agree to terminate the employment contract without fulfilling the legal causes for termination could be seen as a liberal evolution.

Germany appears very attractive compared to France with regard to labor law. As from January 2015, its new statutory minimum wage law will comfort its position. Nevertheless Germany faces the threat of the work council and litigation between the company and the work council. Under German labor and employment law, a distinction must be made between the relationships between employees and employers and the relationship between work councils, trade unions and employers.

The forth panel was dedicated to the issue of tax incentive which could attract an investor. In this field, the supra national EU and OECD projects as well as the examples of Baltic countries, China and Portugal were studied.

## In order to protect and improve tax revenues of its Member States, the European Union strengthened its fight against tax evasion [...]

The discussion on the assessment of whether a country is attractive turned around six panels, each one dedicated to one of the following criteria: corporate form of the investment, immigration aspects, labor regulation, tax incentive, government subsidies and liberalization of exchange controls.

As to the corporate form that a country could offer for a foreign investment, the first panel pointed out that, depending on the country, it exists different forms (up to ten in Germany) and possibility to combine them. However the choice is often made between power (liability) or money (tax structure) even if it appears difficult to prioritize one over the other.

This leads to choose between incorporated forms which hide the capital holders

Canada is seen as an example of immigration laws which are very attractive. This country went from a family oriented system to an investment oriented one where it is important to attract visitors to get possible investors. For that purpose it was necessary to facilitate international travel, business visas (multiple trip visas), temporary works.

To the contrary, Brazil still knows heavy immigration restrictions even if there are other key reasons for investing in this country.

The changes brought by Japan in terms of immigration appear in major visa categories for foreign investors. As from 2012, a new system for promoting investment aimed at attracting high quality human resources and at fitting the sequence of deregulation of immigration rules.

Although tax incentives depend on State rules and national tax systems do not much connect between them, one can wonder whether competition between countries is still fair in this respect.

It was recalled that both EU and OECD endeavor to ensure this fair competition.

In order to protect and improve tax revenues of its Member States, the European Union strengthened its fight against tax evasion in adopting in 2012 an action plan including thirty measures to be implemented in the future.

OECD with its BEPS project (Base Erosion and Profit Shifting) also wants to equip governments with domestic and international instruments to ensure a better connection between the national tax systems and avoid double non-taxation. Fifteen specifications among which the first set of measures was released in September 2014 should allow that profits are taxed where economic activities generating the profits are performed and where value is created.

Baltic countries offer tax benefits to investors with a favorable environment tax for small business, a reduced corporate income tax for investors and a research and development (R&D) incentive.

China learns step by step. It now offers regional and sectorial incentives. Export oriented enterprises may be entitled to further tax reductions after the expiration of the initial tax exemption and reduction period. Free trade zones are also entitled to exemption from customs duty. Tax incentive may also result from profit reinvestment in China.

Portugal modified its corporate income tax law. This reform led to a reduction of tax rates. The status of non habitual tax resident grants tax advantages for a 10 years period.

The fifth panel dealt with the government subsidies in Sweden, Nigeria and Spain.

A distinction has to be made between incentives and subsidies. While incentives

are intended to motivate an individual to act in a certain way or adopt a certain practice are measured in terms of direct benefits, subsidies are payments which reduce the cost of undertaking an activity for producers, ultimately affecting the final price of the goods to the consumers. Therefore not all the incentives are subsidies but all subsidies are incentives.

A state aid is defined by the European commission as an advantage in any form whatsoever conferred on a selective basis to undertakings by national public authorities. It should not distort competition in the internal market.

EU provides difference types of aids: aid to promote the economic development of areas where the standard of living is abnormally low, aid to promote the execution of an important project of common European interest or to remedy a serious disturbance in the economy of a member State or aid to facilitate the development of certain economic activities or of certain economic areas.

For example, Pinnacle Sweden AB, a subsidiary of Facebook Inc. received a 3.8 million euro direct aid from the Swedish government for the establishment and construction of a data centre northern Sweden.

Spain was presented on a more critical side. It was referred to the example of EU's refusal to provide aid to the Eurovegas 2013. Moreover, it was pointed out that even in case where the European aid is granted, it could be renegotiated. Although the Spanish photovoltaic plants (solar plants) have suffered an important cut of income, the withdrawal of solar plant subsidies could result from an ICSID award in case the international character of the funds would be retained as a criteria for discrimination due to nationality.

