

2014.2

JUStICE

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

Union Internationale des Avocats

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



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





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

Rédacteur en chef : Olivier De Schutter

Larcier - 5 numéros par an
± 450 pages par an
Abo. 2014 : 155,00 €

Revue
bilingue
français-
anglais



Code de droit international des droits de l'homme

Olivier De Schutter, Françoise Tulkens et Sébastien van Droogenbroeck
>Collection Codes en poche

Bruylant – 4^e édition 2014 – 868 p. – 66,00 € - ISBN 9782802733928



Code de droit des organisations internationales

Eric David
>Collection Codes en poche

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

Commandez en ligne !

Les frais de port sont gratuits pour la Belgique,
les Pays-Bas, le Luxembourg et la France.
www.larcier.com • www.bruylant.be

Les références de nos distributeurs sont consultables sur nos sites.



Sommaire Table of contents Indice

Thème principal des illustrations: **Florence** | Main picture theme: **Florence** | Tema principal de las ilustraciones: **Florencia**

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

La UIA en Barcelona **11** L'UIA à Tanger **12** The UIA in Sao Paulo **13** The UIA in Toronto **14** L'UIA au Luxembourg **15** The UIA in Athens **17** The UIA in Thessaloniki **18** L'UIA au féminin ça existe **19** Formations : Comment gérer avec efficacité la communication, le marketing et le management dans les cabinets d'avocats de petite et moyenne taille **20** Florence Congress **22** L'équipe du Centre UIA **28**

Droits de l'Homme et de la Défense | Human Rights and Protection of Lawyers | Derechos Humanos y de la Defensa | 30

National Human Rights Institutions and Business and Human Rights **31** La RSE et les droits de l'homme dans les contrats de l'exploration-production pétrolière **33** The International Responsibility of the World Bank in its Quest for Global Development **35** L'UIA aux Nations Unies **37** Lo que Google debe olvidar: a propósito de la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014 **40** The Death Penalty in 2013-2014: A Review **45**

La Profession d'Avocat | The Legal Profession | La Abogacía | 48

The UN Guiding Principles for the Business Lawyer **49** Perquisitions et écoutes d'avocats **51** Electronic Surveillance of United States Lawyers **53** Are we losing our confidence? **56** Perquisitions et demandes péremptoires visant des cabinets d'avocats **59**

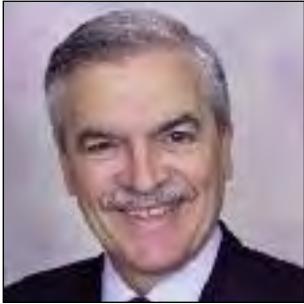
Pratique du Droit | Legal Practice | Ejercicio de la Abogacía | 62

Corruption, Transparency and Justice **63** Street Art: Vandalism or Freedom of Artistic Expression? The "Slave Labor" Controversy **64** La nouvelle loi belge sur l'arbitrage **66** L'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du regroupement d'intérêt économique fait peau neuve **68** The New French Class Action Law **71** L'action collective – Une mesure privilégiée d'accès à la justice **75** Ce que l'action de groupe va changer... **80**



Editorial





Editorial du Président

I Stephen L. DREYFUSS

J'écris cet éditorial sur mon vol retour d'un remarquable tour du monde entrepris pour l'UIA. Pendant deux semaines, j'ai échangé avec des associations de barreaux régionales et nationales lors de manifestations célébrées autour du monde – tout particulièrement dans les régions où l'UIA n'est pas encore aussi active ou reconnue qu'elle devrait l'être.

Comme je l'ai dit dans mon discours d'investiture, en tant que président de l'UIA ayant l'anglais comme langue maternelle, j'ai fait le vœu de me concentrer, pendant ma présidence, sur des régions dans lesquelles l'UIA souffre depuis trop longtemps de la réputation (mal fondée) d'être une association où l'anglais n'est pas parlé. C'est le plus gros obstacle à notre développement dans ces régions – tout particulièrement la région Asie/Pacifique et les pays du Golfe – j'ai donc entrepris de modifier cette situation.

Après avoir pris part aux réunions internationales qui ont eu lieu lors de la rentrée judiciaire à Hong Kong plus tôt cette année, j'ai commencé ce dernier voyage en retournant dans la région pour assister au Sommet des Présidents des Associations d'Avocats d'Asie (POLA) à Wellington, en Nouvelle Zélande. Pendant ces quelques jours, j'ai pu échanger longuement avec les dirigeants de barreaux et d'associations d'avocats de pays tels que la Nouvelle Zélande, Singapour, le Japon ou la Mongolie, dont aucun n'est encore membre de l'UIA, ainsi qu'avec de très importants membres collectifs de l'UIA de la région, tels les barreaux et les associations d'avocats australiens, hongkongais ou encore malaisiens. Mon message fut simple: l'UIA est la seule organisation qui permet à des avocats de tant de pays, de langues et de traditions juridiques différentes d'avoir un grand impact international et immédiat sur notre profession. Il me semble que mon message est bien passé: « Vous avez une place au sein de l'UIA quelle que soit votre langue, la taille de votre cabinet, ou le domaine particulier dans lequel vous exercez ».

Bien que l'UIA ait eu une forte représentation en Australie par le passé, nous nous devons d'attirer la prochaine génération d'avocats australiens en leur montrant les avantages incomparables qu'offre l'adhésion à l'UIA. C'est pour cela que je suis allé à Sydney depuis Wellington, accompagné du Président du barreau australien qui m'avait invité à intervenir lors de la réunion du conseil d'administration de celui-ci. Le barreau avait aussi organisé un cocktail informel dans un cabinet d'avocats de Sydney, durant lequel j'ai pu décrire l'UIA et expliquer ce en quoi elle constitue une ressource si précieuse pour les avocats du monde entier, y compris anglophones.

J'ai ensuite fait le long voyage depuis Sydney jusqu'à Saint-Pétersbourg en Russie pour représenter l'UIA à la réunion annuelle de la Chambre des Avocats de la Fédération de Russie, qui fête cette année son 150^e anniversaire. La réunion à Saint-Pétersbourg eut lieu dans un contexte très sensible dû aux relations tendues entre la Russie et le reste du monde, à la suite des événements en Ukraine et en Crimée. La situation était d'autant plus délicate qu'immédiatement après notre réunion avec la Chambre des Avocats à Saint-Pétersbourg, le ministère de la Justice russe tenait une conférence juridique officielle exactement au même endroit.

Les officiels de l'UIA et le Comité de Direction ont longuement réfléchi pour savoir quelle serait la position affichée par notre participation à ces manifestations. Nous avons décidé qu'il était important, particulièrement en ce moment, de prendre part à la réunion de la Chambre des Avocats (mais de ne pas participer à la suivante, organisée par l'État russe) de manière à exprimer notre soutien en faveur de l'indépendance des avocats et d'éviter l'erreur de tenir le barreau pour responsable des agissements de l'État russe. De la même façon que nous insistons sur le fait qu'un avocat n'est pas le complice de son client simplement parce qu'il le défend, nous nous devons de distinguer

les barreaux indépendants et les associations d'avocats russes de la politique menée par le gouvernement de leur pays.

Lors de la réunion de la Chambre des Avocats russe, en présence du ministre adjoint à la Justice russe, j'ai prononcé un discours important, très remarqué, en faveur du rôle de l'avocat comme première, et parfois unique défense contre l'oppression et la tyrannie. Plusieurs avocats russes sont venus plus tard me remercier, et exprimer leur approbation ainsi que leur soutien des positions fortes exprimées par l'UIA en faveur de l'indépendance des avocats. Ma visite en Russie a donc marqué un pas décisif dans les relations entre l'UIA et nos confrères russes, dans une Russie qui représente toujours une puissance mondiale majeure; la Chambre des Avocats a annoncé, juste après mon discours, qu'elle comptait devenir membre de l'UIA, ce qui mènera, dans un futur proche, à une augmentation du nombre de membres individuels russes au sein de l'UIA.

Ma dernière étape a été Lisbonne, où j'ai eu l'honneur de présider un séminaire de l'UIA d'une grande qualité sur des questions relatives à la restructuration des sociétés et au respect de la réglementation, organisé par le comité national portugais de l'UIA. Le Ministre de la Justice portugais y a prononcé le discours d'ouverture, et le séminaire a été clôturé par une allocution du Secrétaire d'État au Premier Ministre portugais. Ce séminaire a été la démonstration parfaite que l'UIA n'est pas simplement un défenseur des droits de l'homme et de la profession juridique, mais qu'elle fournit également aux avocats d'affaires une ouverture essentielle sur l'international qui leur permet de se tenir informés et de débattre des derniers développements relatifs au droit des affaires à travers le monde entier.

Stephen L. DREYFUSS
Président de l'UIA

President's Editorial

Stephen L. DREYFUSS

I am writing this editorial on the flight home from a remarkable round-the-world journey on behalf of the UIA. For over two weeks, I have been addressing regional and national bar associations at events around the world – with emphasis on areas where the UIA has not been as active or well-known as it should be.

As I said in my inaugural address in Macau, as a UIA President whose native language is English, I am concentrating during my presidency on areas of the world where the UIA has for too long suffered from an unjustified reputation as an association where English is not spoken. This has been an obstacle to our growth in these regions – notably the Asia/Pacific and the Gulf countries – and I have taken on the task of changing this pattern.

After participating in the international meetings surrounding the Opening of the Legal Year in Hong Kong earlier this year, I began my most recent trip by returning to the region to attend the Conference of the Presidents of the Law Associations in Asia (POLA) in Wellington, New Zealand. Over the course of several days, I had in-depth discussions with leaders of the Bars and Law Societies of such countries as New Zealand, Singapore, Japan and Mongolia – none of which has yet joined the UIA – as well as with such leading UIA collective members from the region as the Bars and Law Societies of Australia, Hong Kong and Malaysia. My message was simple: there is no other international association that allows lawyers from so many countries and legal traditions, speaking so many languages, to have the immediate international impact on our profession that the UIA provides. I think my message got through: "There is a place for you in the UIA no matter what language you speak, how big or small your law firm may be, or what particular areas of the law you practice".

Although the UIA has had strong Australian representation in the past, we need to attract the next generation of Australian lawyers by showing them the unique benefits of UIA membership that they will find nowhere else. That is why I went on to Sydney from Wellington, accompanied by the President of the Australian Bar Council who invited me to address the meeting of the Council's Board of Directors. The Council also arranged an informal cocktail at a Sydney law firm during which I was able to describe the UIA and explain why UIA membership is such a valuable resource for lawyers around the world, including those who speak English.

From Sydney I made the long trip to St. Petersburg, Russia to represent the UIA at the annual meeting of the Chamber of Lawyers of the Russian Federation, which this year celebrated its 150th anniversary. The St. Petersburg meeting came at a sensitive time in Russia's relations with the rest of the world, as a result of the events in Ukraine and Crimea. The situation was further complicated by the fact that immediately following the St. Petersburg meeting of the Chamber of Lawyers, the Russian Ministry of Justice was holding a government-sponsored international legal conference at the same site.

The UIA officers and Executive Committee considered carefully the message that would be sent by our participation in these events. We decided that it was important, especially now, to participate in the meeting of the Chamber of Lawyers (but not the government conference that followed) in order to support its independence and avoid the error of assigning responsibility to the Bar for the acts of the Russian government. Just as we insist that lawyers not be considered their clients' accomplices, simply because they represent those clients, so too must we distinguish between

independent Bars and associations of Russian lawyers and the government policies of their country.

At the meeting of the Chamber of Lawyers, in the presence of the Russian Deputy Minister of Justice, I made a strong and well-received speech about the role of lawyers as the public's first, and sometimes only, defense against oppression and tyranny. Several Russian lawyers later thanked me and expressed their approval and support for the strong positions the UIA has taken in support of lawyers' independence. My visit to Russia marks a watershed in the UIA's relationship with our colleagues in this significant world power; the Chamber of Lawyers announced after my speech that it will join the UIA, which will lead to more Russian individual members of the UIA as well.

My final stop was Lisbon, where I presided over a sophisticated UIA seminar on corporate restructuring and compliance issues organised by our Portuguese National Committee. The seminar was opened by the Portuguese Minister of Justice, and was closed by the Secretary of State to the Portuguese Prime Minister. It was a perfect demonstration that the UIA is not merely a leading defender of human rights and the legal profession, but also an important way for business lawyers to discuss and keep current on cutting-edge developments in business law subjects throughout the world.

Stephen L. DREYFUSS
UIA President

Editorial del Presidente

Stephen L. DREYFUSS

Escribo este editorial durante el vuelo de regreso de un destacado viaje por el mundo en nombre de la UIA. Durante más de dos semanas he estado dirigiéndome a asociaciones y colegios de abogados regionales y nacionales en eventos celebrados en todo el mundo, haciendo hincapié en áreas en que la UIA no ha estado tan activa ni es tan bien conocida como debería.

Tal como dije en mi discurso inaugural en Macao, como presidente de la UIA cuya lengua materna es el inglés, durante mi presidencia me estoy centrando en zonas del mundo donde la UIA ha sufrido durante demasiado tiempo la reputación injustificada de ser una asociación en la que no se habla inglés. Esto ha sido un obstáculo a nuestro crecimiento en estas regiones – sobre todo en la región Asia/Pacífico y los países del Golfo – y me he propuesto cambiar esta situación.

Después de participar en las reuniones internacionales con motivo del Opening of the Legal Year en Hong Kong a principios de este año, inicié mi último viaje volviendo a la región para asistir a la Cumbre de los Presidentes de las Asociaciones de derecho de Asia (POLA) en Wellington, Nueva Zelanda. Durante varios días, mantuve conversaciones de enjundia con los dirigentes de los colegios y asociaciones de abogados de países como Nueva Zelanda, Singapur, Japón y Mongolia (ninguno de los cuales se ha unido aún a la UIA) así como con importantes miembros colectivos de la UIA de la región, como los colegios y asociaciones de abogados de Australia, Hong Kong y Malasia. Mi mensaje era simple: no hay ninguna otra asociación internacional que permita a abogados de tantos países y tradiciones jurídicas, que hablan tantas lenguas, tener el impacto internacional inmediato en nuestra profesión que ofrece la UIA. Creo que mi mensaje fue claro: "En la UIA hay un lugar para usted cualquiera que sea el idioma que hable, lo grande o pequeño que sea su despacho, o las especialidades que ejerza".

Aunque la UIA tuvo en el pasado una representación australiana fuerte, tenemos que atraer a la próxima generación de abogados australianos demostrándoles las ventajas únicas de ser miembro de la UIA que no encontrarán ninguna otra parte. Por ese motivo viajé a Sidney desde Wellington, acompañado del Presidente del consejo de colegios de abogados australiano, que me invitó a dirigir la reunión de la junta directiva del Consejo. Además, el Consejo organizó un cóctel informal en un despacho de abogados de Sidney durante el cual tuve ocasión de describir la UIA y explicar por qué es tan importante ser miembro de la UIA para los abogados de todo el mundo, incluidos los que hablan inglés.

Desde Sidney hice un largo viaje a San Petersburgo, en Rusia, para representar a la UIA en la reunión anual de la Cámara de Abogados de la Federación rusa, que este año celebraba su 150º aniversario. La reunión de San Petersburgo se convirtió en un momento delicado en las relaciones de Rusia con el resto del mundo, por los acontecimientos de Ucrania y Crimea. La situación se complicó aún más porque justo después de la reunión de la Cámara de Abogados en San Petersburgo, el Ministro de Justicia ruso celebraba una conferencia jurídica internacional patrocinada por el gobierno en el mismo lugar.

Los miembros con cargo y el Comité Ejecutivo de la UIA consideraron cuidadosamente el mensaje que transmitiría nuestra participación en estos eventos. Decidimos que era importante, especialmente ahora, participar en la reunión de la Cámara de Abogados (pero no en la conferencia de gobierno que le siguió) para apoyar la independencia de los abogados y evitar el error de responsabilizar al colegio de abogados de los actos del gobierno ruso. Del mismo modo que insistimos en que los abogados no sean considerados cómplices de sus clientes simplemente por representar a estos clientes, también debemos distinguir entre los colegios de abogados y asociaciones de abogados rusos independientes y las políticas del gobierno de su país.

En la reunión de la Cámara de Abogados, en presencia del Viceministro de Justicia ruso, di un discurso firme y bien recibido sobre el papel de los abogados como primera – y, a veces, única – defensa del público contra la opresión y la tiranía. Varios abogados rusos me expresaron más tarde su agradecimiento y su aprobación y apoyo por las posturas firmes que ha adoptado la UIA para respaldar la independencia de los abogados. Mi visita a Rusia marca un punto de inflexión en las relaciones de la UIA con nuestros compañeros en esta importante potencia mundial; la Cámara de Abogados anunció tras mi discurso su intención de incorporarse a la UIA, lo cual trajo consigo también la incorporación de más miembros individuales rusos a la UIA.

Mi última parada fue en Lisboa, donde presidí un sofisticado seminario de la UIA sobre las cuestiones de restructuración corporativa y conformidad organizado por nuestro Comité nacional portugués. Este seminario fue inaugurado por el Ministro de Justicia portugués, y clausurado por el Secretario de Estado del Primer Ministro portugués. Fue una perfecta demostración de que la UIA no es una mera defensora de los derechos humanos y la abogacía, sino también una vía para que los abogados de negocios debatan y se mantengan al día de los últimos avances en los temas de derechos de los negocios en todo el mundo.

Stephen L. DREYFUSS
Presidente de la UIA



Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Union Internationale de Notaires

58th

Meet the World's Lawyers in

Florence

October 29 - November 2, 2014

Main Theme

Protecting
Creativity:
The Law of Art,
Fashion
and Design

And more than 30 scientific sessions

2014
Florence
58th UIA Congress

UIA, 25 rue du Jour,
FR-75001 Paris
Tel.: +33 1 44 88 55 66
uiacentre@uianet.org
www.uianet.org

Media partners

el mundo del
Abogado

IBERIAN LAWYER

LEADERS LEAGUE

Legaltoday.com

**LA SEMAINE
JURIDIQUE**
Droits sociaux

VILLAGE de
LA JUSTICE
La communauté
des métiers de l'ordre




Message du Rédacteur en Chef

| **Bénédicte QUERENET-HAHN**

Cette édition du *Juriste International* est d'une particulière richesse et qualité et je veux remercier ici les auteurs qui y ont contribué et les membres du comité de rédaction qui, à mes côtés, cherchent thèmes et auteurs, pour faire du *Juriste* une parfaite synthèse de l'évolution internationale du droit, dans tous les domaines d'activité de l'UIA. Cette édition réserve une large place à trois principaux thèmes que sont les droits de l'homme dans le monde des affaires, le secret professionnel de l'avocat dans le cadre d'enquêtes civiles et pénales, et les actions collectives. Ces trois thèmes ont été choisis tant pour leur actualité que parce qu'ils font l'objet de travaux de l'UIA.

En matière de droits de l'homme et de monde des affaires, les articles d'Antonio Carvalho Coelho, de Nora Götzmann et de John Sherman décrivent les principales actions que doivent mener les entreprises et les organisations nationales des droits de l'homme, pour mettre en application les principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Ces articles décrivent également le rôle que peuvent tenir les juristes d'entreprises et les avocats pour accompagner les entreprises dans leur démarche en faveur des droits de l'homme. Ces publications précèdent la session de la commission Monde des Affaires et Droits de l'Homme qui se tiendra lors du prochain congrès de l'UIA et qui aura pour thème « Droits de l'homme et multinationales: défis et opportunités ».

Dans les questions qui touchent à la profession, l'actualité récente en matière d'écoutes téléphoniques de conversations entre un avocat et son client nous a amenés à nous interroger sur le secret professionnel et ses limites, dans le cadre des enquêtes civiles et pénales. Pour alimenter cette réflexion, nous avons sollicité d'auteurs canadien, américain, britannique et français, de décrire les exceptions que prévoient

leurs législations respectives au secret professionnel, dans le cadre d'enquêtes civiles ou pénales. L'objectif est de permettre à chacun, et également aux barreaux, de comparer les différentes législations, pour pouvoir en apprécier les avantages et inconvénients et, le cas échéant, s'en inspirer, pour apporter des améliorations à la protection du secret professionnel. Le très intéressant dossier que constituent ces articles précède une session conjointe de l'UIA, du CCBE¹, de la LSEW² et du CNB³ sur le sujet, qui aura lieu à Boston dans le cadre de la Conférence annuelle de l'American Bar Association.

Toujours dans un esprit de droit comparé, sont publiés dans cette édition, à l'occasion de l'introduction de l'action de groupe en droit français, un article de Maria José Azar-Baud sur le dispositif adopté en mars 2014 par le législateur français, un autre de Louis Burke sur une comparaison des *class actions* version française et version américaine et un autre enfin, de Jean Saint-Onge, sur l'action collective au Canada et au Québec.

Ces trois thèmes ne reflètent que partiellement cette édition du *Juriste*, qui comporte entre autres contributions, également, la présentation par Patricia Abimbola de l'aboutissement des travaux d'harmonisation du droit des sociétés, dans le cadre de l'Acte Uniforme de l'OHADA⁴, ainsi que les comptes-rendus des débats et rencontres qui ont eu lieu lors des dernières réunions institutionnelles que l'UIA a tenues à New York. L'article de Marc Gallardo sur la décision de la CJUE à l'encontre de Google en matière de droit à l'oubli relate le débat animé du Conseil de Présidence au cours duquel se sont opposées les approches de la Common Law et du droit civil concernant l'équilibre entre la protection de la vie privée et la liberté d'expression. Ce débat se poursuivra lors du congrès de l'UIA à Florence et sera modéré par Louis Burke.

L'article de Françoise Hecquet relate quant à lui la rencontre qu'avait organisé le réseau des femmes de l'UIA au New York City Bar avec des représentantes d'*Equality Now*. Cette dernière organisation s'emploie à faire évoluer les législations qui discriminent les femmes ou les empêchent d'exercer ou de faire valoir leurs droits. Sa présidente, Yasmeen Hassan, a lancé un appel à l'UIA, sollicitant de ses membres qu'ils signalent à *Equality Now* les entraves aux droits des femmes qu'ils constatent dans leurs législations. Je forme le vœu que beaucoup de nos membres, et pas seulement des femmes, répondent à son appel, car, comme l'a fait très justement observer Yasmeen Hassan, la défense des droits des femmes est l'affaire de tous, hommes et femmes.

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

¹ CCBE: Conseil des Barreaux Européens

² LSEW: Law Society of England & Wales

³ CNB: Conseil National des Barreaux

⁴ OHADA: Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires

Message from the Chief Editor

Bénédicte QUERENET-HAHN

I would like to extend my thanks to the contributing authors and members of the editorial committee for this exceptionally rich and high-quality issue of *Juriste International*. The members of the editorial committee and I look for the themes and authors that will enable *Juriste International* to reflect current developments in law all across the globe, in every field in which the UIA is active. This issue is primarily focussed on three themes: business and human rights, attorney-client privilege in civil and criminal investigations, and class actions. These themes were not only picked for their relevance to today's world; they are also focal points of the UIA's current work.

On the subject of human rights in the business world, Antonio Carvalho Coelho, Nora Götzmann and John Sherman's articles describe the principal steps that corporations and national human rights organisations must take in order to put into practice the United Nations' guidelines concerning business and human rights. These articles also describe the roles that both in-house and external lawyers may play in helping business to promote human rights. These articles are being published in advance of the UIA Commission meeting on "Business and Human Rights", which will be held at the next UIA Congress entitled: "Human Rights and Multinational Companies: Challenges and Opportunities."