Nigeria offers general investment subsidies and sector based investment subsidies, is without doubt attractive for investment.

The sixth panel illustrated the advantage of the liberalization of exchange control through the examples of Mozambique,

Brazil and India.

Mozambique, as a booming country, liberalized its exchange control in eliminating constraints applicable to payment transfers between residents and non residents.

In Brazil, a line of change which started in the late sixties, led to the free exchange market in 1999. The exchange rate is free with very limited intervention of the monetary authorities. Any Brazilian resident can have free access to exchange market. Therefore, bringing foreign currency into the exchange Brazilian market and taking Brazilian currency out of Brazil by means of the exchange Brazilian market is free, without limits or restrictions as far as the operation is legal.

Important changes brought in India in 2013 and 2014 improved the situation of the investor. Optionality clauses are now permitted. This type of clause oblige the buy-back of securities from the investors at the price prevailing/value determined on due time. Warrants and partly paid-up shares are also now permissible. Moreover, various sectors such as telecom, courier service and defense were further liberalized.

Although the comparison of the countries from the point of view of sixth of the advantages which could be sought by the investor did not allow to select a winner, it illustrated the evolutions brought by those countries in favor of the investors.

Laurence KIFFER  
UIA Co-Director of Communication  
Teynier Pic & Associés  
Paris, France  
laurence.kiffer@teynier.com



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)



# Protecting Creativity: The Law of Art, Fashion and Design

**I Deborah A. NILSON**

The 58<sup>th</sup> UIA Congress was held in Florence, Italy from October 29, 2014 through November 2, 2014. While Florence is known worldwide for its rich artistic heritage, it is less well known that it is also considered to be the birthplace of modern Italian fashion. The main theme of the Congress therefore could not have been better chosen: *Protecting Creativity: The Law of Art, Fashion and Design*.

Three commissions introduced us to some of the legal issues affecting art, fashion and design, including Art Law, Intellectual Property and Fashion Law. These commissions, coordinated by Fabio Moretti, Moretti Burgio, produced a fascinating program mixing attorneys and industry professionals.

After a brief introduction by Mr. Moretti, Ms. Cristina Acidini, Soprintendente al Polo Museale di Firenze, led the morning session, and demonstrated that Florence has been a city of art since 1737. Ms. Acidini presented a copy of the deed signed by the last heir of the Medici family consolidating the presence in Florence of the Medici-owned works of art and antique books. Ms. Acidini then discussed legal issues facing art museums, including the safety and security of the art and visitors; the relationship between the museum and outside organizations, including the Catholic Church; and finally the restitution of works of art. We were reassured to learn that there is no restitution claim against the Mona Lisa, so she will continue to grace the walls of the Louvre Museum!

Then Howard Spiegler, of Herrick, Feinstein LLP, while introducing the next speaker Mr. Stefano Alessandrini, addressed international trafficking of antiquities. Collectors, dealers and museums who wish to acquire or own antiquities must face the fact that they sometimes unintentionally purchase stolen property.

Following Mr. Spiegler, Mr. Stefano Alessandrini, Consultando al Ministero Patrimonio Culture, shared his perspective about stolen antiquities, not as an attorney but as a trained archeologist. Mr. Alessandrini works with prosecutors, notifies police units and negotiates with U.S. museums to return antiquities to Italy. Italy was the first country to protect works of art and antiquities through the law. There was significant looting in archeological areas following World War II, but through diligent

Offering a different perspective, Ms. Dugot, the International Director of Restitution at Christie's, in New York, spoke about Christie's role in restitution claims. Ms. Dugot explained that Christie's tries to lessen restitution claims by determining (I) if a work is fit to sell; (II) whether there are issues the seller must address; and (III) the status of import/export/taxes/title. Most importantly, Christie's performs provenance research and other due

Italy was the first country to protect works of art and antiquities through the law.

investigation, much has been recovered. Sometimes key information is discovered fortuitously, as when an "organizational chart" was found among the looter's papers in his car after a fatal crash, leading to the name of the principal thief.

Mr. Alessandrini also explained how he tries not to rely on the courts, and instead uses the UNESCO Convention to repatriate stolen art, based on the demonstrated origin of the particular item. He offered an example of a vase found at the Getty Museum having Etruscan writing on the bottom – clear evidence of its origin. As we attorneys say, *res ipsa loquitur* (the thing speaks for itself). Finally, Mr. Alessandrini mentioned that when museums cooperate in repatriating the looted art/antiquities, they are sometimes offered loans of items in return.

Before introducing the next speaker, Ms. Monica Dugot, Mr. Spiegler then spoke briefly about the looting and theft of art by the Third Reich, which is considered the greatest historic displacement of art, involving 1/5 of all the art in Europe (approximately 250,000 pieces, but millions if one includes manuscripts).

diligence. Christie's reviews the provenance for sensitivities. They contact researchers and organizations for expert advice, and also check databanks and resources on looted works. If they do discover a problem, they normally apply "soft law," i.e., principles of fairness, and engage in settlement negotiations in 95% of the cases, often facilitating restitution.

Ms. Dugot pointed out that many consignors are good-faith buyers, so it is important to engage in dialogue, and employ empathy, pragmatism and compromise.

After our coffee break, Ian de Freitas, of Berwin Leighton Paisner LLP, explored the protection of designs and how the law protects creativity. Some designs are protected by copyright, such as certain furniture and perfume bottle designs. The well-known Crocs<sup>®</sup> shoes have design patent protection. Mr. de Freitas told us that the shape of the Toblerone<sup>®</sup> bar is trademarked and that the Apple<sup>®</sup> store layout is a registered trademark in the E.U. However, the law is not always consistent; for example the Star Wars<sup>®</sup> helmet surprisingly is not protected by copyright.

Then Mr. de Freitas showed us two videos of design professionals discussing copying vs. inspiration, with the first group from the U.K. and the second from Hong Kong. The recurring themes raised by the participants included

- (I) the line between inspiration and outright copying;
- (II) the difficulty in pursuing a copying claim; and
- (III) the need to educate the public.

Subsequently, Mr. de Freitas described how creativity can be protected in the E.U. through perfection of rights, including registration. Rights have different characteristics and substantially different durations, from three years to perpetual. In the E.U., there are design rights, harmonized through a directive, which protect all or part of a product having novel design and individual character. There is also copyright, for which there are different standards throughout Europe. Finally, there is the registered trademark which also flows from an E.U. directive. Private enforcement of rights can be costly and time consuming, but there are other options such as criminal action, e-commerce take-downs and customs seizures. The bottom line, Mr. de Freitas concluded, is that protecting creativity is a "rich man's game" and while

criminalization of the enforcement of rights inhibits infringement, it also inhibits innovation.

Mr. de Freitas also added a word about 3D copying, describing it as an opportunity and a threat (as it facilitates counterfeiting).

The next speaker for the morning session was Mr. Raffaello Napoleone, the CEO of Pitti Immagine. Mr. Napoleone shared the industry perspective on the line between inspiration and copying. He explained that it is neither easy to understand or copy the complex qualities of fashion products, which are created by a large team. Then Mr. Napoleone described various factors affecting today's fashion:

- (I) greater individual style;
- (II) industrial fashion production;
- (III) the trend to rediscover the virtues of artisanal/handmade products;
- (IV) the "global quality" of our lives;
- (V) production and post-production services;
- (VI) buying less but better; and
- (VII) the effects of recession.

The final speaker, Mr. Enrico Minio, Direttore Fondazione Roberto Capucci, presented many examples of art and nature influencing fashion through inspiration, and

not copying. Roberto Capucci experimented with shapes, material and special effects to mimic concepts found in nature. Many fashion designers are inspired by art, such as Dior and Klimt, Yves St. Laurent and Mondrian, Julie Lavefve and Kandinsky, and Versace and Andy Warhol. He also mentioned an optical illusion dress designed by Capucci in 1965 which was very similar to the art of that time. Another example of fashion mimicking nature was a dress which resembled cracks on dried mud. There are no limits to creativity!