Among the major questions facing our profession, current events concerning the wiretapping of conversations between lawyers and their clients brings us to reflect on lawyer-client privilege and its limits in the context of civil and criminal investigations. We asked Canadian, American, British and French authors to contribute to this discussion by describing the exceptions built into their respective legal systems regarding attorney-client privilege in civil or criminal investigations. Our goal is to allow

everyone, including bar associations, to compare different statutory regimes in order to evaluate their advantages and disadvantages, and hopefully to find inspiration for ways to enhance the protection of lawyer-client privilege. These articles together make for a very interesting special report ahead of the joint session between the UIA, the CCBE¹, the LSWE² and the CNB³ on the same topic to be held in Boston during the American Bar Association's annual meeting.

Still in the spirit of comparative law, as the class action is introduced into French law, this issue features an article by Maria José Azar-Baud on the measures adopted by French lawmakers in March 2014, another by Louis Burke which compares class actions in the French and American legal systems and a final article by Jean Saint-Onge, on class actions in Canada and Québec.

These three themes reflect only part of the contents of this issue of *Juriste*, which also includes: Patricia Abimbola's presentation on the completion of work on the harmonisation of company law within the framework of the Uniform Act of the OHADA⁴; summaries of the debates and discussions that took place during the last UIA official meetings in New York; an article by Marc Gallardo on the CJEU decision against Google regarding the right to be forgotten, in which the author relates the heated debate of the Governing Board between Common Law and Civil Law approaches to the balance between the protection of privacy and freedom of expression. This debate will be continued at the UIA Congress in Florence and will be moderated by Louis Burke.

Françoise Hecquet's article summarises the discussion organised by the UIA women's network in the premises of the New York

City Bar with representatives of *Equality Now*. This organisation works to modify legislation that discriminates against women or prevents them from enjoying or exercising their rights. Its president, Yasmeen Hassan, appealed to the UIA, asking its members to report any violation of women's rights that they may find in their legislation to *Equality Now*. I sincerely hope that many of our members, and not only women, will respond to this call. As Yasmeen Hassan rightly observed, defending women's rights is everyone's business, men's and women's alike.

Bénédicte QUERENET-HAHN
Chief Editor - *Juriste International*

¹ CCBE: Conseil des Barreaux Européens

² LSWE: Law Society of England & Wales

³ CNB: Conseil National des Barreaux

⁴ OHADA: Organisation for the Harmonisation of Business Law in Africa

Mensaje del Redactor Jefe

Bénédicte QUERENET-HAHN

Esta edición del *Juriste International* es de especial riqueza y calidad y desde aquí quiero dar las gracias a los autores que han contribuido a su elaboración y a los miembros del comité de redacción que buscan junto a mí temas y autores, para hacer del *Juriste* una síntesis perfecta de la evolución internacional del derecho, en todos los ámbitos de actividad de la UIA. En esta edición se dedica un gran espacio a tres temas principales que son los derechos humanos en el mundo de los negocios, el secreto profesional del abogado en el contexto de investigaciones civiles y penales y las acciones colectivas. Estos tres temas han sido elegidos tanto por su actualidad como porque son objeto de los trabajos de la UIA.

En materia de derechos humanos y mundo de los negocios, los artículos de Antonio Carvalho Coelho, de Nora Götzmann y de John Sherman describen las principales acciones que deben llevar a cabo las empresas y las organizaciones nacionales de derechos humanos, para aplicar las directrices de las Naciones Unidas relativas a las empresas y los derechos humanos. Estos artículos describen también el papel que pueden desarrollar los juristas de empresa y los abogados para acompañar a las empresas en su estrategia a favor de los derechos humanos. Estas publicaciones preceden a la sesión de la comisión mundo de los negocios y derechos humanos que se celebrará en el próximo congreso de la UIA y que tendrá como tema “Derechos humanos y multinacionales: retos y oportunidades”.

En las cuestiones que afectan a la profesión, los últimos acontecimientos en materia de escuchas telefónicas de conversaciones entre un abogado y su cliente nos ha llevado a preguntarnos sobre el secreto profesional y sus límites, en el marco de investigaciones civiles y penales. Para alimentar esta

reflexión, hemos solicitado a autores de procedencia canadiense, americana, británica y francesa, que describan las excepciones que marcan sus respectivas legislaciones al secreto profesional, en el marco de investigaciones civiles o penales. El objetivo es que cada uno, y también cada colegio de abogados, pueda comparar las distintas legislaciones, para poder apreciar sus ventajas e inconvenientes y, cuando proceda, inspirarse en ellas, para aportar mejoras a la protección del secreto profesional. El interesantísimo expediente que constituyen estos artículos precede a la sesión conjunta de la UIA, el CCBE¹, la LSEW² y el CNB³ sobre el tema, que se celebrará en Boston en el marco de la conferencia anual de la American Bar Association.

Siguiendo un espíritu de derecho comparado, se publican en esta edición, con motivo de la introducción de la acción de grupo en derecho francés, un artículo de Maria José Azar-Baud sobre el dispositivo adoptado en marzo de 2014 por el legislador francés, otro de Louis Burke sobre una comparación de las *class actions* en versión francesa y en versión americana y, por último, otro de Jean Saint-Onge, sobre la acción colectiva en Canadá y Quebec.

Estos tres temas reflejan sólo parcialmente esta edición del *Juriste* que incluye, entre otras contribuciones, también la presentación por Patricia Abimbola de la consecución de los trabajos de armonización del derecho de sociedades, como parte del Acta Uniforme de la OHADA⁴, así como los resúmenes de los debates y encuentros que tuvieron lugar en las últimas reuniones institucionales que celebró la UIA en Nueva York. El artículo de Marc Gallardo sobre la decisión de la CJUE contra Google en materia de derecho al olvido relata el animado debate del Consejo de Presidencia en el que se opusieron los enfoques de la *Common Law* y del derecho civil en relación con el equilibrio entre la

protección de la vida privada y la libertad de expresión. Este debate continuará en el congreso de la UIA en Florencia y será moderado por Louis Burke.

El artículo de Françoise Hecquet relata el encuentro que organizó la red de mujeres de la UIA en el New York City Bar con representantes de *Equality Now*. Esta última organización trabaja por hacer que evolucionen las legislaciones que discriminan a las mujeres o les impiden ejercer o hacer valer sus derechos. Su presidenta, Yasmeen Hassan, lanzó un llamamiento a la UIA, solicitando a sus miembros que indiquen a *Equality Now* los obstáculos a los derechos de la mujer que observen en sus legislaciones. Espero que muchos de nuestros miembros, y no sólo mujeres, respondan a su llamamiento porque, tal como destacó muy justamente Yasmeen Hassan, la defensa de los derechos de la mujer nos atañe a todos, hombres y mujeres.

Bénédicte QUERENET-HAHN
Redactor Jefe del *Juriste International*

¹ CCBE: Conseil des Barreaux Européens

² LSEW: Law Society of England & Wales

³ CNB: Conseil National des Barreaux

⁴ OHADA: Organización para la armonización en África de la legislación empresarial



Actualités de l'UIA

UIA News

Novedades de la UIA





La UIA en Barcelona



Moda Online - Tendencias y retos jurídicos y contractuales

I Ignacio CORBERA DALE & Cristina MESA

El pasado 28 de marzo, Barcelona acogió el seminario “Moda Online – Tendencias y retos jurídicos y contractuales” organizado por las comisiones de derecho de la moda, derecho de los contratos y privacidad y derechos de la persona digital de la UIA.

En el seminario se abordaron distintas cuestiones jurídicas relacionadas con la comercialización online de la moda y las ponencias corrieron a cargo de juristas pertenecientes a despachos de abogados de Europa y players de la industria de la moda online.

En primer lugar, se analizaron los riesgos y las responsabilidades en el marco del comercio online entre consumidores (B2C) y las alternativas para evitar un impacto negativo, como el daño reputacional a la marca, causado principalmente por las quejas y comentarios de los consumidores. Asimismo, se abordó la cuestión de la implantación de códigos internos de conducta con el fin de identificar los riesgos y fomentar su prevención de cara al futuro.

Se abordó el tema del principio de agotamiento de marca y se discutió acerca de las ventas paralelas realizadas por distribuidores no autorizados. El seminario también trató el tema de la reputación de la marca en la era digital, de la protección y comunicación del “made in”, así como de los contratos de patrocinio de marcas por celebrities. Igualmente, se abordó la cuestión de la protección de la marca frente al registro de la misma por terceros como nombre de dominio. En este sentido, se estudió la vía

extrajudicial a través del procedimiento UDRP sustanciado ante la OMPI, así como la vía judicial y los requisitos para acceder a ella. También se planteó la cuestión relativa al keyword advertising o registro de la marca de un tercero como palabra clave en un motor de búsqueda. Para finalizar, se resolvieron dudas acerca de la responsabilidad por la comisión de las anteriores acciones a través de ejemplos prácticos.

Posteriormente, se analizó la ley aplicable y la jurisdicción en la comercialización de moda online, haciendo especial hincapié en los contratos de compraventa, de transporte y logística, así como aquellos relacionados con el software y los acuerdos de distribución, franquicia y agencia. Resultó de especial interés el análisis realizado acerca de las cláusulas ilícitas y las acciones y sanciones previstas en caso de incumplimiento.

Asimismo, se hizo un repaso acerca de la protección al consumidor mediante el estudio de la Directiva 2011/83/EU, de modo que se analizaron, entre otros aspectos, los requisitos de la información que se debe proporcionar, el derecho de desistimiento, así como los aspectos que todavía no están regulados y que sería conveniente contemplar en aras a mejorar la transparencia en las transacciones con consumidores. Por otra parte, se analizó la importancia de la logística en el desarrollo del comercio online prestando especial atención a las políticas de devolución y cambios.

A continuación se debatió acerca del valor de los datos personales para las empresas, dado que los mismos son esenciales para perfilar el consumidor y de ese modo conocer mejor a los clientes para ofrecerles los productos que necesitan y/o desean. Además, se repasaron las obligaciones de privacidad relacionadas con el tratamiento y procesamiento de los datos personales y se debatió acerca de la implementación de una nueva normativa que contuviera una serie de obligaciones

relacionadas con el deber de información, y las consecuencias legales en caso de incumplimiento.

El seminario también expuso la cuestión del impacto de las redes sociales y de la reputación online de las firmas de moda, analizando la protección de los contenidos generados por los usuarios (UGC), pasando por la responsabilidad de los proveedores de servicios en internet, y siguiendo con la importancia de los blogs en la reputación de las marcas hoy en día. Asimismo, se analizaron varios ejemplos y principios como el efecto Streisand o el famoso caso de los campos de concentración del artista Tom Sachs para la Fundación de Prada. Finalmente, se destacó la importancia de la colaboración del departamento de comunicación con el departamento legal con el fin de actuar de forma preventiva a la comisión de infracciones o para coordinar acciones de rectificación o de remoción del daño causado.

Durante la sesión, los representantes de vente-privee.com y Kering Group (Gucci, Bottega Veneta, Saint Laurent, Balenciaga, Stella McCartney, Brioni, Puma, entre otras) aportaron el punto de vista de la industria y resaltaron la importancia del comercio online en la actualidad a través de la exposición de su modelo de negocio. En concreto, se enfatizó la importancia de la calidad en el servicio ofrecido y del impacto de la notoriedad de las marcas.

Ignacio CORBERA DALE
Presidente
de la comisión de derecho contractual de la UIA
Garrigues
Londres, Reino Unido
ignacio.corbera@garrigues.com

Cristina MESA
Garrigues
Londres, Reino Unido
cristina.mesa@garrigues.com



L'UIA à Tanger

Développement de l'Afrique sub-saharienne,
quels rôles et quelles opportunités pour le Maroc ?

■ Ahmed GUENNOUN



Les 24, 25 et 26 avril 2014, l'Union Internationale des Avocats (UIA), en collaboration avec l'Ordre des Avocats de Tanger, a organisé un séminaire à Tanger, sur le thème: « Développement de l'Afrique sub-saharienne, quels rôles et quelles opportunités pour le Maroc? », sous le haut patronage du Roi Mohamed VI.

Ce séminaire n'a pas été organisé à Tanger par hasard. Quelle autre ville peut se vanter d'être le levier de travaux économiques stratégiques, d'être un point de rencontre entre les civilisations, les cultures et les religions? Tanger est aussi une fenêtre ouverte sur le continent africain et l'espace méditerranéen. Cette ville est un pont entre les deux rives de la Méditerranée et les pays du nord de l'Europe et du sud de l'Afrique. Par ailleurs, de nombreuses entreprises ont choisi d'investir au Maroc et à Tanger, en particulier.

En réalité, le Maroc présente plusieurs avantages pour les investisseurs étrangers, dont sa stabilité politique, l'adaptabilité de son système financier, la liberté de retour des capitaux investis et des bénéfices réalisés. Par ailleurs, la législation a été modernisée et adaptée pour mieux répondre au contexte économique actuel.

Plusieurs sujets de grand intérêt ont été discutés:

- En quoi le Maroc peut-il jouer un rôle clé dans les investissements en Afrique sub-saharienne?

- Quelles opportunités pour les avocats au Maroc?
- Les grands axes de développement en Afrique sub-saharienne;
- Les investissements des entreprises marocaines dans les pays du sud;
- Le financement des infrastructures;
- L'accompagnement des IDE (investissements directs étrangers) par les Banques marocaines;
- La convergence des droits et les traités OHADA en droit des affaires.

Le thème de ce séminaire rejoint, par différents aspects, la vision générale de l'UIA en droit international des affaires. En effet, l'UIA est devenue une référence incontestée dans la défense de la dignité humaine et de la justice sociale, particulièrement lorsque celles-ci sont menacées par l'activité économique.

Ce séminaire à Tanger a été un grand succès tant au niveau de l'organisation qu'au niveau du nombre de participants originaires d'Afrique et d'autres pays. Cet événement fut une sorte de lien entre le Maroc et ses racines africaines. Il a aussi montré qu'il s'agit d'un pays ouvert à l'investissement et qui fait figure de moteur pour les autres pays de la région grâce à ses connaissances, son expérience et ses capacités. Rappelons-nous du discours du Roi Mohamed VI lors de sa dernière tournée dans les pays

d'Afrique de l'ouest, dans lequel il avait appelé les populations de ces pays à considérer l'Europe et l'Amérique comme des partenaires commerciaux plus que comme des pourvoyeurs de fonds d'aide au développement.

Ce séminaire a été l'occasion pour tous les agents économiques, les investisseurs étrangers, et les hommes de loi, d'échanger leurs points de vues, de comprendre les grandes opportunités d'investissements sur le continent africain et les possibilités de gestion d'affaires et de projets dans le futur.

Le cabinet de M^e Ahmed Guennoun et ses collaborateurs, les membres du conseil du barreau de Tanger, les membres du comité national marocain de l'UIA, sous la coordination du Centre UIA et notamment de Colette Surin, doivent être remerciés pour leurs efforts, leur accueil et leur générosité.

M^e Ahmed GUENNOUN
Président du Comité National Marocain de l'UIA
Cabinet de M^e Guennoun et ses Collaborateurs
Tanger, Maroc
maitre.guennoun@hotmail.com



The UIA in Sao Paulo

Foreign Investment in Latin America

I Hernan ANDRADA

The UIA foreign investment commission once again organised a seminar focused on its main area of concern. This time the elected venue was Sao Paulo, one of the most fascinating cities in Latin America. A cosmopolitan city, comparable to large cities such as New York, London or Frankfurt in terms of business activities.

The seminar was held at the elegant Renaissance Hotel. On Thursday evening we were entertained with a welcoming cocktail reception, where we had the chance to meet old friends and socialise with colleagues while we enjoyed some drinks.

The seminar, entitled "Foreign Investment in Latin America", began on Friday and was coordinated with great expertise by the First Vice President of the foreign investment commission, Eduardo Lorenzetti Marques, who at all times made us feel at home and whose organisation and hospitality deserve a special mention.

George Naiaradi, President of the Foreign Relations Commission of the Sao Paulo Government and Sergio Costa, Director of the Agency for the Promotion of Foreign Investment of the Sao Paulo Government, from Brazil, described the scenario for investments in the State of Sao Paulo and the opportunities and incentives for attracting foreign investors, both from the perspective of the private sector and also from the viewpoint of the government of the state of Sao Paulo. Fernando Retzler Martins later provided a broad overview of the regulatory frameworks of Latin America and made a comparison between the different tax systems and business environments.

After the coffee break, the presentation made by Sao Paulo's lawyers, Jose A. Miguel Neto and Eduardo Lorenzetti Marques referred to the Brazilian legal framework and provided valuable advice for those interested in doing business in that country. On the same line, Graziano Messana, a young Italian businessman and expert in foreign investments, presented a realistic picture of the world of business in Sao Paulo.

Marcelo Slonimsky and I analysed the current political and legal scenario in Argentina and referred to the fact that the current decade-old government cycle is close to an end. Prospects for the future are promising, with a dire need for investment and with attractive opportunities in the fields of traditional and green energy, agriculture, infrastructure, among others, at reasonable (even below) international prices. The Italian President of the private international law commission, Enrica Senini, presented, by way of example, the case of a company with investments in the province of Mendoza and gave the participants a clearer picture of the situation in Argentina.

It was time for a delicious lunch and afterwards Agustina Loinaz caught everybody's attention with her broad overview of the attractive Uruguayan legal system, mainly with her description of the friendly environment for investments prevailing in Uruguay.

Afterwards, the representatives of Paraguay, Maria Yolanda Zaldivar Pereira and Juan Ramirez Biedermann from Paraguay, explained that, due to the great changes experienced in their country in recent years in terms of tax and foreign investment policies, Paraguay has become a very interesting country for foreign investors. Later on, Jorge Luis Inchauste, from Bolivia, made a thorough description of the regulatory framework of his country, which seems to have become another attractive place for investment in the region.

Chile's representative, Daniel Lyon, was the last speaker of the first day of the seminar. All the participants listened carefully to his complete presentation about the economic situation in his country, where everything seems to be working right in recent times and should be an example to follow for the other countries in the region.

Friday ended with a dinner in a traditional restaurant of Sao Paulo, where we could taste the flavours of local food in a delightful ambience.

In the opening of the second and last day, Mexico's representatives, Antonio Prida and Fernando Hernandez Gomez, lectured on the Mexican legal system and the major changes introduced just a week before the seminar started, which was very enlightening for those present. Martha Bonnet referred to the main aspects of Colombia's regulatory system and mentioned that, due to the efforts made by the government, the country is leaving behind its violent past generated by drug trafficking and has a flourishing economy where foreign investments are rapidly increasing.

The last speakers, Marcos Palma, from Guatemala and Gabriel Lizama, from Costa Rica, spoke about the benefits of the region and focused on the similarities and differences of Central America's countries and on the incentives given to foreign investments. They also delighted us with the wonderful natural landscapes of their countries.

In conclusion, the seminar was rich in content and knowledge, in a relaxed and sociable Latin American atmosphere. As expected, the soccer world cup in Brazil was a major topic of conversation among participants; everybody made predictions, even the representative of Costa Rica, who predicted that his country would be the winner.

Thank you again to our host Eduardo Lorenzetti Marques, to his partner Alfredo Capra and all the team, to Colette Surin, from the UIA and of course to Miguel Torres Blanquez, who showed us that it is possible to organise a successful seminar in Latin America where everything works seamlessly and always made us feel at home.

Hernan ANDRADA
Second Vice President
of the UIA Foreign Investment commission
Basilico, Santurio & Andrade
Buenos Aires, Argentina
handrada@bsalex.com.ar



The UIA in Toronto

**Business Travel and Short Term Mobility: International Legal Trends
Joint UIA – AIJA seminar**

I Jacqueline R. BART

The immigration law and nationality commission of the UIA has been particularly active this year with the organization of the joint UIA and AIJA corporate immigration seminar which took place at the Hilton Hotel in the business district of Toronto on April 24-26, 2014. This seminar addressed global corporate immigration questions about business travel and short term mobility of foreign nationals. The increase in short term international labour mobility triggers responsibility for employers to ensure that short term workers/visitors, including permanent staff, have immigration permission to work or do business in the receiving country.

All industrialized countries have established national immigration laws, rules and policies designed to meet their economic, employment, social, cultural, protectionism, security and political goals. These together with extensive immigration overhauls in many jurisdictions place an onerous and costly burden on employers who must navigate the innumerable, multifarious and distinctive immigration regulations to ensure the employers and their employees, short-term or otherwise, are compliant with the immigration laws in their jurisdictions.

This well attended seminar addressed immigration short-term labour mobility rules in key jurisdictions and the most important legal issues that employers should consider when transferring personnel internationally.

At the Toronto seminar, we first addressed visitor and short term business visa applications and extensions, including what types of documents are required to obtain a visa, what exemptions are available based on nationality, anti-terrorism measures, inadmissibility, the timing and process of applying for visas and the applications of family members. We then discussed the specifics of visitors and short-term business and what type of work activities are permitted under a visitor entry. Most countries now have

introduced punitive non-compliance provisions for foreign workers and employers and these will also be addressed in this particular panel. Specific discussion regarding visas and work permits for consultants, auditors, intra company transferees, students, emergency workers and medical, sports and arts short-term entries in the third panel. This was followed by a discussion of the transition from short-term status to permanent residence. After cocktails and dinner at one of the oldest political clubs in Canada, the National Club, during the next day, the seminar focused on the employment, tax, social security, and other relocation issues that relate to the immigration and visa requirements of a temporary and/or permanent relocation.

We were delighted that the ABA Section of International Law (ABA-SIL) was a cooperating entity for this conference. A large number of UIA members attended and/or spoke at the seminar.

The Presidents of the UIA, AIJA, ABA-SIL and IPBA attend this event along with Stephen Cryne, the President of ERC Canada who spoke on foreign worker global strategies. The seminar provided an excellent opportunity for UIA members to meet colleagues of the various international bar associations including the UIA, AIJA, IPBA and the Section of International Law of the ABA and the Ontario and Canadian Bar Associations.

In addition to this seminar, the immigration law and nationality commission has formed a number of sub-committees, including the newsletter committee, publications committee, membership committee, social events committee, congress topics/presentations committee and a seminar committee. We have several active members in our commission that deserve appreciation for their contributions including Rayan Houdrouge, Laura Devine, Clayton Cartwright, George Akst, Laura Danielson and Tiago Marreiros Moreira.

Keynote speakers and top immigration



speakers at our Toronto seminar included: Anita Schläpfer, President of AIJA; Stephen Dreyfuss, President of the UIA; Stephen Cryne, President and CEO of Canadian Employee Relocation Council; Gabrielle Buckley, Chair of the American Bar Association, Section of International Law; Alexandre Pirotte, Vice President of the AIJA international business law commission; Jacqueline Bart, President of UIA immigration law and nationality commission; Laura Danielson; Karolina Schiffter; Edward Carroll, Mercedes Balado Bevilacqua; Laura Devine; Ellen Yost; Stephane Coulaux; Herve Linder; Firuza Ahmed; Martin Nebeling; George Akst; Carrie Wright; Antonio E. Arenas Lopez; Katie Malyon; Carlos Molino Diez; Yoav Noy; Malini Skandachanmugarasan; Mark Mancini; Enrique Arellano; Grace Shie; Rayan Houdrouge; Bruno Blanpain; Sachka Stefanova-Behlert; Nancy Shapiro; Johan Lubbe; Catherine Nicholson; Daniel Lehmann; Leon Rodriguez; and Clayton Cartwright.