All in all, we had an excellent start to our 58<sup>th</sup> UIA Congress. Not only were we exploring the law surrounding art, creativity and design in one of the art and fashion capitals of the world, but we were enriched by the perspectives of business professionals, governmental consultants, museum directors and auction house directors. Congratulations to Fabio Moretti, and to the Art Law, Intellectual Property and Fashion Law Commissions for their superb program.

Deborah A. NILSON  
Deborah A. Nilson & Associates, PLLC  
New York, New York  
dnilson@nilsonlaw.com

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



# A U.S. Copyright Law for the 21<sup>st</sup> Century

Michael J. REMINGTON

Aux États-Unis, bien qu'on ne puisse pas contester le succès du secteur d'activité concernant le droit d'auteur, celui-ci est considéré comme dépassé. Des questions se posent quant à savoir si la loi est adaptée au 21<sup>e</sup> siècle. Les changements technologiques – tels que l'Internet, la numérisation et la copie 3D – posent des difficultés pour la prise de décision judiciaire, les autorisations et les ventes d'œuvres protégées, l'application des droits, et l'harmonisation internationale. Cet article traite des activités américaines visant à moderniser le droit d'auteur, une loi qui encourage les auteurs et sert l'intérêt public.

In the United States, intellectual property law incentivizes authorship and inventorship for the public good. The net result is a copyright law that reflects a delicate balance between what is protectable and not protectable. A balance also exists between

and three-dimensional works. Copyright law only protects particular expression or form, not ideas, facts or feelings. Further, the Copyright Act does not provide protection for “useful” articles or elements of designs that are “functional.” The design of a useful article shall be protectable if, and only to the extent that, the design incorporates features that can be identified “separately” from, and are capable of existing independently of, the utilitarian aspects of the article. In most instances, protection for the designs of useful articles is very limited.

The basic tenets of U.S. copyright law are similar to those of many nations. In the United States copyright owners are granted exclusive rights to prevent copying, control distribution, publicly perform (and display), and create derivative works. In

dissemination of authorship. The copyright world, which once had predictable and even pristine demarcations, has morphed dramatically.” Ms. Pallante also underlined that reform should start with a focus on authorship, stating that, as the first beneficiaries of the copyright law, authors are not a counterweight to the public interest but are instead at the very center of the equation. She continued by stating that Congress has a duty to keep authors in its mind’s eye.

The Register’s proposal, which was presented to lawmakers a couple weeks later, received a favorable reception from the Chairman of the House Judiciary Committee, the Hon. Bob Goodlatte, who accepted the challenge of conducting a comprehensive review of U.S. copyright law.<sup>2</sup> True to his word, his Committee has already held nine days of hearings on the subject in 2014. More hearings lie ahead.

Also in 2013, the U.S. Department of Commerce released a “green paper”<sup>3</sup> analyzing digital copyright policy and discussing the goals of maintaining an appropriate balance between rights and exceptions as the law continues to be updated; ensuring that copyright can be meaningfully enforced on the Internet; and furthering the development of an efficient online marketplace. The green paper specifically requested comments and participation in public roundtables on various issues. A white paper is expected early in 2015.

Much of the push for modern reform started in 2010 when a project on copyright principles, composed of a group of various law professors and private sector participants, issued a paper on ways to improve copyright law in an age of rapidly changing technology.<sup>4</sup> The paper in part called for modernization of the Copyright Office, reinvigorating copyright registration,

The American common law system, with great credence given to judicial decision-making, similarly takes time for legal doctrines to emerge.

copyright owners and downstream players such as distributors, consumers and users. Equilibrium promotes progress. Based on quantifiable economic data, the copyright industries are a great success in the United States. But questions are increasingly posed – often by economists and law professors – about whether intellectual property promotes or hinders progress. Because American copyright law was largely designed before the Internet era, it is not surprising that statutory shortcomings generate criticism and calls for reforms.

The U.S. Copyright Act (Title 17 of the United States Code) protects “original works of authorship” fixed in a tangible medium. Copyright protection may subsist in original prints and patterns, color arrangements, and combinations of elements (protectable or non-protectable) and may be used in pictorial, graphic, and sculptural works, including two-dimensional

conformity with international norms, the U.S. copyright term is long in duration. Copyrightable works need not be registered in the Copyright Office, but a registration is required for a U.S. citizen to file a copyright infringement lawsuit in a federal district court and to obtain statutory damages and attorney fees. American copyright law is pre-emptive of state laws.

Recently, a number of respected parties called for complete and sweeping change to copyright law to move it into the 21<sup>st</sup> Century. In a prestigious lecture at Columbia Law School in 2013, Register of Copyrights Maria Pallante asked Congress to consider legislation that would act as an historic omnibus revision of the Copyright Act of 1976.<sup>1</sup> The Register admitted that reform would be a difficult undertaking because “Not since the industrial revolution has there been a force like the Internet, and it has changed both the creation and

refining exclusive rights for authors, limiting orphan works liability, addressing user-generated content and peer-to-peer file sharing, and developing reasonable and consistent guidelines for monetary damage awards. The project reportedly led the American Law Institute – comprised of prominent judges, lawyers, and professors who deliberate carefully on law reforms – to undertake a copyright principles project of its own.

The political methodology currently being employed is likely to be conducive to addressing how creativity is to be protected in art and design (including industrial and fashion), how music licensing should operate, and where liabilities should lie arising from making available works on the Internet. In the United States, other thorny issues such as copyright duration, fair use, compulsory licensing, and the future of the Copyright Office, will also be debated. Questions remain as to whether a comprehensive bill is the ideal product for the process. Currently, it is premature to speculate on an end product until the congressional inquiry is complete. As for predictions on all these matters, cautious optimism is warranted. Predictions should be avoided least one appear foolish in five to ten years.

Deeply rooted in the U.S. Constitution are three branches of government with separation of powers, and an independent judiciary, limited powers to the federal government, a bicameral legislature and a President with veto authority. Ever since the First Congress in 1790-91, the United States has had a strong belief in copyright (and patent) law. From the outset, the role of law has reflected changes – cultural, societal, technological and economic – that arise outside the law.

Realistically, omnibus reforms in the United States, being largely within the legislative province, take years to enact, even decades. It took almost fifty years for the United States to join the Berne Union. The Copyright Revision Act of 1976, which replaced a 1909 Act, consumed nearly two decades of arduous work. Even piecemeal reforms often take a handful of years to enact.

The American common law system, with great credence given to judicial decision-making, similarly takes time for legal doctrines to emerge. It is also expensive for litigants who may care more about winning a case than building a body of law. Common law does have the merit of written opinions, an appeal process to cure lower court mistakes, and filling interstices in areas where laws are imprecise or ambiguous. Nonetheless, when judges identify difficulties in rendering decisions at the intersection of law and technology, one must consider what they are saying.

Today, a country's intellectual property law operates in a world without borders. Transactions take fractions of a second and are often anonymous. The rampant theft and infringement of creative works – be they fashion designs, musical works or sound recordings, photographs or architectural works – should be addressed. The protection of creativity is a great challenge not only for authors, but for lawyers, judges and legislators. We must always remember the moorings of copyright law. Creativity starts with an author's spark of genius. Without authorship, there is no creativity. Without a song, there is no music.

The U.S. copyright system is not perfect. A 21<sup>st</sup> Century Copyright Act may necessitate changes to current law. Because copyright is global, it is appropriate for foreign interests to participate in the debate. The UIA Congress in Florence, Italy was an ideal place to feel fully “the concentrated force of the buried past.”<sup>5</sup>

## Conclusion

As lawyers, we must not fear challenges, be they in the area of human rights or artistic expression. The UIA, with its illustrious history spanning close to one century, has built bridges between civil and common law countries, developed and developing nations. It is the ideal sponsor for bringing diverse perspectives together to confront 21<sup>st</sup> Century societal, artistic, and cultural issues.

Michael J. REMINGTON  
Partner Drinker Biddle & Reath LLP  
Washington, DC, United States  
Michael.Remington@dbr.com

<sup>1</sup> Pallante Maria A., March 2013, p. 315, The Next Great Copyright Act, Columbia Journal of Law & the Arts. Also available at [http://judiciary.house.gov/hearings/113th/hear\\_03202013.html](http://judiciary.house.gov/hearings/113th/hear_03202013.html) (last visited Aug. 29, 2014).