Jacqueline R. BART
President of the UIA Immigration Law
and Nationality Commission
Bart Law Canadian Immigration Barristers
& Sollicitors
Toronto, Canada
bart@bartlaw.ca



L'UIA au Luxembourg

SEPTEMBER

19-20,
2014

**Vers une nouvelle réglementation européenne
en matière de protection des données personnelles : enjeux juridiques et pratiques**

■ Alain GROSJEAN

La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) n'ouvre ses portes à des séminaires qu'à de très rares occasions. Cette prestigieuse institution située sur le plateau du Kirchberg à Luxembourg a, cependant, permis à la commission vie privée et droits de l'homme numérique de l'UIA d'organiser un séminaire sur la protection des données dans la grande salle d'audience de la CJUE. Avec deux arrêts retentissants dont celui du 8 avril 2014 qui invalide la directive 2006/24/CE sur la conservation des données et un arrêt du 13 mai 2014 qui consacre un droit à l'oubli pour les moteurs de recherche, la CJUE s'impose en gardienne de la protection des données.

La protection des données personnelles n'a jamais été autant au cœur des préoccupations européennes et mondiales. La réforme européenne de la protection des données en cours d'élaboration a suscité des débats passionnés au Parlement européen. Ce qui démontre l'intérêt croissant que suscite la matière. Les objectifs de cette réforme sont multiples et parfois difficiles à concilier.

Les responsables de traitement, les délégués à la protection des données, les services de compliance, les responsables de la sécurité des systèmes d'information, les juristes et avocats doivent se préparer à cette réforme d'envergure et aux changements qu'elle entraîne. D'autant plus que la proposition de règlement prévoit de lourdes sanctions administratives en cas de non respect.

Les enjeux sont essentiels. Au cours du séminaire, nous offrirons une approche aussi bien juridique que pratique sur les principales évolutions des règles existantes afin d'aider les entreprises et les juristes à mieux les appréhender.

Le séminaire aura lieu sous le Haut Patronage de M. Xavier Bettel, Premier Ministre du Luxembourg et sous celui de M. Vassilios Skouris, Président de la Cour de Justice de l'Union européenne. La présidente du Groupe 29, Mme Isabelle Falque-Pierrotin et M. Paul Nemitz de la Commission européenne, introduiront le séminaire.

Les thèmes suivants seront abordés :

■ I. Droits fondamentaux et jurisprudence européenne

Le Président du Tribunal de l'Union européenne, M. Marc Jaeger, modérera la session. Monsieur Valerio Agostino Placco, CJUE, traitera de la jurisprudence de la Cour relative à la protection des données. Mme Loredana Tassone, abordera la jurisprudence de la CEDH.

■ 2. Champ d'application territorial du règlement et transfert de données

Seront abordées les questions délicates du champ d'application territorial de la législation européenne en matière de protection des données et du transfert des données dans les pays tiers. La session sera modérée par Mme Marc Gallardo Meseguer, Lexing – Espagne.



M. le Juge Marko Ilešić, CJUE, interviendra aux côtés de M^e Jean-François Henrotte, Philippe & Partners, pour les perspectives européennes et de M^e Christopher Mesnooh, Field Fisher Waterhouse, pour les perspectives américaines.

3. Comment les droits de la personne concernée sont-ils renforcés?

Cette session abordera la façon dont le projet de règlement renforce les droits existants et quels sont les nouveaux droits qu'il édicte.

M^e Christiane Feral-Schuhl, ancien Bâtonnier du Barreau de Paris, modérera cette session. M^e Elisabeth Thole, Van Doorne, traitera du droit à l'information ainsi que de la sécurité des données. M^e Alain Grosjean, Bonn & Schmitt, traitera des enjeux du profilage. Les délicates questions du droit à l'oubli devenu le droit à l'effacement, le droit à la portabilité seront également traitées.

4. Banque, paiement en ligne et protection des données personnelles

Cette session abordera à la fois les problématiques liées à l'obligation de sécurité mais aussi la question de la prévention de la fraude et des impayés dans le secteur bancaire et du e-commerce.

La session sera modérée par Mme Myriam Quemener, avocat général près la cour d'appel

de Versailles, spécialisée en cybercriminalité. M^e Nathalie Metallinos, Bird & Bird, traitera de la prévention de la fraude et des impayés. M. Jean-Pierre Borsa, ABBL, Luxembourg, traitera de la sécurisation des paiements en ligne et méthodes alternatives de paiement.

5. La protection des données bancaires en cas d'exception au secret bancaire

Les données bancaires non considérées comme des données sensibles par la législation européenne doivent pourtant faire l'objet d'une protection particulière.

La session sera modérée M^e Alex Schmitt, Bonn & Schmitt. M^e Lionel Noguera, Bonn & Schmitt, présentera les défis de l'échange de renseignements en matière fiscale incluant l'échange automatique. Mme Laurence Cauwel, BIL, présentera le secret bancaire et la communication des données en matière d'échange d'informations sur demande en matière fiscale. M^e Rosario Grasso, Kleyr Grasso, interviendra sur la protection des données bancaires dans le cadre de la coopération policière et judiciaire.

6. Nouveau défi de compliance pour les entreprises : vers une responsabilité accrue

Cette présentation permettra d'expliquer le nouveau principe d'*accountability* prévu par le

projet de règlement. M. Gérard Lommel, Président de la CNPD (Luxembourg), présentera la responsabilité des entreprises face aux nouvelles technologies. Mme Sophie Nerbonne, CNIL, présentera le nouveau rôle des autorités de contrôle.

7. La protection des données en pratique

Face aux exigences de responsabilité qui s'annoncent, les professionnels devront avoir une approche rationnelle et globale en matière de protection des données.

Cette session, qui sera modérée par M^e Georgia Skouma, Deloitte, aura pour objectif de leur donner des conseils pratiques. De grandes entreprises comme Microsoft, Google, Euroclear discuteront de leur approche de la réforme.

Le séminaire aura lieu en français avec une traduction simultanée en anglais.

Pour plus de détails, consultez le site de l'UIA: www.uianet.org.

Alain GROSJEAN

Bonn & Schmitt

Luxembourg, Luxembourg

agrosjean@bonnschmitt.net



19-20 septembre 2014
Vers une nouvelle réglementation européenne en matière de protection des données personnelles : enjeux juridiques et pratiques


Inscrivez-vous sur
www.uianet.org



The UIA in Athens

SEPTEMBER

12-13,
2014

**Drafting Effective International Sales,
Agency and Distribution Contracts**

| **Fabio BORTOLOTTI**

A growing number of companies is expanding its activities beyond national boundaries and is faced with issues of negotiation and drafting of international contracts. In fact, even within a "common" market like the European Union, relevant laws differ from country to country and businesses selling to other countries are forced to deal with complex issues arising in the context of international contracts.

A seminar-workshop in international commercial contracts will analyse the basic issues of cross-border contracts with reference to three types of contract more commonly used by those who approach a foreign market (sales, commercial agency and distributorship) and, at the same time, focus on the drafting of the more commonly used

clauses. The seminar intends to give participants a clear overview of the basic principles governing international contracts and will feature 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 who have both a high-level profile and practical experience in drafting and negotiating international contracts has been selected.

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

The main arguments discussed during the seminar will be:

International sales contracts. General conditions of sale and negotiation of clauses. Non conformity. Limitation of liability. CESL.

Agency and distribution contracts. Occasional intermediaries. Protection of agents in the EU. Limiting claims by agents and distributors.

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





The UIA in Thessaloniki

SEPTEMBER

26-27,
2014

The World Forum of Mediation Centres

■ **Zoe GIANNOPOLOU**

This World Forum of Mediation Centre is organised by the UIA Mediation and Conflict Prevention commission with the support of the Thessaloniki Bar Association and the Thessaloniki Chamber of Commerce and Industry.

The World Forum of Mediation Centres was created in 2001 by the Mediation and Conflict Prevention Commission of the UIA. It brings together the most important commercial mediation practitioners and ADR centres from around the world and offers an occasion to exchange views on the development of ADR and best practices. The city of Thessaloniki, in the northern part of Greece, will host the 20th meeting of the Forum since its creation.

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

We are confident that the Forum will stimulate your thinking and provide experienced and new practitioners and experts with opportunities to discuss, engage and extend their thinking with new ideas and tools that can be applied across this diverse sector.

The detailed programme includes the highly topical subject of mediation and bankruptcy, policy measures and compulsory mediation; as Greek mediators are mainly lawyers, the all important topic of how to shift from lawyer to mediator. In addition, experienced lawyers/mediators will share their advice on practical strategies for starting business out of mediation. In keeping with current practices, there will be a session on mediation within banks, insolvency

and stock market listed companies. There will also be an interactive session on the topical mediation subject of the Greek psychology of conflict, the way Greek people respond to conflict and accordingly ways of dealing with the Greek mentality. The Forum meeting will be concluded as always with the Mining the Minds session, whereby experienced mediators answer any and all questions submitted by the delegates and the usual topics of news from the Centres/ and future business of the Forum.

Almost as important as the more formal parts of the Forum are the social events which have become an integral part of the programme. This year's social programme commences with a cocktail party on the evening of Thursday, September 25, hosted by the Chamber of Commerce and Industry and its President Mr Bakatselos on the roof garden of its premises, continuing with what promises to be an exceptional dinner and dance at the "B" restaurant of the Byzantine Museum, hosted by Thessaloniki's Bar Association and its President Mr Valergakis and ends with an optional dinner on the Saturday, in a sophisticated fish tavern.

The social events not only allow an opportunity for those regular participants to catch up but also are an excellent opportunity for all to network and meet representatives from the leading mediation centres.

Thessaloniki has a great number of monuments that everyone can visit during their spare time. The programme of the Forum is formatted in such a way so that you can experience the wonderful sights of the host city.

The historical profile of Thessaloniki, which began in the Hellenistic era and has continued uninterrupted to the present day, is mainly linked to its Byzantine life. The walled city and its monuments can reasonably be called an open Byzantine Museum. All city monuments, Byzantine, Post-Byzantine and Ottoman – have been declared as historical landmark

monuments. Fifteen of the Early Christian-Byzantine monuments were included in the Unesco World Heritage List in 1988. On Saturday afternoon an optional private tour is organised, for those who are interested, to the above monuments.

A further optional excursion will be organised on Sunday morning to Vergina, the capital of the Macedonian State (until about 400 B.C.) The city was surrounded by a triangular wall; today, there are still imposing ruins of the ancient palace and theatre below the acropolis, as well as the foundations of Hellenistic residences and part of the wall.

For those who may have more days and extend their stay in Greece, there is always Mt. Athos, a self-governed peninsula in Greece that is home to 20 monasteries and some 2,000 monks. Since the 9th century, every single day, 1,000 divine liturgies are being celebrated on the peninsula of the Christian Orthodoxy. There is the only parliament on the face of the earth that has been continually in session since the 10th century.

Apart from the professional and the social programme, the beauty of Thessaloniki and the hospitality of the host committee will make this a memorable, not-to-be-missed event.

Please go to www.uianet.org/en/événements/ forum to find out further details and book your place now, including hotel accommodation.

On behalf of the Organising Committee, we extend to you a warm welcome and we look forward to seeing you in Thessaloniki in September 2014.

Zoe GIANNOPOLOU
Nemesis Law Office
Thessaloniki, Greece
zgiannopoulou@yahoo.com



L'UIA au féminin, ça existe !

Petit-déjeuner des femmes au New York City Bar – 29 mai 2014

I Françoise HECQUET

Depuis notre congrès de Dresde en 2012, les femmes de l'UIA ont pris l'habitude de se réunir à l'occasion de chaque congrès, mais également de chaque réunion du Conseil de Présidence, afin d'échanger et d'améliorer la connaissance qu'elles peuvent avoir de leurs activités professionnelles respectives.

De petit-déjeuner informel, ce rendez-vous est également devenu réseau, animé grâce à l'aide précieuse du Centre UIA.

Nous avons ainsi créé un sous-groupe sur LinkedIn intitulé *UIA Women's Network*, accessible depuis notre groupe de discussion principal *UIA – Bringing together the World's Lawyers* que vous êtes invitées à rejoindre ou dont vous allez recevoir les invitations.

L'objectif est bien sûr de réseauter entre nous mais pas seulement...

L'idée est d'ouvrir notre réseau à des non membres de l'UIA, essentiellement des juristes d'entreprises, magistrats, professeurs de droit ou responsables d'associations ou de réseaux professionnels afin de les intéresser à nos travaux et de susciter l'envie d'y participer en adhérant à notre association.

Nous venons de recevoir les premières réponses positives aux invitations qui ont été envoyées et nous vous encourageons à communiquer au Centre UIA le nom de vos contacts.

Outre ce réseautage, nos réunions à venir seront consacrées à des rencontres avec des femmes professionnelles d'excellence ou des personnalités dont le travail ou les actions sont en accord avec les objectifs et les intérêts de l'UIA.

Ainsi au cours de notre réunion de New York qui était co-organisée par l'ABA – Section of International Law, nous avons pu faire la connaissance de Yasmeen Hassan, directrice



Yasmeen Hassan, Directrice exécutive, Equality Now

d'Equality Now qui nous a présenté l'association qu'elle anime et qui est active dans plusieurs pays du monde. Depuis 1992, Equality Now lutte contre les violences et les discriminations faites aux femmes, notamment via un réseau constitué d'avocates.

Elle les invite à détecter et signaler les dispositions qui, dans les législations de leurs pays, sont discriminantes et met en place des actions de nature à les supprimer.

L'association travaille également au renforcement des normes et des mécanismes de protection des droits des femmes, et plus récemment des adolescentes, en conduisant notamment des recours au niveau international.

Elle construit des partenariats avec des groupes de protection des droits des femmes et rend ses actions visibles grâce à des campagnes de communication qui ont pour but de sensibiliser l'opinion publique.

Son travail se divise en quatre programmes:

- Discrimination devant la loi¹ ;
- Violences sexuelles² ;
- Mutilations génitales³ ;
- Traite des femmes et des filles⁴.

Nos prochaines réunions auront lieu à Athènes, où le Conseil de Présidence se réunira le 13 septembre 2014. Nous devrions évoquer la médiation. Puis à Florence, petit-déjeuner au cours duquel nous rencontrerons des personnalités intervenant dans le domaine de la mode.

N'hésitez pas à nous rejoindre et à inviter vos contacts à participer à nos discussions sur le Net!

En savoir plus: uiacentre@uianet.org.

Françoise HECQUET
Conseiller du Président de l'UIA
Avocat à la Cour
PHPG Société d'avocats
Paris - France
fhequet@phpg-avocats.com

¹ www.equalitynow.org/fr/discrimination-loi

² www.equalitynow.org/fr/violences-sexuelles

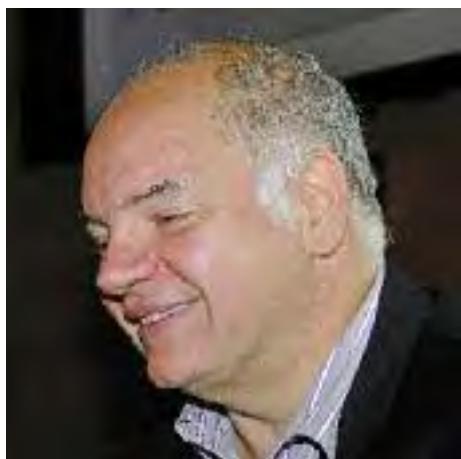
³ www.equalitynow.org/fr/mgf-fr

⁴ www.equalitynow.org/fr/traite



12-13 mai 2014 • Paris, France

Comment gérer avec efficacité la communication, le marketing et le management dans les cabinets d'avocats de petite et moyenne taille.



Pippa Blakemore & José Antonio Miguel Neto

Dans le cadre de ses sessions de formation avancée, l'UIA a eu le privilège de compter sur l'expertise de Pippa Blakemore et de José Antonio Miguel Neto pour animer deux journées complètes sur la gestion efficace de la communication, du marketing et du management des cabinets d'avocats.



Retour sur les points forts de la formation avec quelques participants

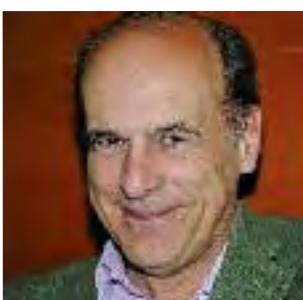
L'utilité de cette formation est incontestable. Ce sont des informations que je ne peux trouver dans les livres, et cela donne une touche spéciale à la formation.

J'ai apprécié que les slideshows soient accessibles aux participants sur votre site internet. Ainsi, je peux les consulter une fois de retour.



Anh Thu D.Tran
Barrister & Solicitor - Avocate
Montréal • Canada

Les points forts de cette formation sont la qualité des intervenants et les contacts avec les confrères.



Côme Idrac
Idrac et Associés, Avocats
Paris • France



Miguel Faria De Bastos
Faria De Bastos & Associados
Luanda • Angola

Sometimes, we think that we know a lot of things, and that there's no more to learn, but here, I have learned new things.

Esta formación tiene un aroce muy amplio que permite sacar ventajas. Me hice miembro hace dos semanas, pero ahora me gusta mucho, y quiero ir al congreso de Florencia en octubre.



Pedro Angel Peña Bello
Nummaria
Madrid • España



Katarina Karlsson
Advokatfirman Allians
Karlstad • Sweden

In order for a law firm to grow and prosper, I think it is useful to take the time to learn about marketing and management of the firm. The training team has created a relaxed atmosphere which encourages participation from the lawyers attending the course.

L'UIA prévoit une nouvelle édition de cette formation en 2015. Surveillez le programme sur notre site Internet www.uianet.org !

58th Congress FLORENCE

October 29 - November 2, 2014

INTRODUCTION

Bruno Micolano is President of the Florence Congress. A lawyer in Bologna for 44 years, he has been a UIA member since 1990.



Involved in the association for many years, he was President of the Family Law Commission between 2003 and 2007, Counsellor to the President between 2008 and 2009, before becoming, since 2010, Deputy Director of the Human Rights and Protection of Lawyers Department.

► Why is Florence an ideal location for international lawyers?

The international reputation of Florence is well known and is part of not only Italian but also of European history. The development of arts and sciences has always found fertile ground in Florence.

Since medieval times, the Florentines have always ascribed a great deal of importance to trade and industry, and the very concept of the Renaissance was born in this area.

The Renaissance was then exported all over the world, and, as everyone knows, trade flourished together with art. Over the centuries, the Florentine banking system, necessary for trade and industry, has had an equally strong, globally oriented development.

It is clear that in such a historical context, the Florentine legal profession has always given much more attention to international relations than it has in any other part of Italy. Colleagues from around the world will thus have a unique chance to meet their Florentine counterparts, with whom it will be easy to build new relationships or strengthen old ones. Those who do not have international experience will have an opportunity to meet colleagues gathered together in an easy-to-reach location and will realize that, in today's world, the legal profession must have an international dimension.

PROGRAMA CIENTÍFICO

- Más de 1.000 participantes
- De 80 países
- 300 ponentes de renombre internacional
- Más de 20 sesiones de trabajo de las comisiones y de los grupos de trabajo de la UIA
- 10 sesiones conjuntas de comisiones
- Cuatro reuniones especiales:
 - Foro de Despachos de Abogados
 - Senado Internacional de los Colegios de Abogados
 - Sesión especial para los Jóvenes Abogados
 - Sesión UIA-ABA

SANTA MARIA DEL FIORE

Cathédrale de Florence, le "Duomo" est l'une des plus grandes structures architecturales de son époque. Elle fait 153 mètres de long et la base de la coupole fait 42 mètres de large. Elle a été construite en 1296 par Arnolfo di Cambio et est l'un des nombreux symboles de la ville.

LA TOSCANE

D'une superficie de 23 000 km², la Toscane est bordée au nord par la chaîne montagneuse des Apennins et par les Alpes apuanes, et est traversée d'est en ouest par la rivière Arno.

Divisée en 10 provinces, la Toscane regorge de richesses culturelles et d'édifices majestueux.

C'est en Toscane que débuta la Renaissance (fin xv^e - début xvi^e siècle), période de grande prospérité économique et artistique. C'est grâce aux Médicis, grande et riche famille de banquiers, que la ville de Florence, capitale de la Toscane, s'est enrichie de trésors artistiques.

ACTIVIDADES SOCIALES

- Ceremonia inaugural y cóctel de bienvenida en el Teatro della Pergola
- Velada informal con cóctel cena en la Stazione Leopolda
- Ceremonia de clausura en el Palazzo dei Congressi
- Cena de gala en el Palazzo Vecchio
- Excursión general en Siena

REGISTRATION FEES

The UIA offers three registration fees:

- Until July 31, 2014
- From August 1 to September 30, 2014
- And from October 1, 2014

Online registration helps you save time. Register in the congress section at www.uianet.org

You can also book your accommodation and tourist activities through www.destinationplus-uia.com

ENLACES UTILES

- www.uianet.org
- www.destinationplus-uia.com
- www.firenzefiera.com
- www.florencecongressbooking.com
- www.esteri.it/MAE/EN/Ministerio/Servizi/Stranieri/IngressoSoggiornoInItalia/Visto_ingresso

MODE

De nombreuses marques de luxe ont leur siège à Florence : Gucci, Emilio Pucci, Ermanno Scervino, Ferragamo pour les plus connues. Vous trouverez tous ces grands créateurs sur la Via dei Tornabuoni.

L'un des lieux incontournables préférés des touristes est le Marché de San Lorenzo qui se situe dans le centre historique de la ville. C'est le marché le plus important de Florence, où vous trouverez des souvenirs et articles uniques. Vous y achèterez des articles de cuir typiquement italiens.



DESAYUNOS ESPECIALES

La UIA organiza este año dos desayunos especiales. El desayuno encuentro de las mujeres UIA-ABA promueve los intercambios y las encuentras entre mujeres abogadas.

Destinados exclusivamente a los nuevos participantes en el congreso, el desayuno "first-timers" les permitirá desarrollar sus redes internacionales.

ABA/UIA WOMEN'S
NETWORKING
BREAKFAST

ART

The world's most famous works of art are located in Italy, half of them in Florence: the original Renaissance sculpture of David, created between 1501 and 1504, is located in the Museo dell'Accademia on the Piazza San Marco. You will find a reproduction of this statue in front of the Palazzo Vecchio.

GASTRONOMY

One of the most popular desserts is the cantucci or cantuccini: almond biscuits served with a glass of Vin Santo, a traditional Tuscan wine (The Holy Wine).



GENERAL EXCURSION IN SIENA

To end your stay, discover the universally known city of Siena, in the middle of the beautiful Tuscan countryside. During the General Excursion, you will be able to visit the most famous monuments such as the Duomo, and the Historic Center of Siena, listed as a UNESCO World Heritage Site.

EXCLUSIVITÉ UIA !

Parmi les nombreuses activités proposées pour les accompagnants, ne manquez surtout pas la visite de la Galerie des Offices. En exclusivité pour UIA, vous aurez la chance de parcourir le Couloir Vasari, couloir privé d'un kilomètre abritant une collection d'œuvres d'art issues de la Renaissance.

PRIX TRARIEUX

This year, the UIA has the honor of welcoming for the first time, the Ludovic Trarieux award, during its 58th congress. This international human rights prize, created in 1984, is the oldest award to lawyers by lawyers.

ACTIVIDADES DEPORTIVAS

El comité local italiano le propone este año varias actividades deportivas. Si quiere disfrutar de su tiempo libre sin perder ninguna de las sesiones del congreso, no dude en inscribirse en las numerosas y variadas actividades deportivas: torneo de golf, fútbol, footing, tenis...

MINI SITE WEB DE FLORENCE

Suivez l'actualité du congrès en direct ! Pour la première fois cette année, l'UIA dispose d'un mini site Internet dédié au congrès. Vous pourrez consulter le calendrier de l'événement : les orateurs, les lieux et dates des sessions, ainsi que les rapports du congrès.

1. What is the biggest challenge that you are facing with regard to the organisation of the Florence congress?

As President of the local Italian Organising Committee, my main challenges are coordinating the efforts of the numerous members of the committee (28!), ensuring that the main theme and possibly the working session themes are somehow "connected" with the City of Florence and with Italy in general - it is certainly not by accident that the main theme "Protecting creativity: the law of art , fashion and design" is very closely connected with Florence. I am very grateful to all the Commission presidents who have agreed to link the scientific topics with the city hosting the Congress. The Congress is the most important international legal event in Italy and in Europe because of the high quality of the sessions, and we will be using the best technological means to ensure that all the scientific reports and materials are available to all participants. They will be able to download them in the Congress Centre directly on their iPads, portable computers and smartphones.