<sup>2</sup> See Press Release, Chairman Goodlatte Announces Comprehensive Review of Copyright Law, available at <http://judiciary.house.gov/index.cfm/2013/4/chairmangoodlatteannouncescomprehensivereviewcopyrightlaw> (last visited Sept. 3, 2014).

<sup>3</sup> Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy, the Department of Commerce Internet Policy Task Force, July 2013, available at <http://www.uspto.gov/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf> (last visited August 29, 2014).

<sup>4</sup> See Samuelson, Pamela, et al., The Copyright Principles Project: Directions for Reform, 25 Berkeley Tech L.J. 1175, available at [http://www.law.berkeley.edu/files/bclt\\_CPP.pdf](http://www.law.berkeley.edu/files/bclt_CPP.pdf) (last visited Aug. 29, 2014).

<sup>5</sup> Greenblatt, Stephen, 2011, The Swerve: How the World Became Modern, W.W. Norton & Company, Inc.



# European Union Design System and Its Reform

I **Renata BERŽANSKIENE**

Design protection is providing an increasing contribution to culture, economics and society in the European Union (EU). EU Member States had separate design protection systems, which differed widely from each other up until March 6, 2002. In the context of trade between Member States, this caused numerous conflicts, thus necessitating the introduction of the Community design right in the process of harmonisation of the European Community single market.

The Design Directive was adopted in 1998. The Directive was based on the recognition that a harmonised design registration system had become ever more important for businesses. The primary objective of the Directive was to provide a level playing field throughout EU Member States, assisting the

which meant a separate application in each country.

## I **What is a Community Design?**

Under Article 3 of the Community Design Regulation, design means the appearance of the whole or a part of a product resulting from the features of, in particular, the lines, contours, colours, shape, texture and/or materials of the product itself and/or its ornamentation. Therefore, any item which is not the outward appearance of a product or part of it (for example, a plan of a flat), any item which is not an industrial or handicraft item (for example, anything belonging to the natural world) or any item which is deemed to be against morality or public policy cannot

proceedings have been filed so far – just over 1,100 decided invalidity cases is a tiny fraction of the over 700,000 RCDs filed.<sup>2</sup>

## I **Key points of the Community design system**

The Community Design Regulation has created a new type of Community design rights – an unregistered Community design (UCD) and a RCD. Both UCDs and RCDs protect the design against the manufacturing, putting on the market, offering for sale, marketing, and import/export of a product incorporating a protected design without the consent of its proprietor. However, RCDs and UCDs are quite different in terms and scope of protection and duration: UCD protection lasts only 3 years after disclosure of the design, while RCDs are protected for up to 25 years; UCDs grant the right to prevent commercial use of a design only if that design is an intentional copy of the protected one, made in bad faith, while RCDs are protected against similar designs even when the infringing design has been developed in good faith, etc. In addition, it is difficult to prove disclosure of a UCD. In particular, for a UCD to be infringed it is necessary to prove ownership of the design and that copying has occurred, whereas neither of these is necessary if a design is registered as an RCD. However, UCDs are widely used against copying for seasonal or high fashion industries as they do not require any formality, though the right will only exist if the design is first disclosed within the territory of the EU.

The Community design has also simplified the formalities with regard to a single application, the language of filing (applications may be filed in any of 24 official languages of the EU covering 28 EU Member States), the administrative centre, the file to be managed, and a single payment which is considered

The Community design has made it possible to keep the design undisclosed for up to 30 months to avoid competitors finding out about it.

aims of a single EU market, by harmonising national substantive laws on registered designs.

Council Regulation (EC) No. 6/2002 on Community designs (the Community Design Regulation) was adopted on December 12, 2001. It came into force on 6 March 2002. The Office for Harmonisation in the Internal Market (OHIM) first accepted applications for registered Community designs (RCDs) in early 2003. The Community Design Regulation established a unified system for obtaining a Community design covered by uniform protection in the internal market. Its aim was to remove obstacles and sources of unfair competition at Community level and to encourage creativity and innovation by providing reliable, uniform protection throughout the EU. Prior to the adoption of the Community Design Regulation, EU Member States had separate systems of design protection through national registrations,

be protected. Mere words and sequences of letters without figurative elements, ideas, functions, smells and fragrances, music and sounds are not considered as a design since they do not constitute the appearance of a product and therefore are excluded from the scope of the Community Design Regulation as well.

Designs may be protected if they are novel or have individual character. A design is considered to be “novel” if no identical design has been made available to the public before and a design is considered as having individual character when the “informed user” finds it different from other designs which are available to the public. The EU-wide system works on the basis of world-wide novelty. Novelty is not examined when an RCD is filed – so there are designs on the register that are not valid and third parties can apply to invalidate them. Statistics show that comparatively few RCD invalidity

to be very reasonable, i.e. EUR 350. So the value is clear – for entities trading in several EU Member States, RCDs provide cost-effective registration. The Community design has introduced the possibility to include multiple designs in one application as well. Finally, the Community design has made it possible to keep the design undisclosed for up to 30 months to avoid competitors finding out about it.

After the Community design system was introduced, the number of national registrations of EU Member States has dropped considerably. Close to 75,000 Community designs are registered annually and over 179,000 Community design registrations have been completed to this day. A total of 86,859 designs were presented for registration in 2013, of which 23,190 have already been registered.<sup>3</sup>

## Current initiatives

Design protection is an area that has benefited lately from significant and promising harmonisation at the levels of international filing as well as applicable substantive law. However, the market is changing, new marketing practices have emerged, and design laws have become insufficient to encompass all new business practices. Therefore, it is necessary to rethink the regulation of design protection and the manner in which it can be developed. There are certain areas in which further harmonisation is required, namely the divergent protection of spare parts as the EU-wide legislation denies novelty of invisible spare parts. Another area in need of further harmonisation is technical designs, and this will require a decision of the European Court of Justice (ECJ) to ensure that a single coherent interpretation is adopted for features of designs solely dictated by technical function.

The EU has reached political agreement that to ensure competitiveness, prosperity and well-being, all forms of innovation need to be supported. In 2011, the importance of design as a key discipline and activity to bring ideas to the market has been recognised in the commitment 19 of the Innovation Union, a flagship initiative of the Europe 2020 growth strategy.<sup>4</sup>

In line with the commitment taken in the Innovation Union, the European Commission has launched the European Design Innovation Initiative (EDII) to exploit the full potential of design for innovation and to reinforce the link between design, innovation and competitiveness, as well as to set up the European Design Leadership Board to draft proposals to enhance the role of design in innovation policy. The purpose of EDII is to enhance the role of design as a key discipline for bringing new ideas to the market and for transforming these ideas into user-friendly and appealing products, processes or services for enterprises and public services in the EU.

The European Commission also established the European Creative Industries Alliance in February 2012. The European Creative Industries Alliance aims to encourage the competitiveness of European enterprises. It is an open platform that brings together policy-makers and business support practitioners from 28 partner organisations and 12 countries.<sup>5</sup> Its overall aim is to shape a community in Europe that actively supports creative industries as a driver for competitiveness, job creation and structural change by developing and testing better policies and tools for creative industries.

In September 2013, the Commission published a Working Document “Implementing an Action Plan for Design-Driven Innovation”.<sup>6</sup> This document describes current and upcoming actions endorsed by the Commission and relating to promoting design-driven innovation in different policy fields. These actions form the Action Plan for Design-Driven Innovation aiming to accelerate the take-up of design in innovation policies at European, national and regional levels and to create the capacity and competencies needed to implement these policies.

The European Commission is also co-financing the implementation of the European Design Innovation Platform (EDIP) as an instrument to deliver its Action Plan for Design-Driven Innovation launched in January 2014.<sup>7</sup> The Platform aims to boost the adoption of design in innovation policies and support the creation of capacity and competencies to deliver these policies. Implementation of the EDI Platform started in January 2014 and will continue for three years. The EDIP

project is implemented by a consortium of 14 organizations led by Design Council (UK).

Another important initiative is the Design Law Treaty proposed by the World Intellectual Property Organization. The new treaty, which is said to be “procedural”, is seen as a way to simplify and harmonise procedures for industrial design registrations.<sup>8</sup> The treaty would address questions such as the filing date, the grace period for filing in case of disclosure, multiple applications, the publication of the industrial design, and renewal. However, it is still under discussion because the Assemblies of WIPO Member States could not reach consensus on convening a Diplomatic Conference on concluding the Design Law Treaty.