We are working to prepare a very special and personal welcome in the City of Florence, with "Welcome Desks" placed at the airport and at the Santa Maria Novella train station, and with very special initiatives aimed at allowing participants to visit Florence while not missing any of the scientific sessions - we are arranging "early morning activities" consisting of jogging or sightseeing tours to different historical and artistic venues every morning and purchases at the old central market. The accompanying persons' programme is very dense, and includes, in addition to the very traditional tours of the arts and history of Florence, a special tour on the traces of the Inferno by Dan Brown. We have included in the programme a golf event and a tennis tournament, and of course the traditional football match which will take place in the headquarters of Italy's national football team.

ORGANISING THE UIA CONGRESS



An interview of Carlo Mastellone,
President of the Organising Committee

2. You are supported by an organising committee. What are their tasks?

I am supported by a very proactive organising committee of 28 members, 10 of whom are based in Florence, while the others operate in other cities throughout the country (Bologna, Milan, Rome, Turin, Naples, Verona...) to ensure that this is a truly Italian Congress. Each member or group of members has a specific task; some are dedicated to specific events, others to specific sponsors or institutions, to communication, welcome and transportation, visas and consulates, continued legal education ... I am impressed by how active each member is! We are also supported by a team of a dozen young lawyers who will be in charge of coordinating events during the Congress.

**3. A Local Organising Committee
President task is daunting. How do you combine this with your professional life?
And what are the rewards in your opinion?**

I am accustomed to carrying pro-bono activities for the UIA. As former director of seminars, and current director of training and legal education, being President of the local OC is a very exciting task although I must admit it is also quite time-consuming. I am not looking for any particular reward, I simply hope that the participants will enjoy the Congress and the city!

4. Lawyers from around the world will come to Florence, hoping to meet an important delegation of Italian lawyers. What are the characteristics of the legal profession in Italy?

The Congress will offer a very special educational and social opportunity for Italian lawyers to meet foreign lawyers from all over the world, to discuss and exchange views, to improve their knowledge on other legal systems and on the legal profession in general. The great majority of legal professionals today in Italy are still independent practitioners; networking within the UIA will be a great opportunity for them.

5. What are you planning to propose the Florence congress participants that would make the Florence congress really special?

The four planned social events are all extremely special – the opening ceremony in the Pergola theatre with a very special keynote speaker – architect Massimiliano Fuksas, one of the most renowned Italian architects who has worked almost everywhere in the world – and the special concert by the Fiesole music school orchestra; the informal evening at the Medici Leopolda Station; the Gala Dinner in the Salonedei 500 in the Palazzo Vecchio; the excursion to Siena to visit the Museo di Santa Maria della Scala... The program is very ambitious

**6. Florence is a very attractive city.
Which would you recommend that participants visit?**

Besides the well-known museums of Pitti (the Silver Museum in particular), the Uffizi, the Academy Gallery (with Michelangelo's David) and the Bargello , the "musts" include the Church of Santa Maria Novella, the Basilica of San Lorenzo, the Basilica of Santa Croce, the Palazzo Vecchio... and here are a few additional gems: the Ferragamo Museum, the Gucci Museum, the Alinari Museum, the Strozzi - a contemporary art space in the Palazzo Strozzi – and of course ... simply strolling through the city!

PROTECTING CREATIVITY: THE LAW OF ART, FASHION AND DESIGN

The UIA 2014 Congress main theme is "*Protecting Creativity: The Law of Art, Fashion and Design*". The Art Law, Intellectual Property commission and Fashion Law working group have worked together jointly, along with other UIA officials, to organize and present this program.

The choice of this theme was strongly influenced by the city where the Congress takes place, Florence, as well as the country hosting it: Italy.

Italy and Florence are well-known for their historic and artistic wealth and heritage, among the richest in the world, for the creativity of their designers and also for being important players in the fashion industry, considered today as one significant component driving the world's economic growth.

The theme will be presented on the morning of October 30 by distinguished speakers from the worlds of art, design and fashion.

It will be introduced first by Cristina Acidini, Superintendant of the Museums of Florence. The program will then focus on efforts by countries and individuals to reclaim their cultural heritage, lost as a result of wartime and other looting, with presentations by Stefano Alessandrini, Consultant to the Minister of Cultural Heritage and the Advocate General of Italy, and Head of the Archaeological Group of Italy, and Monica Dugot, Senior Vice President and International Director of Restitution at Christie's.

We will then turn to design, considering works of artistic craftsmanship as well as industrially exploited and functional designs. We will ask whether laws go far enough to protect the creative process in design or, indeed, if it goes too far in certain respects and so curbs further creativity. Our keynote speaker will be Luisa Bocchietto of ADI (The Italian



Association of Industrial Design), but we will also consider a wide range of views from designers and legal experts.

Finally Enrico Minio, Director of the Roberto Capucci Foundation will talk about the creativity story of a fashion designer who, for more than forty years, has created unique haute couture dresses and at the same time real pieces of art. Raffaello Napoleone, CEO of Pitti Immagine, will then talk about the fashion industry as a global business and the need to protect its creative R&D investments as well as how it involves important human rights issues that go to the heart of conducting business in an ethical way.

The issues raised by the main theme will then be further explored at the joint all-day program run by the three commissions on October 31. Experts and lawyers from the fields of art law, intellectual property and fashion law will analyse in depth with a focused legal technical approach in which ways the cultural heritage and creativity in design and fashion are protected in the different geographies.

Attending the main theme session will be a unique occasion for international lawyers to get closer to the creativity processes in Art, Design and Fashion as well as to better understand the available legal tools to protect it.

Fabio MORETTI
President of the UIA Fashion Law Working Group
Moretti Burgio
Milan, Italy
moretti@morettiburgio.eu

This article was written with the contribution of Howard Spiegler, President of the UIA Art Law commission, and Ian De Freitas, President of the UIA Intellectual Property commission.

DIRECTION GÉNÉRALE



Directeur Administratif



Marie-Pierre RICHARD

mprichard@uianet.org

- Diplôme de l'École Supérieure de Commerce (ESC) Clermont-Ferrand (France)
- Diploma of the Institute of Marketing – Watford (United Kingdom)

Marie-Pierre est le directeur du Centre UIA. Elle est responsable de la gestion administrative, financière et humaine de l'UIA ainsi que des relations avec le comité de direction et le Président. Elle est également en charge de la gestion des publications de l'association. Elle participe aux réunions du comité de direction et du conseil de présidence qui ont lieu dans le monde entier environ toutes les six à huit semaines à l'occasion de séminaires ou du congrès annuel. Chaque année, l'élection d'un nouveau Président apporte un enrichissement supplémentaire et de nouveaux défis à sa fonction.



Assistante de Direction



Anne-Marie VILLAIN

avillain@uianet.org

- Master de langues étrangères appliquées (LEA) – Université Paris IV – La Sorbonne (France)

Anne-Marie est l'assistante de direction quadrilingue (français, anglais, espagnol et portugais) de Marie-Pierre Richard. Elle collabore au suivi de l'activité générale de l'association, s'occupe notamment de l'organisation des réunions institutionnelles, du Sénat International des Barreaux et des relations avec les officiels. Elle gère le suivi de l'agenda du Président et collabore à la préparation des publications telles que le Juriste International et l'Annuaire. Sa fonction est une source d'enrichissement tant professionnel et personnel. Elle apprécie les actions droits de l'homme de l'UIA et les nombreux contacts avec des avocats de haut niveau du monde entier.

ÉVÉNEMENTS



Coordinateur Événements – Congrès



Sabine DAVID

sdavid@uianet.org

- BTS Vente et Production Touristiques – Lycée Charles de Gaulle Compiègne (France)
- Licence Hôtellerie / Tourisme option distribution touristique – Université Paris I – Panthéon Sorbonne (France)

Sabine occupe la fonction de coordinateur événements depuis 2009. Elle est responsable de l'organisation des congrès annuels de l'UIA, dont elle assure toute la préparation en amont, la gestion de leurs budgets et la logistique sur place. Pour ce faire, elle travaille quotidiennement avec de nombreux acteurs de l'événementiel et des prestataires de services spécialisés. La grande variété et l'intérêt des missions qu'elle assume rendent son poste particulièrement passionnant et enrichissant.



Coordinateur Événements – Séminaires



Colette SURIN

csurin@uianet.org

- BTS Vente/Production touristiques – Lycée Sainte Croix – Saint Euverte – Orléans (France)
- Licence hôtellerie / tourisme option distribution touristique – Université Paris I – Panthéon La Sorbonne (France)

Colette est responsable de l'organisation des séminaires et formations de l'UIA. Elle s'occupe de toute la partie logistique et budgétaire des événements et gère les relations avec les prestataires de services. Amenée à voyager régulièrement pour s'assurer du bon déroulement des séminaires, Colette apprécie le côté international de son poste et la rencontre avec les participants aux événements de l'association.



Secrétaire Événements



Tiphaine DEYGAS

tdeygas@uianet.org

- Licence langues étrangères appliquées (LEA), Université de Stendhal, Grenoble (France)
- Master Management et Développement du Tourisme, IAE Chambéry (France)

Toute récemment intégrée à l'équipe en mars 2014 au poste de secrétaire événements, Tiphaine travaille avec Sabine David sur les congrès. Outre les tâches quotidiennes de secrétariat: standard, courrier, etc., elle gère les relations avec les orateurs du congrès, les inscriptions de tous les participants, la tenue à jour des informations sur le site Web, et les relations avec certains prestataires. La polyvalence de son poste est une source d'apprentissage au quotidien.



Secrétaire Événements



Lucile BOILLE

lboille@uianet.org

- BTS Animation et Gestion touristique locale, Lycée Sainte-Ursule de Tours (France)
- Master Management des Services et du Tourisme, Sup de Co La Rochelle (France)

Lucile a rejoint l'équipe en mai 2013. Elle travaille au poste de secrétaire événements pour lequel elle gère les tâches administratives courantes qui permettent d'assurer la bonne marche des services. Très investie sur les séminaires et les formations, elle assiste Colette Surin dans l'organisation logistique et les inscriptions aux événements.

L'équipe du Centre UIA à votre service

Tél. +33 1 44 88 55 66
Fax. + 33 1 44 88 55 77
E-mail: uiacentre@uiianet.org
Site Web: www.uiianet.org

DROITS DE L'HOMME ET DE LA DÉFENSE / INDÉPENDANCE DE LA PROFESSION



Assistante Projets Droits de l'Homme et de la Profession d'Avocat



Romina BOSSA ABIVEN

rbossa@uiianet.org

- Diploma de Abogado, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Cuyo (Argentina)
- Master 2R Sociétés contemporaines comparées Europe-Amérique latine – Institut des hautes études de l'Amérique latine à Paris III (France)

En soutien de la direction droits de l'homme et de la défense, Romina travaille sur le suivi des dossiers que soutient l'UIA: recherches préalables, préparation de courriers, organisation de missions. En matière d'Indépendance de la profession et d'État de droit, elle se tient informée des nouvelles législations nationales ou internationales sensées garantir l'exercice du métier d'avocat partout dans le monde. Romina apprécie les contacts enrichissants qu'elle noue avec les membres de l'UIA ou avec les personnes qu'elle rencontre lors de colloques spécialisés sur les thématiques qui la concernent.

COMMUNICATION, WEB & DÉVELOPPEMENT



Chargée de Communication et Site Web



Marie-Pierre LIENARD

mplienard@uiianet.org

- Master de Communication Internationale – Institut d'Administration des Entreprises – Lille (France)
- Magistère des Relations Internationales – Université Paris I – Panthéon La Sorbonne (France)

Marie-Pierre est responsable de la communication de l'UIA. Elle met en œuvre les stratégies envisagées, gère le site Internet et la promotion des événements. Elle se déplace à l'occasion du congrès et d'autres événements afin de renforcer la notoriété de l'association. Elle gère les contacts avec la presse internationale. Au Centre UIA, elle apprécie l'ambiance multiculturelle et suit avec attention les actions droits de l'homme, auxquelles elle est très sensible.



Coordinateur Développement et Partenariat



Noelia ALONSO MORÁN

nalonso@uiianet.org

- Master en direction de communication et relations publiques – European Communication School (France) & ESERP Business School (Espagne)
- Postgrado en gestión de eventos – Universidad de Barcelona (España) & George Washington University (USA)
- Diplomatura en Dirección de Empresas Turísticas - Universidad de Oviedo (España)

Grâce à sa maîtrise des langues, Noelia est parfaitement à l'aise pour travailler à l'international. Un avantage dans sa fonction puisque l'un de ses rôles est d'entretenir des contacts avec les membres de l'UIA venus du monde entier et d'en recruter de nouveaux. En plus de cette mission, elle travaille sur les offres de partenariats commerciaux d'organisations et d'entreprises privées. Lors du congrès, elle a la charge de la zone d'exposition et du stand de l'UIA.

SERVICES GÉNÉRAUX



Responsable Comptabilité



Felix MARQUES

fmarques@uiianet.org

- BTS Comptabilité/Gestion – Institut Supérieur de Commerce des Yvelines – Saint Quentin en Yvelines (France)

Felix est le responsable comptabilité de l'UIA. Il gère les moyens généraux du Centre UIA, du personnel à la maintenance des locaux et de l'informatique. Il participe au congrès annuel afin de simplifier les procédures de gestion des inscriptions des participants. Son poste lui permet également de rencontrer régulièrement au cours de l'année les membres qui se déplacent au Centre UIA pour régler leur cotisation. Ce contact privilégié compte beaucoup dans son poste et la diversité des missions qu'il assume est également très stimulante.



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





National Human Rights Institutions and Business and Human Rights



| Claire METHVEN O'BRIEN & Nora GOTZMANN

"(The UN Human Rights Council) Welcomes the important role of national human rights institutions established in accordance with the Paris Principles in relation to business and human rights, and encourages national human rights institutions to further develop their capacity to fulfil that role effectively..."

UN Human Rights Council Resolution
A/HRC/RES/17/4 (2011)

Introduction

This article outlines how the mandate of national human rights institutions (NHRIs) to promote and protect human rights can apply to the area of human rights and business. It further provides examples of NHRIs' practices on business and human rights which illustrate that NHRIs are uniquely positioned to work across all three pillars of the UN's "protect, respect and remedy" framework and UN Guiding Principles.¹

NHRIs are independent institutions, established by the State, with a constitutional or legislative mandate to promote and protect human rights.² The United Nations' *Paris Principles* set out the international minimum standards concerning the status and functions of NHRIs. The Paris Principles require that NHRIs should have a broad mandate, based on universal human rights standards, and exercise a number of functions, such as advising government on human rights matters, promoting the national implementation of international human rights standards, education

on human rights and cooperating with other organisations and institutions that have responsibilities to promote and protect human rights. Institutionally, NHRIs commonly take the form of commissions, institutes, ombudsmen and public defenders' offices.

That the mandate of NHRIs extends to working on business and human rights related issues was affirmed at the 10th meeting of the International Coordinating Committee of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights (ICC), the global association of NHRIs. Held in 2010, this meeting concluded in the adoption of the *Edinburgh Declaration*. The Declaration articulates ways in which NHRIs can apply their Paris Principles' mandates to work on business and human rights issues. During 2011 and 2012, the Declaration was given further effect through action plans on business and human rights adopted by the four regional networks of NHRIs in Africa, the Americas, the Asia-Pacific region and Europe.³

NHRI mandate and the UN framework on business and human rights

The role and relevance of NHRIs is explicitly identified by the UN Guiding Principles on Business and Human Rights under each of the three pillars of the UN Framework.

With regard to Pillar I of the UN Framework, the State duty to protect against business-related human rights abuses, NHRIs can monitor governments and public bodies, and also provide them with advice and guidance, for instance, by making recommendations for any required revisions of legal rules relevant to business and human rights, in the areas of corporate law, environmental regulation, anti-discrimination, land, labour and investment law, and frameworks for development assistance and export supports. As noted by the

Commentary to UN Guiding Principle 3, "National human rights institutions that comply with the Paris Principles have an important role to play in helping States identify whether relevant laws are aligned with their human rights obligations and are being effectively enforced, and in providing guidance on human rights also to business enterprises and other non-State actors."⁴

Under Pillar II, the corporate responsibility to respect human rights, NHRIs can investigate the human rights impacts of business activities, provide a platform for dialogue between businesses, victims and other stakeholders, and develop guidance and tools to support human rights due diligence by businesses. In supporting access to remedy for victims of business related human rights abuses, under the third Pillar, an NHRRI may be able itself to provide a form of non-judicial remedy through conciliation, mediation or complaints-handling. Alternatively, an NHRRI can advise the state on how to address barriers to effective access within the legal system, and conduct outreach and give advice to victims on how to secure remedy via judicial or non-judicial mechanisms.

Examples from NHRI practice

What types of activities, in practice, are NHRIs undertaking in the business and human rights field? This section provides a range of examples from across world regions.⁵

With regard to Pillar I, Finland's Human Rights Centre has provided training on human rights for the Finnish Export Credit Agency. In India, the National Human Rights Commission was asked by the Indian Supreme Court to monitor the implementation of the national act on bonded labour. The Commission accordingly constituted a group of experts and engaged in dialogue with the Ministry of Labour and other government actors to build their capacity and

understanding on bonded labour issues. In France, also in response to a request from the Government, the Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme has developed proposals for a French national action plan on business and human rights (the government's request was in turn prompted by a request from the European Commission and European Council to develop such plans directed towards all EU Member States). Also under Pillar I, the Northern Ireland Human Rights Commission has recently investigated and reported on state duties in the context of public procurement.

Concerning the corporate responsibility to respect, the Canadian Human Rights Commission and the Danish Institute for Human Rights have developed guidance and tools that can be used by companies in performing human rights due diligence. Such tools address topics including human rights risk assessment, impact assessment, and internal company capacity building on human rights and business. Other NHRIs, such as the Kenya National Commission on Human Rights, and the National Human Rights Commission of the Republic of Korea, have supported multi-stakeholder dialogue on business and human rights through roundtables and seminars, involving public authorities, the

Finally, on access to remedy, the Ghana Commission for Human Rights and Administrative Justice and the Kenya National Commission on Human Rights have undertaken independent investigations into the human rights impacts of mining activities, making recommendations to government authorities on how such impacts might be addressed and remedies for victims secured. With a similar focus, the Indonesian Human Rights Commission conducted an investigation on the human rights impacts of gas exploration activities and a resulting mudslide that destroyed homes and livelihoods of hundreds of people. The Ugandan Human Rights Commission and Peruvian Ombudsmen routinely handle individual complaints relating to labour disputes with private employers and impacts of extractive company operations on human rights. In Europe, the German Institute for Human Rights is undertaking a study to identify any obstacles to access to remedy, together with concrete reform proposals.

Also worth mentioning, collectively, at regional and global levels, NHRIs are increasingly collaborating to address transnational challenges in the human rights and business area. The European Network of NHRIs, for example, has produced guidance and minimum

Also worth mentioning, collectively, at regional and global levels, NHRIs are increasingly collaborating to address transnational challenges in the human rights and business area.

private sector and civil society actors. Some NHRIs have also applied their monitoring function to investigate and evaluate to what extent businesses are implementing human rights due diligence and meeting their responsibility to respect the human rights of workers and communities. For example, the National Human Rights Commission of Mongolia has undertaken extensive monitoring in mining-affected communities, and the Human Rights Commission of Sierra Leone has developed a set of Guidelines for Monitoring Business and Human Rights in Sierra Leone to evaluate the consistency with human rights requirements of company policies and practices across a range of areas such as human resources, land management, security, health, safety and environment, and government relations.

criteria for National Action Plans on Human Rights in the EU setting. NANHRI, the Network of African Human Rights Institutions, has developed a mapping survey on business and human rights in the African region. The ICC's Working Group on Business and Human Rights has developed formal recommendations to a range of international entities including the OECD and European Bank for Reconstruction and Development towards better integration of human rights in their policies and standards.

Conclusion

NHRIs occupy a unique position as independent public institutions with a constitutional and legal function to promote

and protect human rights. As illustrated above, NHRIs have started to apply their powers and functions owing to this unique position to support effective implementation of the three pillars of the UN Framework on Business and Human Rights and the UN Guiding Principles, at national level and beyond. While much progress remains to be made by NHRIs in fulfilling their mandate on business and human rights, the examples provided here illustrate that, with the required resources, NHRIs are capable of dynamic and innovative responses to the human rights and business agenda and the new constellation of actors, relationships and challenges to human rights it entails.

Claire METHVEN O'BRIEN

Special Advisor

Danish Institute for Human Rights

Copenhagen, Denmark

cob@humanrights.dk

Nora GOTZMANN

Advisor

Danish Institute for Human Rights

Copenhagen, Denmark

nog@humanrights.dk

¹ United Nations General Assembly, Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie (A/HRC/8/5, 7-April-2008): <http://198.170.85.29/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>. United Nations General Assembly, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie (A/HRC/17/31, 21-March-2011): www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

² United Nations General Assembly Resolution, 'National institutions for the promotion and protection of human rights' (A/RES/48/134, 4 March 1994).

³ The Edinburgh Declaration, NHRI regional action plans on business and human rights and other materials on NHRIs, business and human rights are available on the website of the International Coordinating Committee of NRHIs: <http://nhris.ohchr.org/EN/Themes/BusinessHR/Pages/Home.aspx>.

⁴ United Nations, 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework', (2011) commentary to principle 3, page 6.

⁵ Further examples of NHRI practices may be found in ICC and Danish Institute for Human Rights (C. Methven O'Brien and N. Gotzmann), *Business and Human Rights: A Guidebook for National Human Rights Institutions*, (2013, Copenhagen: Danish Institute for Human Rights), accessible via: www.humanrights.dk/publications/business-and-human-rights.



La RSE et les droits de l'homme dans les contrats de l'exploration-production pétrolière

De nouveaux défis à relever par les juristes

■ Antonio CARVALHO COELHO

The concerns relating to corporate social responsibility (health and safety of people, security of workers, protection of environment, impact on affected communities, prevention of corruption...), that may also be viewed with a human rights lens, are more and more present in the contracts of the oil & gas upstream sector: host government contracts, joint venture contracts, contracts with suppliers of goods and services.

This raises challenges for businesses and the lawyers that provide legal assistance to them: several layers of applicable rules on the same subject (local laws, laws of foreign countries with an extraterritorial reach, good oil & gas international practices, human rights international standards); potential conflicting interactions in practice between certain concerns; growing number of guidance principles and recommendations springing from multiple sources. To respond to these challenges, lawyers should make an effort to develop and update their knowledge in the legal domains covered by corporate social responsibility and the pertinent human rights international standards and guidance.

Le présent article exprime l'opinion personnelle de l'auteur et n'engage pas le groupe Total.

Les préoccupations relevant de la RSE (responsabilité sociétale et environnementale, « corporate social responsibility »), voire des droits de l'homme qui est souvent une façon de percevoir les mêmes préoccupations sous un angle différent¹, sont présentes dans les contrats les plus importants de la chaîne contractuelle du secteur de l'exploration-production pétrolière: dans le contrat d'investissement pétrolier conclu avec l'État hôte lui-même ou la société nationale (contrat de concession, contrat de partage de production); dans le contrat de « joint venture » conclu entre les sociétés pétrolières pour réaliser en commun ces activités; dans les multiples contrats conclus avec les fournisseurs de biens et services nécessaires pour réaliser les travaux de sismique, de forage, de construction des installations pétrolières...