The European Council has recognised the need for actions in the field of design by acknowledging the importance of it as a key discipline and activity to bring ideas to the market in the Innovation Union, a flagship initiative of the Europe 2020 growth strategy. However, a strategic and integrated approach to innovation in Europe has to be taken, the right conditions for a globally competitive innovation environment in Europe have to be created, and the impact and efficiency of resources has to be maximised in order to get good ideas to market more quickly, strengthen the knowledge base, and make innovation systems more efficient at all levels.

Renata BERŽANSKIENE  
Partner, MCI Arb  
SORAINEN  
Vilnius, Lithuania  
renata.berzanskiene@sorainen.com

<sup>1</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32002R0006>

<sup>2</sup> [http://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2013/06/article\\_0006.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2013/06/article_0006.html)

<sup>3</sup> [https://oami.europa.eu/tunnelweb/secure/webdav/guest/document\\_library/contentPdfs/about\\_ohim/the\\_office/SSC007-Statistics\\_of\\_Community\\_Designs-2014\\_en.pdf](https://oami.europa.eu/tunnelweb/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/about_ohim/the_office/SSC007-Statistics_of_Community_Designs-2014_en.pdf)

<sup>4</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52010DC0546>

<sup>5</sup> <http://www.mediadeskuk.eu/funding/other-eu-funding/research-and-innovation-funding/european-creative-industries-alliance/>

<sup>6</sup> [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/innovation/files/design/design-swd-2013-380\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/innovation/files/design/design-swd-2013-380_en.pdf)

<sup>7</sup> [http://ec.europa.eu/research/innovation-union/pdf/state-of-the-union/2013/state\\_of\\_the\\_innovation\\_union\\_report\\_2013.pdf](http://ec.europa.eu/research/innovation-union/pdf/state-of-the-union/2013/state_of_the_innovation_union_report_2013.pdf)

<sup>8</sup> <http://www.ip-watch.org/2014/05/10/no-wipo-industrial-design-treaty-in-2014-technical-assistance-still-in-the-way/>

## **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  
Site Web : www.uianet.org

ÉQUIPE 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

MAQUETTE ET EDITION / DESIGN AND EDITIONS / MAQUETA Y EDICION

BE TREND - yann.populaire@orange.fr

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

Crédit photos / Photos credit / Crédito fotos

▶ © Masterfile : couverture ▶ Sommaire : © Masterfile - Page 2 : © Shutterstock - Page 10 : © Masterfile -  
Page 28 : © Masterfile - Page 46 : © Facebook - Page 46 : © Masterfile - Page 62 : © Masterfile



# bruylant

www.bruylant.be



# larcier

www.larcier.com



## Revue européenne et internationale de droit fiscal

European and International Journal of Tax Law

Rédacteur en chef : **Thierry Lambert**

Bruylant - 4 numéros par an

± 480 pages par an

Abo. 2015 : **180,00 €**



## Revue internationale des services financiers

International review of financial services

Direction scientifique : **Thierry Bonneau**

Bruylant – 4 numéros par an

± 480 pages par an

Abo. 2015 : **185,00 €**



## 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. 2015 : **155,00 €**



Découvrez nos revues sur [www.larciergroup.com](http://www.larciergroup.com)

Informations et commandes :

Larcier Distribution Services

Fond Jean Pâques 4b • 1348 Louvain-la-Neuve

T 0800 39 067 (depuis la Belgique) • +32 (0)2 548 07 13 (depuis l'étranger)

F 0800 39 068 (depuis la Belgique) • +32 (0)2 548 07 14 (depuis l'étranger)

[abo@larciergroup.com](mailto:abo@larciergroup.com)



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

Mediatorsfederatie  
Nederland

## WORLD FORUM OF MEDIATION CENTRES

FRIDAY, JUNE 5 & SATURDAY, JUNE 6, 2015



# AMSTERDAM

## THE NETHERLANDS



#UIAWFMC

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

Seminar organised by the UIA Mediation Commission  
with the support of the Mediatorsfederatie Nederland (MfN)