Les dispositions contractuelles qui traitent de ces préoccupations et le cadre normatif national et international qui les entoure sont créateurs de nouveaux défis pour les juristes impliqués dans la rédaction, négociation et mise en œuvre des contrats en question.

■ Les manifestations des préoccupations relatives à la RSE et aux droits de l'homme dans ces contrats

Les domaines classiques HSE

Des clauses relatives à l'hygiène et santé des salariés, la sécurité industrielle et la gestion des impacts sur l'environnement (HSE) sont présentes déjà depuis de nombreuses années, y compris dans le contrat d'investissement pétrolier avec une référence en particulier aux lois locales en la matière et aux « bonnes pratiques de l'industrie ». Les contrats plus récents, surtout les contrats de « joint venture » et les contrats avec les fournisseurs de biens et services, vont plus loin et prévoient la mise en œuvre de systèmes de management et de plans d'action pour traiter ces préoccupations de façon efficace.

La sûreté

Le devoir de protéger le personnel contre des agressions, attentats, prise d'otages et autres atteintes à la sécurité de ce personnel fait l'objet à la fois de clauses dans les contrats relatifs aux opérations pétrolières et de contrats spécifiques destinés à mettre en place des dispositifs de sûreté. Dans un cas comme dans l'autre, les solutions contractuelles font souvent référence aux VPSHR (Voluntary Principles on Security and Human Rights)² qui cherchent à concilier cette préoccupation de protéger le personnel avec celle de faire respecter par les forces de sécurité (publiques et privées) les droits des personnes pouvant être impactées par un usage abusif de la force, principalement les communautés locales.

Le sociétal

Les dispositions contractuelles visant le développement socio-économique local sont présentes de longue date principalement dans les contrats d'investissement. Certains de ces contrats prévoient ainsi la création de « fonds sociaux » destinés à des projets non pétroliers, en général dans les domaines de l'éducation, la recherche, la santé, de construction d'infrastructures de base, etc. Par ailleurs, les contrats d'investissement dans beaucoup de pays, souvent épaulés sur ce point par les lois locales, contiennent des exigences en matière de « local content »: préférence donnée à la main d'œuvre locale et aux fournisseurs locaux, parfois avec des seuils minima très élevés.

La nouveauté en matière sociétale est l'émergence, surtout dans les contrats relatifs à la réalisation des opérations sur le terrain, de dispositions contractuelles qui visent à identifier et gérer les impacts sur les communautés locales, leur propriété, leur mode de vie et de subsistance, leurs lieux de culte, leur patrimoine historique et archéologique... On notera notamment que la référence qui était faite auparavant aux études d'impact « environnemental » est faite aujourd'hui aux études d'impact « environnemental et sociétal ».

Les droits de l'homme au travail

Les préoccupations déjà évoquées plus haut relatives à l'hygiène-santé-sécurité-sûreté du personnel s'inscrivent indubitablement déjà dans une perspective de protection des droits fondamentaux des salariés. Elles sont complétées, dans des contextes qui le justifient, par une référence aux Principes Fondamentaux de l'OIT avec le souci d'établir des standards minima en matière de conditions d'emploi et de sauvegarde d'autres droits des salariés tels les droits d'association.

La prévention de la corruption

Les clauses visant la lutte contre la corruption, principalement celle des agents publics étrangers, se trouvent aujourd'hui dans pratiquement tous les contrats du secteur. Elles deviennent chaque fois plus complexes et détaillées, en résultat de l'influence de multiples juridictions qui s'arrogent une compétence extraterritoriale en la matière.

Des nouveaux défis que les juristes doivent relever

La prise en compte dans les contrats des préoccupations RSE et droits de l'homme que nous venons d'évoquer n'est pas sans poser un certain nombre de défis aux juristes impliqués dans la rédaction, la négociation et le suivi de l'exécution de ces contrats et le même constat pourrait probablement être fait dans d'autres secteurs d'activité. Parmi ces défis, il convient d'en souligner trois ici.

Un cadre juridique de référence aux sources multiples

La première difficulté concerne l'identification du cadre juridique global applicable dans les domaines concernés. Il s'agit avant tout des normes applicables dans le pays où les activités ont lieu et qui, surtout dans les domaines HSE et du droit du travail, deviennent de plus en plus sophistiquées et détaillées. Mais des règles d'autres origines sont également à prendre en compte s'agissant plus précisément des domaines relevant de la RSE et des droits de l'homme. Les contrats de l'exploration-production prévoient ainsi systématiquement et de façon explicite l'obligation de respecter les « bonnes pratiques de l'industrie internationale ». Ils peuvent aussi faire référence à des principes et standards contenus dans certaines conventions internationales ou d'autres documents à usage international: référence, par exemple, aux principes inscrits dans les conventions internationales ou régionales en matière de lutte contre la corruption, aux standards internationaux en matière de droits de l'homme, aux VPSHR déjà mentionnés plus haut au sujet de la sûreté, etc. À ceci viennent encore s'ajouter les lois à vocation extraterritoriale que certains pays ont de plus en plus tendance à édicter et qui conduisent inévitablement à des conflits de normes et à des conflits de compétences judiciaires.

Des préoccupations qu'il faut harmoniser

Un autre des grands défis que l'on peut trouver dans la pratique est le besoin d'avoir fréquemment à concilier et à pondérer des préoccupations et devoirs qui agissent entre eux de façon interactive et pas toujours convergente. Nous avons déjà évoqué le devoir de protection des salariés en termes de sûreté, lequel doit être complété par le souci d'éviter un usage abusif de la force au détriment des droits d'autres personnes. Nous avons également évoqué la politique de « local content » donnant préférence aux fournisseurs nationaux, mais cette politique ne devrait pas être menée au détriment du respect par les fournisseurs locaux des spécifications et standards prévus dans les contrats principalement ceux en matière HSE. Beaucoup d'autres exemples pourraient être cités, puisque le traitement des préoccupations en matière de RSE et liées aux droits de l'homme demandent toujours une vision d'ensemble de ces préoccupations et leur pondération en fonction du contexte réel.

Une profusion de lignes directrices et de recommandations

Pour aider les juristes à résoudre les difficultés que nous venons de signaler ainsi que d'autres qui ne manqueront pas de surgir, le juriste dispose aujourd'hui de lignes d'orientation très abondantes. Les lignes directrices, recommandations et standards produits ces dernières années en la matière sont très nombreux, dont certains couvrent les sujets RSE et les droits de l'homme dans son ensemble³. Il faudra également prendre en considération les nouveaux documents de référence qui viennent de sortir, ou sont actuellement en phase de préparation, au sein des pays de l'Union européenne: il s'agit des Plans nationaux d'action que chaque État membre est censé publier pour mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (UNGPs). À tout cela viennent s'ajouter d'innombrables guides pratiques, souvent sectoriels⁴ ou relatifs à des domaines spécifiques comme l'environnement et la corruption. La difficulté est donc de trouver, dans cette abondance de lignes directrices, recommandations et guides pratiques les orientations les mieux adaptées aux sujets à traiter.

L'ensemble de ces défis mérite d'être relevé par les juristes, puisque les questions liées à la

responsabilité sociétale et environnementale sont devenues incontournables dans les contrats du commerce international, comme c'est le cas dans ceux du secteur pétrolier. Cela passe notamment par un approfondissement et une actualisation permanente des connaissances dans ces domaines. Cela permettra notamment aux juristes de porter un regard d'ensemble sur ces sujets, indispensable pour permettre une bonne pondération des enjeux et la mise en place de solutions contractuelles équilibrées et facilement compréhensibles pour les entreprises qui doivent les appliquer. Ils seront ainsi témoins des défis également rencontrés par des entreprises pour mettre en œuvre et respecter de façon optimale le mille feuille de normes, standards et lignes directrices en matière de RSE et de droits de l'homme et pour faire face sur le terrain à des situations très complexes dans ces domaines.

Antonio CARVALHO COELHO
Conseiller Senior
Direction Juridique EP, Total
Pau, France
antonio-jose.carvalho-coelho@total.com

¹ Cet angle vise le respect des principaux droits de l'homme internationalement reconnus qui figurent dans la Charte internationale des droits de l'homme (qui se compose de la Déclaration universelle des droits de l'homme et les principaux instruments par lesquels elle a été codifiée: le Pacte international relatif aux droits civiques et le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), auxquels s'ajoutent les principes contenus dans la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de l'OIT.

² www.voluntaryprinciples.org/

³ Les plus saillants sont en premier lieu les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (UNGPs) qui ont été approuvés en 2011 à l'unanimité par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. Les Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales servent également de référence générique pour beaucoup d'entreprises. Viennent ensuite les documents de référence préparés par les institutions de financement de projets tels les Sustainability Framework and Performance Standards de l'International Financial Corporation FC (groupe Banque Mondiale) et les Equator Principles auxquels des nombreuses banques et autres institutions de crédit ont adhéré.

⁴ Voir à titre d'exemple dans le secteur pétrolier le Oil and Gas Sector Guide on Implementing the UN Guiding Principles publié par la Commission européenne et les guides pratiques de l'IPIECA notamment celui intitulé *Integrating human rights into environment, social and health impact assessments* préparé en collaboration avec le Danish Institute for Human Rights et le Implementation Guiding Tools des VPSHR préparé en collaboration avec l'IFC, le Comité international de la Croix Rouge et l'International Council of Mining & Metals.



The International Responsibility of the World Bank in its Quest for Global Development¹

■ Ana Sofia FREITAS DE BARROS

■ Introduction

The World Bank (WB) has been for decades the development actor *par excellence*, and yet, still today, international law does not provide appropriate solutions to address the injurious human rights impacts of its activities. These may emerge, for instance, in the context of involuntary resettlement operations required by large infrastructure project lending or smaller scale programs of basic service delivery.

It should be noted at the outset that the problem is general in nature and essentially relates to the question of how to conceptualize international responsibility in this somewhat recent global governance structure whereby new actors, with international legal personality, have played increasingly powerful and influential roles globally. Needless to say, the lack of certainty as to what the international obligations of these global actors are inexorably undermines the rule of law as applied in an institutional context.

Against this backdrop, the present article attempts to devise the contours of a legal regime whereby the exercise of powers by the WB is regulated in accordance with human rights law prescriptions; responsibility is linked to its operations; and access to remedies is provided to victims of harm.

■ I. Integration of Human Rights in the World Bank's Development Mandate

As international legal persons, international organizations have the capacity to hold rights and duties under general rules of international law, the treaties to which they have acceded and their constituent instruments.² In this light, the WB can be said to be bound by international human rights norms as long as they have obtained the status of custom and general principles of law, and where an interpretation of

its Articles of Agreement (which do not define the Bank's purposes in human rights terms) so determines. It is noteworthy that the WB was mandated to serve a public purpose, namely, to serve the development needs of individuals – and it can rightly be asserted that in the exercise of such sovereign powers, which were delegated to the WB by its founders, the Bank is subjected to human rights law imperatives.

A dynamic interpretation of the WB's Articles of Agreement is therefore required, whereby a broader understanding of the concept of development is embraced, and, in particular, one that is permeable to the confluence of development with human rights. Understanding development through the lens of a human rights-based approach (hereinafter HRBA) relevantly uncovers the multifaceted nature of development, encompassing good governance in its various social, environmental, institutional and legal dimensions, including human rights protection and promotion.

While the concept of HRBA has been developed further at a programmatic level, it is of utmost importance to emphasize its legal dimension: a HRBA adds the critical notion of duty to the development discourse, and thus, its

In order to act in a way that is protective of human rights, the WB must observe due diligence standards of behaviour at all times. This international law principle introduces a general normative framework embodying a multitude of procedural measures aimed at preventing, monitoring and redressing harm. It constitutes a means of evaluating risks and opportunities, of systematically addressing issues throughout the identification, preparation and appraisal phases of projects and programmes and it allows for the needs of individuals to be taken into account when their rights have been injuriously impacted upon.

Human rights due diligence plays a particularly important role in the relationship between the WB and its borrowers, be it States or private entities, such as subcontractors, consultants, suppliers, or service-providers. The Baku-Tbilisi-Ceyhan (BTC) Oil Pipeline mega-project, which was financially backed by various financial institutions including the IFC (one of the private sector lending arms of the Bank), should be briefly mentioned as an example of the application of the due diligence principle in WB operations. The IFC was approached for funding in 2002, and approved it two years later, following an assessment of the potential social

Human rights due diligence plays a particularly important role in the relationship between the WB and its borrowers, be it States or private entities, such as subcontractors, consultants, suppliers, or service-providers.

specific contribution lies in making development 'good practice and principles *a matter of obligation*'.³ In this way, a normative baseline of human rights enjoyment is provided for, below which development practices cannot be sustained. As a corollary, although WB operations necessarily interfere with human rights, such an interference must be informed by a legitimate goal and must be guided by principles of necessity and proportionality.

and environmental impacts of the project.⁴ At its initial stages, particularly in 2002-03, the project was heavily criticised by NGOs and affected communities for its detrimental environmental and human rights impacts. This forced BTC Co., the consortium responsible for the development of the project, to issue new project agreements (one of which was entitled "Human Rights Undertaking") addressing such concerns. Throughout this phase, the IFC exerted non-negligible influence

on project development, as it worked closely with the sponsor in order to delineate an oversight mechanism to address the potential social and environmental effects of the project, and to monitor performance.⁵ This illustrates that the IFC was placed in a good position to influence the content of the legal agreements used to structure the pipeline project. As noted by the IFC's former Chief Executive Officer and Executive Vice President, considering its role as a 'global standard-bearer for environmental and social issues', the IFC has the possibility, and arguably also the responsibility, to support companies in furthering human rights concerns.⁶

Notwithstanding, while the WB refers to due diligence in some of its policies, it does not seem to endorse it comprehensively and to perceive compliance with its requirements as being an issue of its own responsibility. Recent policy developments regarding private sector-led economic development projects are a case in point. Indeed, the Bank's operational policies concentrate for the most part on the due diligence duties of the private entity (for example, risk management is the responsibility of the latter) and rely heavily on self-reporting from the client.⁷ Truth be told, self-assessment by the private sector creates a significant danger that public concerns are not sufficiently captured and could thus undermine sustainable outcomes.

Hence, it is worth emphasizing the important role played by the WB in holding the private sector to human rights standards as a condition of cooperation in financing. To start with, the Bank should make greater use of contracts or loan agreements to that end, through the inclusion of human rights clauses. Concomitantly, the WB is required to follow-up on the borrower's obligations under loan agreements through the supervision of project implementation, as well as to respond to issues of policy compliance as they arise. In this regard, it should be noted that the WB has the possibility to sanction/debar firms and individuals that are found to have engaged in fraud or corruption in connection with the procurement of goods or services or the execution of contracts. Inasmuch as corruption may impede the enjoyment of human rights, this power of the WB with regard to private entities has a non-negligible human rights dimension

and should be extended to include various other situations where the operations of the latter run counter to human rights.

II. The Establishment of World Bank Responsibility for Human Rights Violations

The previous section provided a few examples of how human rights law conditions WB behaviour. Yet, clarification of the legal regime applying to the WB is only one step along the way if we are to judge WB performance against rule of law prescriptions. Accordingly, the rule of law is not only about norms, principles and policies: it is also about the means that are given to the beneficiaries of those norms to claim their respect and about the provision of access to reparation in case violations of those norms occur. This begs the question: what are the legal criteria in light of which individuals may invoke the responsibility of the WB?

To a certain extent, answers can be found in the regime devised by the International Law Commission in its Articles on the Responsibility of International Organizations, adopted in 2011.⁸ Article 14 determines that international organizations may be responsible for aiding or assisting a State in the commission of an internationally wrongful act. A typical example of this would be the approval by the WB of a loan for a project in a certain State where human rights risks had been previously identified and not accounted for, thereby contributing to the commission of human rights violations by the borrowing State. This provision obviously raised quite some concern among international financial institutions, for its leniency in what concerns the establishment of responsibility. Possibly in order to appease such concerns, the requirement of *intent* was added in the ILC's commentaries to the article, which means that the victim is now required to prove that the organization intended to facilitate the commission of a human rights violation by the borrower State.

Needless to say, such a standard of proof is unlikely to be met and visibly detrimental to the protection of individuals harmed by WB-financed projects. In the context of WB operations, there might be instances where the mere breach of an objective standard of

behaviour is at stake, and thus, where it is not necessary to resort to subjective-psychological elements such as intent. This is particularly so when the WB acts in disregard for its due diligence obligations. Indeed, human rights violations arising in the course of project/programme implementation by private entities may also involve the Bank's responsibility for the lack of positive action in preventing or responding to such violations.

Beyond the uncertainties around the criteria to establish WB responsibility, another major concern relates to the insufficiencies of current enforcement mechanisms. While one should praise the setting up of the Inspection Panel by the WB, and the Compliance Advisor and Ombudsman by the IFC and the MIGA, the reality is that these internal accountability mechanisms only have recommendatory powers and do not apply human rights law or establish human rights violations. Turning to external mechanisms, such as domestic courts, will not make the day as well, in view of the immunity enjoyed by the WB – which, albeit not 'absolute' in scope, tends to be interpreted in broad terms by domestic courts in order to refrain from adjudicating a certain dispute.⁹

Importantly, access to justice in an institutional context is under growing pressure to meet the requirements of a right to a fair trial. Interesting developments in this regard may be found in the jurisprudence of some national courts and also regional courts such as the European Court of Human Rights. In a few instances, judicial decisions have shown that the individuals' right of access to courts may lead to a rejection of institutional immunity, unless reasonable alternative means of settlement of disputes are provided by the organization.¹⁰

Despite the International Court of Justice's appeal to the need to set up such alternative dispute settlement mechanisms,¹¹ international organizations such as the WB are yet to answer in a sufficient manner to this call. The time is ripe for the WB to take on these considerations, all the more so considering that it is currently undergoing a two-year process of review and update of its operational policies. Arbitration procedures could work as an effective alternative to judicial litigation, in case the WB Board is not willing to create a responsibility mechanism in the form of a special tribunal. The

L'UIA aux Nations Unies

WB works for people, and it can only be fully credible in what it does if it is prepared to assume responsibility for it.

Ana Sofia FREITAS DE BARROS
Leuven Centre for Global Governance Studies
Leuven, Belgium
sofia.barros@ggs.kuleuven.be

¹ This article contains elements of a broader book chapter of the same author entitled 'Shaping the Common Interest in Global Development: the World Bank and its Member States as Responsible Actors', forthcoming in W. Benedek, K. de Feyter, M. C. Kettemann, C. Voigt (eds.), *The Common Interest in International Law*, Intersentia.

² ICJ, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion, 20 December 1980, pp. 89-90.

³ S. McInerney-Lankford, 'Human Rights and Development: a Comment on Challenges and Opportunities from a Legal Perspective', in *Journal of Human Rights Practice*, 2009, p. 70.

⁴ See report of the IFC Environmental and Social Development Department, 'Lessons of Experience', September 2006, Number 2.

⁵ *Ibidem*.

⁶ P. Woicke, 'Putting Human Rights Principles into Development Practice through Finance: The Experience of the International Finance Corporation', in P. Alston and M. Robinson (eds.), *Human Rights and Development: Towards Mutual Reinforcement*, Oxford University Press, 2005.

⁷ See OP. 4.03 contained in the WB Operations Manual, available at: http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/EntireOM_External.pdf.

⁸ Articles on the Responsibility of International Organizations, with commentaries, in Report of the Law Commission on the Work of its Sixty-Third Session, Official Record of the General Assembly, 66th Sess., Supp. 10 (A/66/10), 2011.

⁹ A. Reinisch and J. Wurm, 'International Financial Institutions before National Courts', in D. Bradlow and D. Hunter (eds.), *International Financial Institutions & International Law*, Wolters Kluwer, 2010.

¹⁰ See, *inter alia*, the European Court of Human Rights decision *Waite and Kennedy v. Germany*, App. No. 26083/94, ECHR Reports 1999-I, para. 67, where the Court held that: 'where States establish international organisations in order to pursue or strengthen their cooperation in certain fields of activities, and where they attribute to these organisations certain competences and accord them immunities, there may be implications as to the protection of fundamental rights... It should be recalled that the Convention is intended to guarantee not theoretical or illusory rights, but rights that are practical and effective. This is particularly true for the right of access to the courts.' (emphasis added).

¹¹ ICJ, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, [1999] ICJ Reports 62

I Romina BOSSA ABIVEN



Dans ce sens, S.E. Miguel de Serpa Soares, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques des Nations Unies, soulignant les convergences qui existent entre sa fonction et celle des avocats, a fait allusion aux responsabilités partagées en termes de promotion et respect du droit international. Les avocats sont ainsi des acteurs essentiels pour identifier les lacunes dans l'application effective du droit, les pallier ou, du moins, œuvrer dans ce sens.

Les orientations générales des divisions de son bureau ont été exposées par Santiago Villalpando, Chef de la Section des traités¹, – « du droit international qui fonctionne », selon ses mots – et par Vladimir Jares, Directeur Adjoint de la Division des affaires maritimes et du droit de la mer². La présentation de Virginia Morris, Administratrice générale jurisconsulte de la Division Codifications, a donné l'occasion d'appeler les avocats à encourager leurs États, à s'intéresser davantage aussi bien aux travaux de la Sixième commission³, qu'à la Commission du Droit International⁴.

La Cour pénale internationale a été au cœur du deuxième thème de la matinée. S. E. Tiina Intelmann, Présidente de l'Assemblée des États parties au Statut de Rome (AEP), a développé les particularités de l'entité qu'elle représente dont l'objectif principal est de parvenir à l'universalité du Statut de Rome, appelant les États déjà membres à renforcer leur système juridique, pour consolider la complémentarité de la Cour, et les encourageant à coopérer avec celle-ci par la prise de nouveaux engagements. Dans cette démarche, la reconnaissance de la valeur de la CPI et le soutien de la société civile et l'ONU s'avèrent fondamentaux.

L'étendue de la coopération ONU/CPI a été abordée par Karen Odaba Mosoti, Directrice du Bureau de liaison de la CPI auprès de l'ONU. Dans le cadre de l'Accord de relation de 2004, la CPI est reconnue comme une institution judiciaire indépendante, l'ONU ayant

les attributions que la Charte lui confère et les deux institutions s'engageant au respect mutuel de leurs mandats. Rapport de reconnaissance et collaboration réciproques dont un des exemples les plus clairs est le crime d'agression, dont la définition et l'exercice de la compétence de la Cour à son égard ont été au cœur des amendements de Kampala. Stefan Barriga, Représentant permanent adjoint de la Mission permanente du Liechtenstein auprès de l'ONU, qui a remarquablement abordé le sujet, a invité les avocats à joindre le débat en vue de la ratification des amendements dans leur pays.⁵



S.E. Eduardo ULIBARRI BILBAO
Ambassadeur et Représentant permanent
du Costa Rica auprès des Nations Unies

Le second amendement, commenté par Roger Clark, professeur au Rutgers School of Law à Camdem, se réfère à l'article 8 du Statut de Rome, étendant la compétence de la CPI aux crimes de guerre relatifs à l'usage de certaines armes interdites dans le contexte de conflits armés non internationaux⁶.

Ensuite, la question des femmes a été au cœur de grand nombre de discussions. Iselin Hebbert Larsen, Première Secrétaire de la Mission permanente de la Norvège auprès de l'ONU, a retracé le très difficile processus de négociation aboutissant à l'adoption de la première Résolution relative à la protection des défenseuses des droits de l'homme en 2013⁷.

Vulnérables dans leurs activités de défense, les femmes sont aussi victimes d'une violence spécifique « pour le seul fait d'être femmes ». Pour Guadalupe Sánchez Palacios, Professeur de l'Escuela Libre de Derecho, les mesures, essentiellement législatives, prises par l'État mexicain pour lutter contre ce fléau, nécessitent toutefois des efforts permanents de la société civile.

La cause des adolescentes, souvent invisibles dans nos systèmes juridiques, a été plaidée par Yasmeen Hassan, Directrice Exécutive d'Equality Now⁸, et Shelby Quast, membre du Conseil de l'ILAC⁹. Elles ont fait part à l'audience de leurs préoccupations concernant l'accès à la justice de cette catégorie de population particulièrement fragile et ont présenté un éventail de pistes que les barreaux peuvent suivre notamment en termes d'identification des politiques discriminantes et d'améliorations à apporter au système pour mieux protéger les adolescentes.

Dans les situations de conflit, la violence impacte de manière à la fois différente et disproportionnée les femmes. Paradoxalement, les situations post-conflictuelles sont un moment charnière où des réformes peuvent être entreprises en faveur de l'égalité. Adopter une perspective de genre pour reconsiderer la manière dont les femmes vivent – et subissent – les conflits, et la répercuter notamment sur le type de justice qu'elles attendent, c'est une des visions d'ONU Femmes¹⁰, représentée par Nahla Valji, Directrice de la Section pour la Paix et la Sécurité.

Comme S.E. Adama Dieng, Conseiller spécial pour la prévention du génocide à l'ONU, souligne, les droits de l'homme sont souvent la première victime des conflits et, dans ce cadre, les risques de subir des atrocités criminelles pour certaines populations spécifiques sont accrus. Or, ce type de crimes n'a pas seulement lieu en temps de guerre. D'autres facteurs, liés notamment à la faiblesse des institutions établies pour protéger les populations, contribuent à leur apparition. Il s'avère donc nécessaire d'œuvrer au renforcement de la protection des droits de l'homme et de l'État de droit et à garantir des mécanismes de responsabilité.

L'absence d'État de droit peut devenir elle-même un facteur contribuant à l'apparition du conflit ainsi qu'un obstacle à sa résolution. C'est aussi l'avis de S.E. Greta Gunnarsdottir, Ambassadrice et Représentante permanente de l'Islande auprès de l'ONU.

Le rapport entre droits de l'homme d'une part et paix et sécurité, d'autre part, a été également analysé par S.E. Ivan Simonovic, Secrétaire général adjoint chargé des droits de l'homme de l'ONU, qui a retracé ses actions potentielles lors des trois phases du cycle du conflit: avant le conflit, dans le but de le prévenir, pendant le

conflit, où les pires violations ont lieu, pour notamment constater et informer; et après le conflit, pour garantir la justice pour tous.

Créer les conditions d'une paix durable en cas de conflit est un des objectifs des opérations de maintien de la paix de l'ONU, dont les enjeux et les impacts sur le terrain, notamment en matière de renforcement de l'État de droit, ont été présentées par S.E. Ameerah Haq, Secrétaire général adjointe à l'appui aux missions de l'ONU.

Curieusement, comme indique Edric Selous, Directeur de l'État de droit, au cabinet du Secrétaire général des Nations Unies, l'État de droit, comme tel, est une notion relativement récente pour l'ONU, bien que très présente dans l'esprit de la Charte. Défini très récemment par le Secrétaire général¹¹ dans son contenu, ses implications et sa portée au niveau international et national, l'État de droit n'a pas trouvé une définition qui fasse consensus parmi tous les membres de l'ONU. Toutefois, des principes essentiels à la création de sociétés stables et justes ont été intégrés à plusieurs reprises dans la rédaction des documents comme la Déclaration qui a suivi la Réunion de haut niveau sur l'Etat de droit en septembre 2012¹².



S.E. Miguel de SERPA SOARES
Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques et
Conseiller juridique des Nations Unies

William Pace, Directeur exécutif du *World Federalist Movement-Institute for Global Policy*, apporte pourtant un bémol et met en garde contre un certain nombre de régressions notamment à propos de l'exercice abusif du droit du veto des membres permanents du Conseil de Sécurité, en particulier dans le cas syrien¹³.

Mais, quel lien alors entre État de droit, droits de l'homme et développement?

S.E.Alvaro Mendonça e Moura,Ambassadeur et Représentant permanent du Portugal auprès des NU, a introduit le sujet décrivant le processus d'adoption du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels¹⁴, qui rétablit, à ses yeux, une certaine égalité entre les deux groupes de droits reconnus dans les Pactes de 1966, dont la reconnaissance du caractère universel, indivisible et interdépendant de l'ensemble des droits de l'homme.

L'ONUDC¹⁵, représenté par Simone Monasebian, Directrice du bureau à New York, contribue à la promotion de la justice et l'État de droit par la lutte contre des fléaux comme la criminalité transnationale organisée, le terrorisme et la corruption et a été amené à intégrer la dimension « développement » à son action notamment dans le cadre de son travail autour du piratage.

Victor Mosoti, délégué de la Banque mondiale, a abordé les perspectives de l'organisation en ce qui concerne le traitement des questions liées au développement dans le cadre de la révision des politiques internes visant à considérer les impacts environnementaux des projets financés ainsi qu'aux obligations internationales qui lient ses pays membres¹⁶. Ces efforts sont toutefois jugés insuffisants par Ana Sofia Freitas de Barros, du Leuven Centre for Global Governance Studies, qui estime nécessaire que la Banque mondiale envisage l'inclusion des droits de l'homme dans sa notion de développement, s'assurant que des remèdes efficaces soient mis à disposition des individus en cas de violations.

Ursula Wynhoven, Conseillère générale et Chef pour la Gouvernance et Durabilité sociale au Pacte Mondial de l'ONU, souligne l'importance des initiatives volontaires visant à promouvoir des entreprises responsables, les invitant à appliquer dans leur sphère d'influence l'ensemble de valeurs fondamentales de l'ONU. Les avocats peuvent eux-mêmes soutenir cette initiative, notamment conseillant à leurs clients ce qui est légal mais aussi ce qui est acceptable.

Une question reste ouverte à la clôture du Sommet: la notion de gouvernance et ses dimensions liées à la paix et à la sécurité de droit seront-elles intégrées dans la vision du



développement de l'agenda post-2015 malgré les résistances au sein même des membres de

l'ONU? C'est le souhait notamment de S.E. Eduardo Ulibarri-Bilbao, Ambassadeur et Représentant permanent du Costa Rica auprès de l'ONU¹⁷.

Cette question sera peut-être au centre du prochain Sommet UIA, mais elle est d'ores et déjà un nouvel appel à l'action pour tous les avocats.

Romina BOSSA ABIVEN
Assistante Projets Droits de l'Homme et de la
Profession d'avocat de l'UIA
Paris, France
rbossa@uianet.org

¹ Pour en savoir plus
http://legal.un.org/ola/fr/div_treaty.aspx?section=treaty
² http://legal.un.org/ola/fr/div_daoles.aspx?section=daolos

³ La Sixième Commission traite des questions juridiques de l'Assemblée générale. Tous les États Membres des Nations Unies y ont un droit de représentation.
www.un.org/en/ga/sixth/

⁴ La Commission en charge de la rédaction des projets d'articles sur un grand nombre de textes sur des thèmes cruciaux de droit international. www.un.org/law/ilc/

⁵ Pour en savoir plus, <http://crimeofaggression.info/>

⁶ Pour lire l'exposé dans son intégralité, veuillez consulter le lien ci-dessous : www.uianet.org/sites/default/files/Roger_Clark_Speech_May30.pdf

⁷ Promotion de la Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus ; protection des défenseuses des droits de l'homme/défenseurs des droits des femmes ; A/RES/68/181, www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/68/181&referer=http://www.un.org/en/ga/68/resolutions.shtml&Lang=F

⁸ www.equalitynow.org/fr

⁹ ILAC: International Legal Assistance Consortium

¹⁰ www.unwomen.org/fr

¹¹ Rendre la justice : programme d'action visant à renforcer l'État de droit aux niveaux national et international. Rapport du Secrétaire général, A/66/749, disponible sur www.ipu.org/splz/f1unbrief12/sg-report.pdf

¹² Déclaration de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'État de droit aux niveaux national et international (24 septembre 2012), A/RES/67/1, disponible sur www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/67/1

¹³ M^e Georges Jreij, Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Beyrouth, a fait notamment un appel à la communauté internationale au sujet des centaines de milliers de réfugiés syriens dont la présence au Liban semble avoir des conséquences sur la stabilité politique, économique et sociale du pays.

¹⁴ Voir https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=fr

¹⁵ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, voir www.unodc.org/unodc/fr/

¹⁶ [www.banquemonde.org/](http://banquemonde.org/)

¹⁷ Veuillez consulter l'intégralité de son intervention sur www.uianet.org/sites/default/files/Embajador_Eduardo_Ulibarri_Speech_May30.pdf



Lo que Google debe olvidar: a propósito de la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014

I Marc GALLARDO MESEGUER

On May 13, 2014, the European Court of Justice issued, against all predictions, a ruling which sets a milestone for EU data protection in respect of search engines, recognizing a right to be forgotten for individuals, subject to conditions.

In view of the significant impact that this decision has for the fundamental right to data protection and freedom of expression on a global scale, the Governing Board of the UIA devoted a working session in its meeting held in New York at the end of May to explore the content and consequences of this ruling.

totalmente solucionado y resuelto desde hacía años y carecía absolutamente de relevancia.

La AEPD desestimó la reclamación contra La Vanguardia, considerando que el editor había publicado legalmente la información en cuestión. En cambio, estimó la reclamación en lo que respecta a Google Spain y a Google Inc., exigiendo a estas dos sociedades que tomasen las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilitar el acceso a los mismos en el futuro.

Google Spain y Google Inc. interpusieron sendos recursos contra dicha resolución ante la Audiencia Nacional, solicitando que se anulara la resolución de la AEPD.

En ese momento habían más de un centenar de recursos pendientes por hechos similares, afectando en su práctica totalidad al buscador de Google, debido a que en los últimos años la AEPD había atendido un número creciente de reclamaciones de ciudadanos que solicitaban su amparo frente a Google (hecho comprensible tratándose del buscador de uso mayoritario en España, con más del 95% de cuota de mercado) después de que esta empresa se hubiese negado sistemáticamente a acoger tales peticiones, alegando como argumento principal que su actividad no estaba sujeta al derecho español.

Este es, en síntesis, el contexto en el que la Audiencia Nacional planteó una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.

2. Las preguntas planteadas por la Audiencia Nacional y las respuestas del Tribunal de Justicia.

Las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Nacional buscan clarificar el régimen de responsabilidad de los motores de búsqueda en Internet como "Google Search" cuando, a raíz de una búsqueda efectuada a partir del

nombre de una persona, la lista de resultados ofrece enlaces a páginas web que contienen información sobre esa persona que esta no quiere que sea conocida por los internautas, aunque se trate de una información publicada lícitamente por terceros.

En particular, estas cuestiones versan sobre la interpretación de la normativa europea de Protección de Datos (Directiva 95/46/CE²) en relación con los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea³ que proclaman el respeto de la vida privada y familiar, y el derecho a la protección de datos de carácter personal, respectivamente.

A continuación, exponemos en cinco partes las principales cuestiones planteadas, así como el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia para dar soporte a cada una de sus respuestas.

2.1. ¿Existe un tratamiento de datos personales?

El Tribunal de Justicia examina, en primer lugar, si la actividad de un motor de búsqueda como Google, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros; indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse como un "tratamiento de datos personales".

Según Google, su actividad no puede considerarse un tratamiento de datos personales basándose en que su motor trata la información accesible en Internet globalmente, sin seleccionar entre datos personales y el resto de información. En cambio, para el resto de partes en el procedimiento esta actividad de Google implica claramente un tratamiento de datos aunque es distinto del que efectúan los editores de los sitios web y persigue objetivos distintos al de éstos.

El Tribunal de Justicia señala, en primer lugar, que

I. Hechos

En 2010, el Sr. Costeja González, de nacionalidad española, presentó ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) una reclamación contra La Vanguardia Ediciones S.L. y contra Google Spain y Google Inc. El Sr. Costeja alegaba que cuando un internauta introducía su nombre en el motor de búsqueda de Google ("Google Search") obtenía como resultado unos enlaces a dos páginas del diario La Vanguardia, fechadas a enero y marzo de 1998, en las que se anunciaba una subasta de inmuebles organizada con motivo de un embargo para el cobro de unas cantidades adeudadas por el Sr. Costeja a la Seguridad Social.

En esa reclamación el Sr. Costeja solicitaba, por un lado, que se exigiese a La Vanguardia que eliminara o modificara esas páginas (para que no apareciesen sus datos personales), o que utilizara las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para proteger esos datos. Por otro lado, el Sr. Costeja solicitaba que se exigiese a Google Spain o a Google Inc. que eliminaran u ocultaran sus datos personales, para que dejaran de incluirse en sus resultados de búsqueda y dejaran de estar ligados a los enlaces de La Vanguardia. El Sr. Costeja afirmaba al respecto que el embargo al que se vio sometido en su día estaba

al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda “recoge” tales datos, en el sentido de la Directiva 95/46. El Tribunal de Justicia estima, además, que dicho gestor “extrae”, “registra” y “organiza” esos datos en el marco de sus programas de indexación, antes de “conservarlos” en sus servidores y, en su caso, los “comunica” a sus usuarios y les “facilita el acceso” a los mismos en forma de listas de resultados. Estas operaciones, mencionadas en la Directiva 95/46 de forma explícita e incondicional, deben calificarse de “tratamiento”, con independencia de que el gestor del motor de búsqueda las aplique de modo indiferenciado a informaciones que no son datos personales.

Por lo demás, el Tribunal de Justicia recuerda que las operaciones a las que se refiere la Directiva 95/46 también deben calificarse de “tratamiento” aun cuando sólo se refieran a información ya publicada, tal cual, en los medios de comunicación; es decir, sin que el motor de búsqueda los modifique. Si en este último caso se estableciera una excepción general a la aplicación de la Directiva 95/46, esta última quedaría en gran medida vacía de contenido, como el Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión de señalar en la sentencia *Satamedia*⁴.

2.2. ¿Es Google responsable de este tratamiento de datos personales?

Esta cuestión es sin duda mucho más espinosa y compleja que la anterior.

Google alegó que no es “responsable” porque no conoce los datos que “indexa”, almacena y pone a disposición de los internautas con su motor de búsqueda, y además no ejerce ningún control sobre los mismos. El Gobierno helénico se alineó con esta posición, alegando que los motores de búsqueda son simples intermediarios y que, por este motivo, no son responsables del tratamiento de datos, salvo en los casos en los que almacenan “memoria intermedia” o una “memoria oculta” por un período de tiempo que supere lo técnicamente necesario.

El Abogado General Jääskinen, en sus conclusiones presentadas el 25 de junio de 2013, esto es, casi un año antes de la sentencia del Tribunal, también se pronunció en contra de

considerar a Google como responsable del tratamiento.

En su opinión, el sistema general de la Directiva 95/46 se basa en la idea “de la responsabilidad del responsable del tratamiento” en relación con los datos personales objeto de tratamiento, en el sentido de que el responsable del tratamiento es consciente de la existencia de una categoría determinada de información que contiene datos personales y el responsable del tratamiento trata estos datos con una intención relacionada con su tratamiento como datos personales. Por el contrario, un gestor de un motor de búsqueda como Google no es consciente de la existencia de datos personales en un sentido distinto del hecho estadístico de que las páginas web probablemente incluyen datos personales.

Sin embargo, este criterio “subjetivo” no es el acogido por el Tribunal, quien en este punto

búsqueda se suma a la de los editores de sitios de Internet y puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de los datos personales, el gestor del motor de búsqueda debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, que dicha actividad satisfaga las exigencias de la Directiva 95/46. Sólo así las garantías establecidas en dicha norma podrán tener plenos efectos y podrá hacerse realidad la protección eficaz y completa de los interesados (y en particular de su derecho al respeto de la vida privada).

Es interesante también el pronunciamiento del Tribunal de Justicia acerca de los protocolos de exclusión tipo “.robot.txt” que permiten a los editores de sitios web excluir información de los índices automáticos de los motores de búsqueda. Según el Tribunal de Justicia, Google no queda liberado de responsabilidad por el

Según el Tribunal de Justicia, Google no queda liberado de responsabilidad por el tratamiento de datos personales que lleva a cabo a través de su motor de búsqueda por el hecho de que el editor del sitio web no haya indicado que desea excluir cierta información de los índices del buscador.

sigue el razonamiento de la Comisión Europea y del resto de partes en el procedimiento. Así, para el Tribunal, es Google quien determina los fines y medios de la actividad de su motor de búsqueda y por este motivo es responsable del tratamiento de los datos que efectúa el mismo en el marco de esta actividad, todo ello en base al concepto de responsable que se contiene en la Directiva 95/46.

Además, el Tribunal no se detiene en esta interpretación literal del concepto de responsable del tratamiento de los datos y justifica su punto de vista añadiendo que excluir a Google de responsabilidad debido a que no ejerce control sobre los datos personales publicados en las páginas web de terceros, sería contrario al objetivo de la Directiva 95/46 y a la protección eficaz y completa que esta debe garantizar a los interesados.

A este respecto, el Tribunal de Justicia subraya que, como la actividad de un motor de

tratamiento de datos personales que lleva a cabo a través de su motor de búsqueda por el hecho de que el editor del sitio web no haya indicado que desea excluir cierta información de los índices del buscador.

2.3. ¿Se aplica la Directiva 95/46 a la filial de Google en España (Google Spain)?

Otra de las cuestiones importantes planteadas al Tribunal se refiere al ámbito territorial de aplicación de la Directiva 95/46.

Para que la Directiva 95/46 y el derecho español de protección de datos resulte aplicable es necesario que exista un establecimiento situado en el territorio de la UE y que, además, el tratamiento de datos personales por parte del responsable del tratamiento se “lleva a cabo en el marco de las actividades” de un establecimiento de dicho responsable.

En este caso, el gestor del motor de búsqueda es Google Inc., con domicilio en EE.UU., y utiliza

una empresa filial, Google Spain, con personalidad jurídica propia y domicilio en Madrid, como agente promotor de venta de los espacios publicitarios que se generan en el motor de búsqueda Google Search, limitándose su actividad a esta labor comercial que dirige fundamentalmente a las empresas radicadas en España, sin intervenir en ningún momento en la actividad del motor de búsqueda; o dicho de otro modo, sin realizar una actividad de indexación o almacenamiento de información o datos contenidos en páginas web de terceros. En consecuencia, podría argumentarse, como hizo Google, que el tratamiento de datos personales a través del motor de búsqueda lo lleva exclusivamente a cabo Google Inc., empresa domiciliada en EE.UU. De ser así, no se aplicaría la Directiva 95/46 y por extensión la legislación española sobre protección de datos, que es lo que siempre había mantenido Google ante la AEPD para desestimar las peticiones de cancelación y oposición al tratamiento de datos realizadas directamente por los interesados.

No obstante, como señala el Tribunal de Justicia, la Directiva 95/46 no exige que el tratamiento de datos sea efectuado "por" Google Spain sino que se realice "en el marco de las actividades" de éste, ni sería lógico interpretar esta expresión de forma restrictiva, visto que el objetivo de la Directiva es garantizar una protección eficaz y completa del derecho fundamental a la protección de datos. El Tribunal de Justicia considera que, cuando el tratamiento de estos datos se lleva a cabo para permitir el funcionamiento de un motor de búsqueda gestionado por una empresa que, a pesar de estar situada en un Estado tercero, dispone de un establecimiento en un Estado miembro, ese tratamiento se efectúa «en el marco de las actividades» de dicho establecimiento, en el sentido de la Directiva, siempre que la misión de ese establecimiento sea la promoción y la venta, en ese Estado miembro, de los espacios publicitarios del motor de búsqueda, que sirven para rentabilizar el servicio ofrecido por este último.

Por consiguiente, la apreciación de este "vínculo indisociable" entre ambas actividades, conduce al Tribunal de Justicia a concluir que el tratamiento de datos del Sr. Costeja se lleva a cabo en el marco de la actividad publicitaria y comercial de Google Spain.

2.4. ¿Cuál es el alcance de la responsabilidad de Google?

Con esta pregunta, el Tribunal de Justicia está llamado a interpretar si el gestor de un motor de búsqueda como Google está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona los enlaces a páginas web publicadas por terceros que contenga información relativa a esta persona, y ello aún cuando su nombre o esta información no se borre previa o simultáneamente de esas páginas web y, en su caso, aunque la publicación en sí misma en dichas páginas sea lícita.

La respuesta del Tribunal de Justicia es afirmativa y en contra del criterio defendido por Google que considera que, en virtud del principio de proporcionalidad, cualquier solicitud que tenga por objeto que se elimine información debe dirigirse al editor del sitio web de que se trate, ya que es éste quien asume la responsabilidad de publicar la información, quien puede examinar su licitud y quien dispone los medios más eficaces y menos restrictivos para hacer que esa información sea inaccesible.

El Tribunal de Justicia, basándose nuevamente en la constatación del papel decisivo de los motores de búsqueda en Internet y el carácter fundamental del derecho a la protección de datos ex artículo 8 de la Carta, entiende que Google, como responsable del tratamiento, debe garantizar que dicho tratamiento cumple con los requisitos de la Directiva 95/46.

El Tribunal de Justicia pone de relieve, en este contexto, que un tratamiento de datos de carácter personal efectuado por el gestor de un motor de búsqueda permite que cualquier internauta que realice una búsqueda a partir del nombre de una persona física obtenga, a través de la lista de resultados, una visión estructurada de la información relativa a esa persona que circula en Internet. El Tribunal de Justicia señala también que esa información afecta potencialmente a una multitud de aspectos de la vida privada y que, sin dicho motor de búsqueda, tales aspectos no se habrían interconectado, o sólo habrían podido interconectarse con grandes dificultades. Los internautas pueden establecer así un perfil más o menos detallado de las personas buscadas.

Por otra parte, el efecto de esta injerencia en los derechos de la persona se multiplica a causa del importante papel que desempeñan en la sociedad moderna Internet y los motores de búsqueda, los cuales confieren ubicuidad a la información contenida en las listas de resultados, como el Tribunal de Justicia ya dijo en la sentencia eDate Advertising y otros⁵.

Dada su gravedad potencial, el Tribunal de Justicia considera que esta injerencia no puede justificarse por el mero interés económico del gestor del motor de búsqueda en el tratamiento de los datos.

Sin embargo, como, según la información de que se trate, la supresión de enlaces de la lista de resultados podría tener repercusiones en el interés legítimo de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información en cuestión, el Tribunal afirma que es preciso buscar un justo equilibrio entre este interés y los derechos fundamentales de la persona afectada, en particular el derecho al respeto de su vida privada y el derecho a la protección de los datos de carácter personal. El Tribunal de Justicia señala al respecto que, si bien es cierto que los derechos de la persona afectada prevalecen igualmente, por regla general, sobre el mencionado interés de los internautas, este equilibrio puede depender en casos particulares de la naturaleza de la información de que se trate, de lo delicada que ésta sea para la vida privada de la persona de que se trate y del interés del público en disponer de esa información, que puede variar, en particular, en función del papel que esa persona desempeñe en la vida pública.

2.5. ¿Cuál es el alcance del derecho a la supresión de los enlaces de la lista de resultados del buscador?

Por último, el Tribunal de Justicia tiene que responder a la pregunta de si la Directiva 95/46 permite que una persona pueda exigir al gestor de un motor de búsqueda que se eliminén de la lista de resultados unos enlaces a páginas web, publicadas legalmente por terceros y que contienen datos e información verídicos relativos a su persona, debido a que estos datos e información pueden perjudicarle o que deseé que estos datos e información se "olviden" tras un determinado lapso de tiempo.

A este respecto, es oportuno indicar que Google no estuvo sólo defendiendo la postura de que la Directiva no permite el ejercicio de tal derecho en esas circunstancias frente al gestor del motor de búsqueda. La Comisión Europea, junto a los Gobiernos helénico, austriaco y polaco, defendieron que el derecho a la supresión de datos no puede reconocerse por la mera razón de que los afectados se consideren perjudicados o deseen que sus datos caigan en el olvido.

Por otra parte, el Sr. Costeja y los Gobiernos español e italiano, sostuvieron que el interesado puede solicitar la supresión si la difusión de sus datos le perjudica y sus derechos a la protección de datos prevalecen sobre los intereses legítimos del gestor de dicho motor y el interés general en la libertad de información.

Ante esta división de opiniones, el Tribunal de Justicia indica que, si, a raíz de la solicitud de la persona afectada se comprueba que la inclusión de esos enlaces en la lista es incompatible actualmente con la Directiva, la información y los enlaces que figuran en la lista deben eliminarse. El Tribunal de Justicia observa a este respecto que, con el tiempo, incluso un tratamiento inicialmente lícito de datos exactos puede llegar a ser incompatible con la Directiva cuando, habida cuenta de todas las circunstancias que caractericen cada caso, esos datos se revelen inadecuados, no pertinentes o ya no pertinentes o excesivos desde el punto de vista de los fines para los que fueron tratados y del tiempo transcurrido.

El Tribunal de Justicia añade que, al apreciar la solicitud presentada en este sentido por la persona afectada contra el tratamiento de sus datos efectuado por el gestor de un motor de búsqueda, se tendrá que examinar, en particular, si dicha persona tiene derecho a que la información en cuestión sobre ella deje de estar vinculada en la actualidad a su nombre a través de la lista de resultados que se obtiene tras efectuar una búsqueda a partir de su nombre. A este respecto, el Tribunal de Justicia señala que la apreciación de la existencia de tal derecho no presupone que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado.

Si se aprecia la existencia de este derecho, los enlaces a páginas web que contienen esa

información deben suprimirse de esa lista de resultados, a menos que existan razones particulares –como el papel desempeñado por esa persona en la vida pública– que justifiquen que prevalezca el interés del público en tener acceso a esa información al efectuar la búsqueda. Así mismo, el Tribunal de Justicia precisa que el interesado puede presentar esas solicitudes directamente al gestor del motor de búsqueda, que deberá entonces examinar debidamente si son fundadas. Cuando el responsable del tratamiento no acceda a lo solicitado, la persona afectada podrá acudir a la autoridad de control o a los tribunales con el fin de que éstos lleven a cabo las comprobaciones necesarias y ordenen al responsable que adopte medidas precisas en consecuencia.

En el caso del Sr. Costeja, por ejemplo, el Tribunal de Justicia menciona expresamente que teniendo en cuenta el carácter sensible de la información contenida en los anuncios publicados en La Vanguardia (subasta de su vivienda por embargo de la Seguridad Social) y de que su publicación se remonta a 16 años atrás, está justificado que esta información ya no se vincule a su nombre mediante la lista de resultados del buscador; máxime cuando no parece existir un interés preponderante del público en tener acceso a esta información cuando busquen por su nombre y apellidos en el buscador.

3. Reacción a la sentencia: el formulario de Google

Tras conocerse la sentencia, no tardaron en hacerse públicas las opiniones de Google a la misma, entre otras totalmente opuestas a la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia.

Un portavoz de Google se apresuró a decir que el cumplimiento de esta sentencia será complicado de garantizar, máxime cuando Google deberá decidir cuándo el interés legítimo del público a tener acceso a la información prevalece sobre el derecho de un particular a suprimir un enlace de la lista de resultados del buscador a información que le concierne y que considera que le perjudica.

Una ponderación de intereses nada fácil de realizar, sin duda, y que supone una gravosa carga para Google, no exenta de

responsabilidad. Quizás por este motivo hay quienes opinan que existe el riesgo de que Google adopte una postura conservadora ante las peticiones recibidas, y opte por suprimir los enlaces por defecto de modo a evitar conflictos con las Autoridades Nacionales de Protección de Datos (AEPD en España) o los Tribunales de Justicia. Aunque este riesgo siempre existirá lo cierto es que Google parece estar seriamente comprometida a acatar lo mejor posible la sentencia del Tribunal de Justicia, aunque no la comparta.

En el momento de redactar este artículo, Google ya ha publicado el formulario *online*⁶ para cursar las peticiones de supresión de enlaces aunque no se informa del tiempo aproximado de respuesta. En dicho formulario se indica que Google evaluará cada solicitud de forma individual (no precisa si de forma manual, automatizada o mixta) e intentará buscar un equilibrio entre los derechos de privacidad de los individuos y el derecho del público a acceder y distribuir información.

Toda una declaración de principios.

También parece que Google va a colaborar activamente con las Autoridades Nacionales de Protección de Datos para revisar y mejorar su enfoque para todas aquellas solicitudes que afecten los resultados de búsqueda dentro del Espacio Económico Europeo. Por ejemplo, Google informa actualmente de aquellos supuestos en los que no procedería a suprimir enlaces por prevalecer el interés público a acceder a la información, tales como estafas financieras, negligencia profesional, condenas penales o comportamiento público de funcionarios del gobierno.

4. Comentarios

Como apuntó el Abogado General Jääskinen en sus conclusiones de este caso, “el *meollo* de la presente petición de decisión prejudicial radica en el hecho de que Internet amplifica y facilita de un modo sin precedente la difusión de la información. Del mismo modo que la invención de la imprenta en el siglo XV permitió la reproducción de un número ilimitado de copias, que anteriormente debían copiarse a mano, la carga de material en Internet permite el acceso masivo a información que antes tal vez sólo pudiera hallarse

después de búsquedas exhaustivas, y en espacios físicos determinados”.

Esto es evidente en el caso de un motor de búsqueda en Internet como Google (o Yahoo, Bing u otros) y, en mi opinión, lo realmente novedoso de esta sentencia no es la conclusión a la que llega el Tribunal de Justicia de que los gestores de los motores de búsqueda son responsables de los datos que indexan y ponen a disposición del público, con las consiguientes obligaciones que ello comporta, dentro de unos límites que son ciertamente de difícil ponderación, sino el razonamiento empleado por el Tribunal de Justicia para consagrar un derecho a la supresión de los enlaces frente a los gestores de los motores de búsqueda y no frente al editor original de las informaciones.

Este razonamiento no es otro que el contenido en los apartados 36 a 38 de la sentencia y que puede resumirse en la constatación del papel decisivo que los motores de búsqueda desempeñan en nuestra sociedad cada vez más digitalizada, facilitando el acceso a la información y cuando esta se asocia a la búsqueda de una persona, con sus nombres y apellidos, a la obtención, a través de la lista de resultados del motor, de una visión estructurada de la información concerniente a esta persona, la cual permite establecer un perfil más o menos detallado de la misma.

A mi juicio, es este razonamiento basado en el papel decisivo que los motores de búsqueda en Internet desempeñan en nuestra sociedad digital lo que determina la auténtica originalidad en la construcción jurídica realizada por el Tribunal de Justicia que huye de las típicas analogías con el mundo físico que se prodigan entre la judicatura más clásica, para forjarse en el reconocimiento de un hecho diferencial aportado por la tecnología (en este caso de un motor de búsqueda, que es una combinación de software y equipamiento que permite la búsqueda de texto y de contenido audiovisual en Internet) y de las injerencias que esta produce, en determinados casos, a los derechos fundamentales de los ciudadanos y al derecho a la protección de datos en particular reconocido como tal en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Desde este perspectiva, comparto plenamente

el criterio del Tribunal de Justicia al reconocer el derecho a la supresión de los enlaces de un buscador (independientemente de la licitud o no y del mantenimiento o no de la información publicada en el sitio web de origen) siempre que la difusión de esta información a través del listado de resultados sea incompatible con los principios de la Directiva 95/46, y, además, no exista un interés público preponderante.

Dicho esto, cabe reconocer las dificultades prácticas que plantea atender el ejercicio de este derecho por parte del gestor de un motor de búsqueda y su potencial afectación, si se atiende su ejercicio, a otros derechos como el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información, aunque resulta difícil pronunciarse *ab initio* y en abstracto sobre la incidencia que pueda llegar a tener ya que en el caso de la libertad de expresión ésta se aplica de forma casuística y con distinta “intensidad” en función de cada caso concreto.

Así sucede con la interpretación de este derecho en la Primera Enmienda a la Constitución de los EE.UU puesto que no se otorga la misma protección para manifestarse sobre cualquier información contenida en un registro público que en la publicación de una fotografía, por ejemplo. Tampoco hay que olvidar que el derecho a la supresión de datos afecta exclusivamente al enlace que aparece en el listado de resultados asociado a la búsqueda de una persona y no a la información que se contiene en el sitio web original al que enlaza el buscador. No se trata, por tanto, de un derecho al olvido digital, asumiendo que ello fuera técnicamente posible, lo cual es muy discutible.

Y en línea de hipótesis, también cabe pensar que Google y otros motores de búsqueda aprovecharán el actual proceso de negociación de la Propuesta de Reglamento Europeo de Protección de Datos para influir en la regulación del derecho a la supresión de datos que se prevé en dicha Propuesta y que omite el caso de los motores de búsqueda y de las responsabilidades de sus gestores con respecto al tratamiento de datos personales, todo ello con el objetivo de reducir el impacto de la sentencia del Tribunal de Justicia.

Todo está por ver, aún, porque seguimos en los prolegómenos de la privacidad y la protección

de datos en la era digital, a pesar de los loables pasos realizados por algunas instituciones nacionales y supranacionales en pro de asegurar un estándar elevado de protección en este ámbito. La sentencia del caso Google se inscribe claramente en esta dirección. Auguro que no es, ni será la última, con sus partidarios y detractores.

Marc GALLARDO MESEGUE
Presidente de la Comisión de Privacidad
y Derechos de la Persona Digital de la UIA
Lexing Spain
Barcelona, España
marc.gallardo@lexing.es

¹ Asunto C-131/12: Google Spain, S.L., Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González. El texto íntegro de la sentencia puede encontrarse en el siguiente enlace:

<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-131/12>

² Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281, p. 31).

³ www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

⁴ Sentencia Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727, apartados 48 y 49.

⁵ C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685, apartado 45.

⁶ Solicitud de retirada de resultados de búsqueda en virtud de la Normativa Europea de Protección de Datos:
support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch



The Death Penalty in 2013-2014: A Review

I Romina BOSSA ABIVEN & Han TRAN



Over the past 30 years, the world has moved towards the death penalty's abolition, a trend that abolitionists should cheer about. However, over the past two years, certain events have occurred which belie the overall trend, and work will have to be done to reverse recent setbacks.

Amnesty International reported that 778 reported executions happened worldwide in 2013, a 15% increase from 2012.¹ This does not include executions in China, where death penalty statistics are confidential. Nevertheless, Amnesty International reports that China executes more people than the rest of the world.

Despite these troubling developments, one should note that only a small minority of countries commit the vast majority of executions. Aside from China, **80% of executions in 2013 were done by Iraq, Iran, and Saudi Arabia**, and Iraq and Iran were the nations primarily responsible for the world's increase in executions. Iran's use of the death penalty has particularly disturbed the Special Rapporteur of the UN, as this country does not conform to due process standards, continues to execute for actions which should not even be crimes to begin with, such as adultery and sodomy, and still executes publicly. Iran's use of the death penalty continues to violate international human rights standards, even when certain actions were recently done to enhance its reputation, such as releasing some political prisoners.

Other troubling news include that in 2013, Indonesia, Kuwait, Nigeria and Vietnam restarted executions, even though these countries had not executed in several years. Furthermore, Belarus, the only European country to still use the death penalty, has reportedly executed at least 2 people so far in 2014, even though no Belarusian executions were reported in 2013. Belarus' execution procedures are notably troubling: executions are done in secret, prisoners are not told about their sentence, families and legal advocates are only informed of executions after they happen, if at all, and authorities can refuse to return the bodies to families, or refuse to inform families where the bodies are buried.

It was also reported that in January 2014, thirty people in Vietnam were sentenced to death for drug-related offenses. In 2013, public executions were reported in Iran, North Korea, Saudi Arabia, and Somalia.

In the United States, the only country in the Americas to have executed in the last two years, 41% of executions in 2013 were done by Texas, an 8 percentage point increase in Texas' share of national executions from 2012.

The United States has also faced a setback in continuing to execute, as the EU has placed controls on exports of death penalty drugs, and manufacturers (international and American) are beginning to refuse to sell them to the US. In response, states such as Oklahoma have used untested drug cocktails, sometimes leading to painful consequences for convicts.² Ohio has placed a hold on executions since April 2014, until they analyze a recent particularly painful execution and decide what to do. Meanwhile, states like Wyoming and Missouri are contemplating using the firing squad, while Tennessee recently made the electric chair the method of execution if drugs are unavailable.³

The procedure by which the death penalty is sentenced and used often tends to violate principles of international law. For example, the evidence used to justify death sentences is often illegitimate, as it often comes from "confessions" extracted through torture or other mistreatment, especially in countries such as Afghanistan and China.

Furthermore, in 2013, Saudi Arabia executed at least 3 people who allegedly committed crimes when they were less than 18 years old, in contravention with international law. Iran, Maldives, Nigeria, Pakistan and Yemen have people on death row who were under 18 when they allegedly committed their crimes.

Additionally, the **mandatory death penalty** was used by six countries, Iran, Kenya, Malaysia, Nigeria, Pakistan and Singapore. In Kenya, for instance, some of the crimes that are treated with the mandatory death penalty are murder, treason, attempted robbery, violent robbery, and administering an oath to commit a capital crime. Mandatory sentencing, especially when the sentence in question is an irreversible sentence of death, runs contrary to principles of human rights.⁴

According to Amnesty International, the death penalty continues to be used for crimes other than intentional killing, violating international human rights standards, which only permit the death penalty for the "most serious crimes."⁵ For example, the death penalty is prescribed for drug-related crimes in countries such as China and Vietnam, and it is prescribed for homosexuality in countries such as Afghanistan and Saudi Arabia.

A particularly disturbing recent death sentence was in Sudan, where Meriam Yehya Ibrahim, a 27 year old pregnant woman was convicted of apostasy from Islam after she refused to renounce her Christianity. Thanks to intense international pressure, she was finally released on June 23, 2014.

Another troubling recent story: on March 24, 2014, 529 people in the Muslim Brotherhood were sentenced to death in Egypt for a violent event where one police officer was killed. The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) has stated that such mass convictions, unprecedented in recent history, violated international law due to the short length of the legal proceedings, procedural irregularities, the fact that 387 defendants were tried *in absentia*, etc. 37 of these condemnations were later upheld, while the rest of the defendants were resentenced to life in prison. The UIA issued a press release condemning these mass sentences. A second wave of mass death sentences was issued on April 28, when 683 people were sentenced to death, most of them *in absentia*, for violence in which one policeman was killed. These death sentences were upheld for 182 defendants and the Supreme Guide of the Muslim Brotherhood, Mohammed Al-Badie.

Despite these setbacks, some positive developments also occurred. Executions decreased by 10% in the United States in 2013, and in May 2013, Maryland became the 18th state in the U.S. to abolish the death penalty. As of June 20, 2014, only 6 of the 32 states that have the death penalty have had an execution, and 30 states (more than half) have not carried out an execution in the past 5 years. In February 2014, the governor of Washington, Jay Inslee, announced that no more executions would take place while he remained in office.

Additionally, in 2014, the United States Supreme Court ruled 5-4 in *Hall v. Florida* that because it is unconstitutional to execute the mentally disabled, factors other than an IQ test must be considered to determine mental disability when the defendant's IQ score falls within the margin of error of mental disability. Before this case, Florida's law did not permit the consideration of other evidence of mental disability if a person's IQ fell above the mental disability IQ threshold of 70, a strict policy which the court overturned. Stopping the usage of the death penalty on people with mental illness is the subject of the next World Day Against the Death Penalty.

Since 2014, Salvador and Gabon have joined the Second Optional Protocol to the ICCPR,

which aims to abolish the death penalty. In 2013, new state parties to this protocol were Latvia, Bolivia, and Guinea-Bissau. Additionally, in 2014, Poland ratified the Council of Europe's "Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances" (it had previously signed the treaty in 2002).

Furthermore, six defendants in Singapore had their death sentences commuted in 2013, as Singapore was reviewing its mandatory death penalty policy. Meanwhile, in 2013 in China, legal regulations were issued to improve procedural protections in cases involving the death penalty. It was also declared that plans are in place in China to stop transplanting organs from executed prisoners by mid 2014. However, in 2014, China rejected all of the United Nations Universal Periodic Review of Human Rights' recommendations relating to the death penalty, which included recommendations such as reducing the range of offenses which warrant the death penalty, on the account that such recommendations were unrealistic.

In January 2014, the Supreme Court of India commuted 15 death sentences and set out guidelines to safeguard the rights of prisoners on death row and their families. These guidelines include legal aid for prisoners on death row, including, for mercy petitions, a right of defendants to have a final meeting with family and friends before the execution, 14 days notice (if not more) before execution, a right to appropriate medical care, and regular checks for mental health. Furthermore, the court ruled that it was unconstitutional to place a defendant in solitary confinement if he was awaiting the results of a mercy petition.

While the worldwide trend is moving towards the abolition of the death penalty, several setbacks were seen in the last two years, and work will need to be done to further advance worldwide abolition. Procedural deficiencies and abuses present in the death penalty's usage today are troubling and unacceptable, particularly with a punishment that is irreversible.

The UIA encourages lawyers to engage with their state's authorities by drawing attention to

Article 6 of the ICCPR, as well as UN law, which protects the rights of those facing the death penalty. Viewing the abolition of the death penalty as an essential step to creating a legal system that respects the dignity of the human person, the UIA also encourages retentionist states to place a moratorium on the death penalty, and states that no longer use the death penalty to officially abolish it.

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

Han TRAN
Stagiaire at the UIA
Princeton University
Princeton, NJ
United States
hdtran@princeton.edu

¹ "Death Sentences and Executions", Page 3, available at www.amnesty.org/en/library/asset/ACT50/001/2014/e/n/652ac5b3-3979-43e2-b1a1-6c4919e7a518/act500012014en.pdf

² On April 29, 2014, Clayton Lockett, convicted of murder, rape and kidnapping in 2000, was executed in McAlester, Oklahoma. He died of a heart attack approximately 40 minutes after the state began administering the new lethal injection protocol. Before the injection, 51 minutes were taken to find a suitable vein on his body. Lockett's botched execution was condemned by a large number of organisations, including the United Nations human rights office, which suggested that according to international law, the execution may have been "cruel, inhuman and degrading treatment." The White House said the execution "fell short of humane standards."

³ While electric chair is an option in several states such as Tennessee if a defendant requests it, this law would expand the electric chair's usage and remove choice from defendants.

⁴ In several decisions, the Human Rights Committee stated that the mandatory imposition of the death penalty constitutes an arbitrary deprivation of life, in violation of article 6, paragraph 1 of the ICCPR, as it forces capital punishment without the option of regarding the defendant's personal circumstances or the circumstances of the particular offence. (See Communication No.2177/2012, Johnson v. Ghana; Communication No. 1520/2006, Mwamba v. Zambia; Communication No. 1132/2002, Webby Chisanga v. Zambia, Webby Chisanga v. Zambia).

⁵ ICCPR Art 6 "2. In countries which have not abolished the death penalty, sentence of death may be imposed only for the most serious crimes in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime and not contrary to the provisions of the present Covenant and to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide".

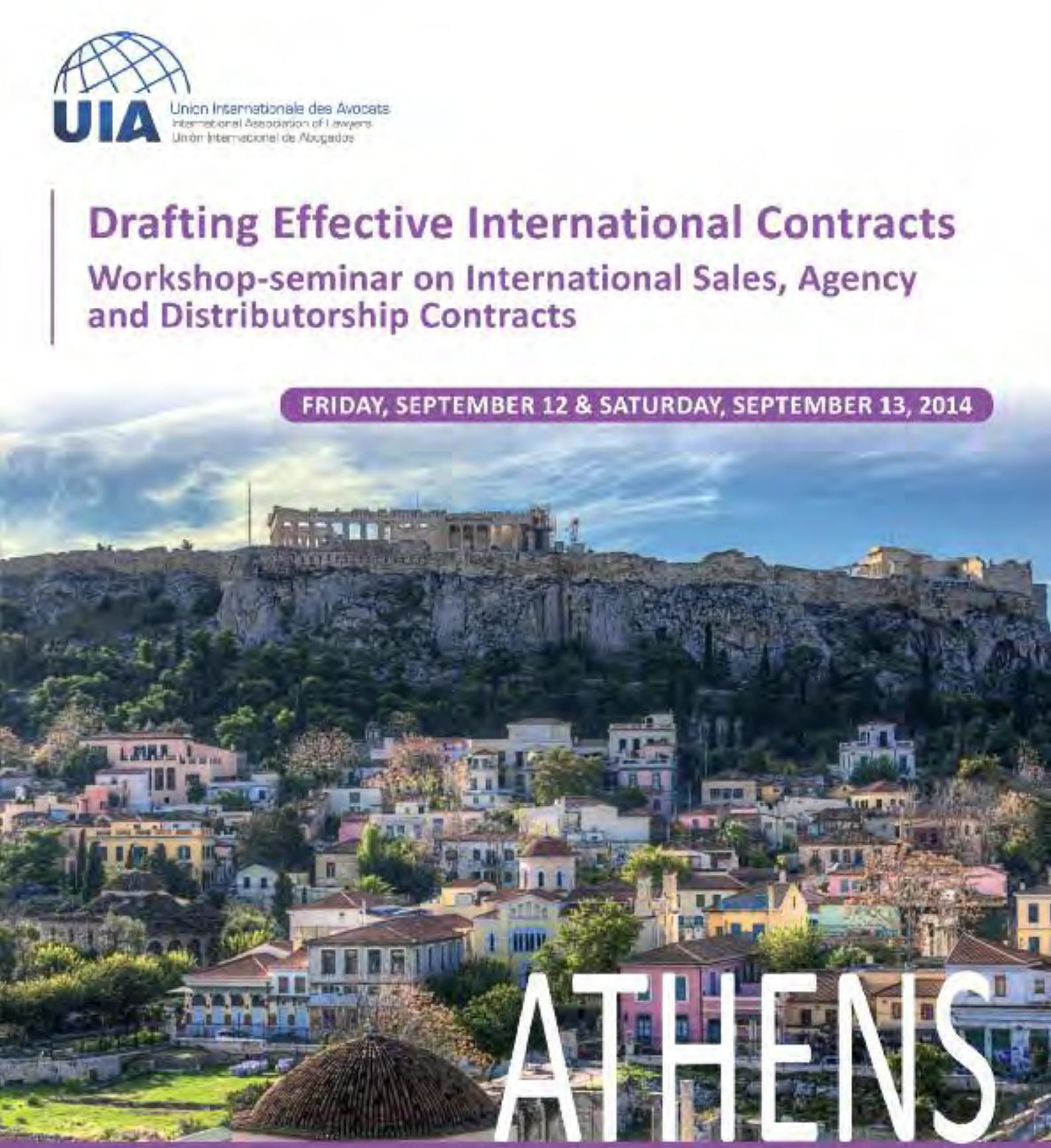


Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados

Drafting Effective International Contracts

Workshop-seminar on International Sales, Agency and Distributorship Contracts

FRIDAY, SEPTEMBER 12 & SATURDAY, SEPTEMBER 13, 2014



ATHENS
GREECE



Information and online registration at www.uianet.org

Seminar organised by the UIA with the support of the Athens Bar Association



La profession d'avocat
The Legal Profession
La Abogacía





The UN Guiding Principles for the Business Lawyer

I John SHERMAN

Although the growth of global business in recent decades has played a major role in reducing poverty and increasing welfare, it has also had adverse impacts on human rights. One example among many is the Conga mine in northern Peru, a \$4.8 billion open pit gold and copper mine suspended during construction since 2011, as a result of community protests regarding pollution of farms and watershed from cyanide used to leach gold and copper out of raw ore. Ten thousand campesinos clashed with riot police, barricaded roads, and shut down the local airport. The President of Peru called in the army to break the protest. About a dozen protesters were killed in the confrontation.

In addition to the costs to people and communities, the costs of such community conflict to companies are quite high. In the mining industry, the costs of a shutdown of a \$3 to 5 billion mining project is roughly \$20 million per week in delayed production, mostly due to lost sales. Yet even greater costs result from lost opportunities linked to future projects that are foregone, expansion plans that are cancelled, or sales that did not go ahead.¹

As the gatekeepers for major business transactions and projects, business lawyers can help their clients prevent and mitigate human rights risks. To do so effectively, they must understand and apply the UN Guiding Principles on Business and Human Rights.² In June 2011, following six years of multistakeholder consultations and research, the UN Human Rights Council unanimously endorsed the Guiding Principles, authored by Harvard Kennedy School Professor John Ruggie, the former Special Representative of the UN Secretary-General for Business and Human Rights.

The Guiding Principles are now the authoritative global reference point on the roles of business and governments for ensuring business respect for human rights. They have been incorporated or reflected in government policy, legislation, other global standards, bilateral contracts, and are cited by NGOs in their advocacy. The European

Commission has called upon governments to promulgate National Action Plans to implement the Guiding Principles; the UK and The Netherlands have done so, and others are in process. In addition, in April 2013, the European Union's Parliament issued a directive requiring large publicly traded companies in the EU to disclose their human rights policy, their due diligence processes, outcomes, and their principal risks.

The Guiding Principles reflect a global consensus on how to address the risks that business can pose to human rights. They rest on three interrelated and independent pillars:

1. the state duty to protect people from human rights abuses by third parties, including business;
2. the business responsibility to respect human rights; and
3. the need for greater access to effective remedy for victims of corporate-related abuse, both judicial and non-judicial.

Respecting human rights – the second pillar – requires a company to avoid infringing on the rights of others and to address negative impacts with which it is involved. Virtually every voluntary and soft-law instrument related to corporate responsibility acknowledges the responsibility to respect as a global standard of expected conduct. It is the baseline expectation of all businesses in all situations. It is not a voluntary sign up obligation, and it is not met by corporate philanthropy.

Although international human rights instruments generally do not impose this responsibility directly on businesses, it does not exist in a law free zone either. Its elements are often reflected in domestic laws, such as those relating to workplace safety, antidiscrimination, antipollution laws, etc.

In essence, the responsibility to respect human rights is a human rights risk management system. It is a knowing and showing standard, which requires companies to know the human rights risks they are

facing, and to show that they are responding effectively to meet those risks. To meet its responsibility to respect, a company must do three things. First, it must have a policy commitment to respect human rights that is fully embedded in the organization. Second, it must implement a process of human rights due diligence, through which it assesses its human rights risks, takes integrated action in response to those risks, tracks its performance, and communicates its performance to affected stakeholders. Finally, it must provide or cooperate in remedy where it has caused or contributed to human rights harm.

In his book, *Just Business*, John Ruggie said that corporate lawyers were among the most consequential new players that he brought into the business and human rights debate, due to the influence they exercise on executives and boards. Corporate lawyers therefore played a key role in the development of the Guiding Principles. Dozens of international law firms conducted pro bono research on the extent to which the corporate laws of individual countries aligned with the responsibility to respect human rights. The International Bar Association provided strong support in the development and road testing of the Guiding Principles and is preparing guidance for national bar societies on the implications of the Guiding Principles.

In 2012, the American Bar Association endorsed the Guiding Principles. It concluded that under ABA Model Rule of Professional Conduct 2.1, a lawyer's obligation to provide "independent and candid" advice included the obligation to provide advice beyond the black letter of the law. The obligation encompasses applicable social, moral, and ethical standards related to the lawyer's advice – including the Guiding Principles. Currently, an ABA task force is working out the detailed implications of the Guiding Principles for the legal profession.

In 2013, the Law Society of England and Wales – which represents solicitors – created a high profile business and human rights advisory group. The

group recently recommended that the Law Society implement the Guiding Principles into the legal profession.

Finally, general counsel of leading companies have been increasingly viewing their favored outside counsel as strategic partners in the management of risks – including human rights risks. They want advice not just on what is legal, but also, what is acceptable and expected from a human rights standpoint.

So how does this apply to business lawyers? They have a prominent place at the outset of major transactions that can affect human rights. They draft and negotiate the core transactional documents that structure and implement the deal. They help to write detailed due diligence checklists. Traditionally, the goal of transactional due diligence is to ensure that the company leaves nothing on the table; i.e., it takes steps to understand all of the risks of the transaction – from the perspective of the company.

But human rights due diligence under the Guiding Principles adds something new. It requires companies to demonstrate that they have identified their human rights risks and have addressed them – from the perspective of the affected stakeholder.

Guiding Principle 18 is the first step of human rights due diligence. It requires companies to identify and assess human rights risks with which they may be involved – either through their own operations, or, as a result of their business relationships. This applies directly to mergers and acquisitions.³ When a buyer acquires a target company with a history of human rights issues, the buyer inherits the responsibilities of the seller under the Guiding Principles. It must prevent or mitigate their continuation or recurrence. It also assumes the responsibility to remedy any adverse impacts that the seller has caused or contributed to. This responsibility cannot be avoided by contract.

For acquiring companies, a key issue relates to disputes over land. This is particularly true in countries with rising social tensions and the potential for community conflict.

Acquiring a legal license to operate means acquiring proper land title, permits, and environmental approvals. This is a traditional focus of commercial due diligence. But a legal license to operate is not the same as a social license to operate. When one acquires land, one inherits the quality of relationships with neighbors and the community, for good or for ill. A social license to

operate requires that the relationship between company and community have a solid quality; i.e., the community should perceive the company's right to use the property to be legitimate, and should not feel that it has to make a big problem to get the company's attention, because it won't listen to small ones.

In emerging economies, land may have been made available for private commercial use as a result of a botched government acquisition process; i.e., one that is marked by insufficient engagement to address the concerns of local communities, indigenous groups, and vulnerable persons. These factors feed into the potential for community conflict with business, which can shut down a business project through strikes, blockades, and protests. Community conflicts can often become violent, and result in the use of excessive force by security forces protecting the company's property.

Business lawyers should pay particularly close attention to the implications of the Hudbay case as an example of how these factors can be relevant to an acquisition.⁴ Last year, a judge in Toronto, Canada, refused to strike a common law negligence claim against a Canadian parent company – Hudbay – brought by Guatemalan villagers. They alleged that they suffered severe human rights abuses – including rapes and shootings at the hands of security forces protecting a mine owned by the Hudbay's Guatemalan subsidiary. As a result, they claim that the Canadian parent breached a duty of care owed to them. The judge refused to strike their claim. This is a very preliminary ruling at the early stage of a case. No evidence has been presented, and the bar for striking a complaint is very high. But it raises important issues for M&A lawyers.

First, the plaintiffs claimed that the government had illegally forced the community off their land during the Guatemalan civil war, and sold their land to a Guatemalan mining company. After the war ended, the villagers tried to reoccupy their land. In ensuing confrontations, security forces protecting the company property allegedly raped village women. Afterwards, Hudbay acquired the mine. Further protests took place after the acquisition, during which protesters were allegedly shot and killed.

If they are true, these claims demonstrate that an acquiring company inherits the quality of the relationship with local communities, and that acquiring a legal license to operate may not be the same as acquiring a valid social license to operate. Second, the claimants – with the help of Amnesty Canada – invoked the Guiding Principles to

support the existence of a duty of care owed by the Canadian parent company to the villagers. Amnesty Canada referred specifically to Guiding Principle 23(c), which says that companies should “[t]reat the risk of causing or contributing to gross human rights abuses as a legal compliance issue wherever they operate.”

Guiding Principle Rule 23(c) was written in large part for businesses that operate in conflict zones, where there is a high risk of gross human rights abuses, particularly from security forces. In such areas, domestic law may be patchy, uncertain, and/or unenforced. Guiding Principles 23(c) says, in effect, that the company's responsibility to avoid involvement in such abuses is not a matter of parsing the law of individual countries. Instead, the company should assume that local law clearly prohibits such conduct, whether or not it does so in fact. As a result, the company should seek to prevent involvement through robust compliance and oversight.

In this case, Amnesty Canada argued that the village was in a conflict zone. It said that Guiding Principle 23(c) evidenced global recognition that doing business in a conflict zone carried with it a heightened risk of company involvement in egregious human rights violations by security forces.

Business lawyers should take human rights risks like this into account in their due diligence, whether or not they pose clearly defined legal risks – a traditional focus of transactional due diligence. They should recognize that the risks of community conflict are quite real, and that the Guiding Principles provide authoritative guidance on how to identify and address them. Therefore, knowledge of, and attention to, the Guiding Principles, should become part of the business lawyer's standard due diligence playbook.

John SHERMAN
General Counsel and Senior Adviser
Shift Project, Ltd.
New York, NY, United States
info@shiftproject.org

¹ <http://shiftproject.org/publication/costs-company-community-conflict-extractive-sector>

² <http://www.shiftproject.org/page/un-guiding-principles-business-and-human-rights>

³ <http://shiftproject.org/publication/corporate-responsibility-respect-human-rights-interpretive-guide>

⁴ See articles collected at www.business-humanrights.org/Category/IndividualCompanies/H/HudBayMinerals



Perquisitions et écoutes d'avocats

I Maxime DELHOMME

Although everyone is under the impression that professional secrecy is easy to understand, this concept often leads to endless controversies. There is no real questioning about whether or not it should be protected, but still, authorities will often seek ways to get into the lawyer-client sphere. French law is very protective of professional secrecy: its violation is a criminal offense, and lawyers benefit from procedural safeguards when it comes to searches and phone-taping. It can only get past when a lawyer is suspected of a criminal behavior. The secrecy then stands no justification, as long as suspicion is supported by strong evidence.

Initialement le secret était offert dans l'intérêt privé du confident. Ce dernier restait donc contrac-tuellement le maître de ce secret relatif, et pouvait en délier le professionnel.

Ce système existe encore dans de nombreux pays.

Puis vint dans la législation française la notion d'intérêt général qu'il y avait à ce que tous ceux qui doutaient de leur situation puissent sans aucune crainte consulter plutôt que de rester avec des questions non résolues. Il n'y a pas que le délinquant qui doit pouvoir s'épancher. Le non délinquant, et peut-être surtout lui au regard de l'intérêt général, doit pouvoir se rassurer sur sa situation. Celui qui craint d'être en infraction mais qui ne l'est pas, s'il ne peut le savoir, aura des comportements erratiques, voire de dissimulation, qui sont des éléments perturbateurs indécelables pour une vie en société.

Enfin, pour tous, quel que soit le degré de responsabilité, pouvoir connaître la sanction permet éventuellement de l'accepter par anticipation.

Le secret est alors devenu une affaire d'État, cessant d'être soumis à la relativité contractuelle pour devenir, par la concrète vertu d'un texte pénal, un secret absolu

opposable à tous et donc en premier lieu aux agents de l'État. C'est la particularité du secret professionnel que l'État s'impose une limite coercitive à son propre pouvoir d'investigation. De cette simplicité du droit français, due à l'utilisation du droit pénal; qui doit toujours être ferme et limitée, il résulte que les possibilités de levée du secret sont restreintes.

Il n'est ainsi pas possible de faire pression sur le client pour que celui-ci enjoigne à son avocat de témoigner puisqu'il ne peut le délivrer de son obligation au silence vis-à-vis des tiers.

Et lorsque le client s'exprime sur ce qui se serait passé au cabinet de son avocat, il n'est pas plus possible de commenter.

La seule possibilité serait celle de la légitime défense de l'avocat personnellement attaqué et ne pouvant se défendre qu'en écornant, et encore le moins possible, le secret.

Avant que de voir les mesures de protection contre les intrusions policières, il faut expliquer ce que sont les règles entre avocats.

Au titre de la confraternité, le règlement général impose le secret de toutes les correspondances entre avocats. La seule exception qui permet de produire une lettre adressée à un confrère est d'y faire figurer la mention « officiel ». Mais tous les courriers ne peuvent pas être ainsi officialisés et il n'est notamment pas envisageable, comme cela se fait quelquefois ailleurs, d'adresser un argumentaire vindicatif à un confrère pour venir dire ensuite qu'il est en défaut d'y avoir répondu.

Ensuite, il est bien évident qu'entre avocats travaillant dans une même équipe ou même avec d'autres professionnels comme des experts-comptables ou des médecins, il va être nécessaire de communiquer. Le rédacteur du code pénal de 1994 avait envisagé de rédiger sur ce secret partagé mais il a été obligé, dans la

circulaire précédant l'application, de reconnaître qu'il n'y arrivait pas mais que cela ne changeait pas la reconnaissance de la nécessité de ce partage tel qu'il résultait de la jurisprudence.

Le partage implique que tout le monde devient tenu à l'obligation de rester taisant en dehors des nécessités qui en elles-mêmes limitent l'étendue de la confidence à faire entre professionnels. Chacun peut d'ailleurs faire confiance aux autres qui, lorsqu'ils ne comprennent pas un état de fait, peuvent se voir répondre par leur correspondant « qu'il y a une raison », et qu'il n'est donc pas nécessaire de la dévoiler plus avant, qu'il l'a contrôlée et qu'il suffit de lui faire confiance.

Le secret partagé qui est admis par la jurisprudence pour les besoins des équipes qui doivent collaborer doit être limité aux nécessités de la mission et impose d'une certaine façon un secret collectif.

La forteresse semble ainsi bien gardée mais il y a bien évidemment une porte d'entrée, car l'avocat peut lui-même être l'objet de la procédure pénale.

S'il est vrai que l'extension des activités de conseil a augmenté les risques, il n'y a pas de distinction à faire entre les différentes activités de la profession.

Il faut qu'il existe, pour le placement sur écoute téléphoniques et la transcription des conversations échangées avec un client, des indices réels permettant de soupçonner sa participation à la commission d'une infraction.

Ce critère de régularité est plus contraignant que celui exigé pour les particuliers, dont le placement sur écoute n'a à être justifié que si les nécessités de l'enquête l'exigent.

Ainsi, l'éventuel comportement imprudent d'un avocat qui fréquente des voyous qui ne sont pas encore ses clients ne permet pas de

caractériser des soupçons susceptibles de justifier un placement sur écoute.

De même, le caractère incompréhensible d'une conversation, dont les enquêteurs ont pensé qu'elle était codée, ne permet pas de faire présumer la participation de l'avocat à une infraction et n'en justifie donc pas la transcription.

En matière de perquisitions, la régularité de la mesure, lorsqu'elle concerne le cabinet ou le domicile d'un avocat, est elle aussi assurée par l'existence d'indices plausibles relatifs à sa participation à la commission d'une infraction.

Mais même lorsque l'avocat est mis en cause, à tort ou à raison, cela sera connu ultérieurement. Il y a des garanties procédurales effectives immédiates.

Intervient là une autre institution quelquefois surprenante pour nos confrères étrangers qui ne connaissent pas tous l'obligation légale d'être inscrits à un Ordre avec, à sa tête, un bâtonnier chargé en première instance de la discipline.

C'est ce bâtonnier ou son délégué qui doit être présent lors de toutes perquisitions au domicile ou dans un cabinet d'avocats.

Ces perquisitions doivent être conduites par un magistrat qui, seul avec le bâtonnier ou son représentant, peut prendre connaissance des documents découverts sur les lieux.

Il s'ensuit une procédure pour garantir le secret sans toutefois laisser échapper les preuves qui incriminaient l'avocat soupçonné.

Si le bâtonnier estime que le document que le magistrat veut saisir est susceptible de porter atteinte au libre exercice de la profession, il exprime son opposition. Le document est alors placé sous scellés fermés et fait l'objet d'un procès-verbal dans lequel sont exposées ses observations.

Un autre magistrat, le juge des libertés et de la détention, devra alors délibérer dans les cinq jours. Il peut consulter le scellé, entendre le magistrat qui a procédé à la perquisition, et après avoir entendu le procureur, l'avocat visé par la perquisition et le bâtonnier, il aura le choix entre l'admission de la pièce ou son rejet de la procédure. Dans ce cas, il ordonne la destruction du procès-verbal et le masquage de toute référence à son existence.

La protection est beaucoup moins puissante, aussi parce qu'elle est beaucoup plus difficile à réaliser, en ce qui concerne les écoutes téléphoniques.

Il y a trois hypothèses. Soit c'est l'avocat qui est écouté, soit son client, soit un tiers.

En ce qui concerne le placement sur écoute de la ligne d'un avocat, le bâtonnier doit en être averti, mais il n'est pas envisagé, ni envisageable, qu'il puisse contrôler matériellement les écoutes au fur et à mesure.

Seuls les policiers écoutent et retrouvent, et se doivent de ne pas retranscrire tout ce qui aurait trait à la relation naturelle d'un client avec son défenseur.

Seuls seront donc retranscrits les propos susceptibles d'incriminer l'avocat.

C'est donc bien sur la nature des propos échangés qu'aura lieu, lorsque les écoutes seront versées à la procédure, la possibilité de contester le principe même du placement sur écoute.

En ce qui concerne les écoutes incidentes, celles faites sur la ligne du client ou d'un tiers, il est bien évident que le bâtonnier ne peut pas en être averti préalablement. Donc cette seule disposition de prévention, fût-elle de peu d'effet, n'existe pas.

Écouter la ligne du client plutôt que celle de l'avocat ramène donc à l'épisode précédent. Si les propos échangés ne sont pas révélateurs d'une délinquance de l'avocat, ils bénéficient à plein de la protection due aux droits de la défense.

Ainsi, la transcription d'une conversation entre un client en fuite et son avocat au cours de laquelle un rendez-vous est fixé, ce qui n'est pas une infraction pour l'avocat, doit être annulée de même que les actes subséquents de son arrestation au moment du rendez-vous.

Par contre, les tiers, qui par définition ne sont pas des clients, ne peuvent avoir droit à cette protection, et l'avocat se retrouve dans la situation de n'importe quel individu, qui peut faire valoir qu'il n'y avait fondamentalement aucune raison d'écouter celui dont la ligne a été mise sous surveillance, et que cette écoute doit donc être annulée.

Entre la possibilité théorique et l'obtention de l'annulation, s'intercale le motif, à la plastique malléable, des nécessités de l'enquête.

Les policiers peuvent donc, écouter les conversations échangées entre un client et son avocat, mais ne peuvent les couper sur le papier; c'est-à-dire sur la procédure écrite que connaîtra le juge, que si les propos tenus permettent de faire présumer la participation de ce dernier à la commission d'une infraction. Le secret professionnel ne se justifie alors plus, il ne peut permettre à l'avocat de bénéficier d'une immunité.

Les magistrats et les policiers qu'ils mandatent se révèlent généralement très respectueux de la confidentialité due aux droits de la défense par le moyen du secret professionnel.

La crainte de voir leurs procédures annulées en cas de transgression apparaîtrait comme une telle atteinte aux principes au-delà de la justice, de la vie en démocratie, qu'elle affecterait l'image qu'ils ont d'eux-mêmes.

Ainsi, un juge d'instruction qui, lors d'une perquisition chez un fabricant d'avions, se vit remettre spontanément et en même temps que les documents qu'il sollicitait, une consultation de l'avocat expliquant tous les risques pénaux encourus, saisit de lui-même la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel, qui lui confirma, et fit ainsi savoir à tous, que tout document de cette nature devait être radicalement écarté de la procédure.

Bien évidemment, le temps du rejet, tout le monde avait pu prendre connaissance du document, et cela démontre qu'il n'y a pas que les avocats qui doivent être vigilants sur le secret, leurs clients aussi.

Maxime DELHOMME
Co-Directeur du Projet État de Droit de l'UIA
SCP Delhomme
Paris, France
maxime@delhomme-avocats.fr



Electronic Surveillance of United States Lawyers

I George M. KRAW

United States authorities eavesdrop on attorney communications in a variety of ways and for a variety of reasons, although there are procedural and legal restrictions on the monitoring. Attorneys can have their phones wiretapped when they become entangled in activities that may further a crime. Conversations can be monitored when an attorney speaks with a party whose phone is tapped. More recently, the growth of surveillance technology has made it possible for law enforcement and intelligence agencies to go beyond eavesdropping on individual conversations and monitor so-called electronic "metadata" – who you are, who you call, how long you talk, what you do on the Internet – that can be more useful to them than message content. Former National Security Agency general counsel Stewart Baker claims that "Metadata absolutely tells you everything you need to know about somebody's life. If you have enough metadata, you don't really need content."

The current standards for monitoring attorney communications – in both national security matters as well as ordinary criminal investigations – are discussed later in this article. These rules usually, but not always, require a judicial order for which law enforcement must submit a full statement of the facts to the judge hearing the surveillance application. The Foreign Intelligence Surveillance Court, also known as the FISA Court, oversees requests for warrants against suspected foreign intelligence agents inside the United States. But the immediate question for United States lawyers goes beyond whether these standards are adequate to shield confidential attorney-client relationships – they are not – to whether they are even relevant to the new technologies. The extent to which surveillance technology has moved past the need to intercept content in order to understand a communication's meaning and import is unclear; but there is plainly a furious effort being undertaken to just that end. Relying upon the NSA to protect constitutional safeguards and civil liberties against the inroads of technology is

problematic at best. Like most intelligence agencies worldwide, the NSA prefers to ask forgiveness after the fact rather than permission beforehand, and what mischief it is currently up to may not be fully understood even by its nominal overseers in the United States Congress.

Rules for protecting attorney-client conversations are based upon ancient English common law concepts of attorney-client privilege that chiefly protect the content of conversations. If Stewart Baker is correct, access to such content already is unnecessary to obtain much confidential information that the attorney-client privilege is designed to shield. Of course, it may turn out that Baker's claims were hyperbolic and disproven by subsequent events. For now, the NSA are true believers in the power of metadata. At a recent public debate on privacy rights, General Michael Hayden, a former director of both the Central Intelligence Agency

conversations with clients, in what some characterized as attempts to intimidate. Defense counsel Lynne Stewart was prosecuted, convicted and sentenced to prison for providing material support to terrorists on the basis of video and audio surveillance recordings of herself and her client Sheik Abdel Rahman. In 2008, Justice Department officials told the New York Times that in the past they had not used their terrorist surveillance powers to single out lawyers but future telephone calls "involving such persons would not be categorically excluded." The Times further reported that several Guantanamo defense lawyers, including partners at large corporate law firms, said that monitoring had made them change the way they went about their work apart from Guantanamo cases. A defense lawyer from Chicago, H. Candace Gorman, said in a 2008 affidavit that she was no longer accepting new clients of any type because she could not assure them of confidentiality. One of the revelations of Edward Snowden was that

Rules for protecting attorney-client conversations are based upon ancient English common law concepts of attorney-client privilege that chiefly protect the content of conversations.

and the NSA, called the Baker comment "absolutely correct" and added "We will kill people based on metadata."

The rapid development of surveillance capabilities directly affecting confidential relationships, together with other robust actions undertaken in post 9/11 national security initiatives have left many of those American lawyers on the front lines of these issues uncertain and confused about the proper response to aggressive monitoring of both their communication content and activity. The Nation magazine reports that lawyers in national security cases in the prior decade found themselves confronted by law enforcement transcripts of their own confidential

Australia, a foreign intelligence partner of the United States, had monitored and then shared with the NSA, an American law firm's confidential communications with its client, the Republic of Indonesia, about a trade dispute involving clove cigarettes – a situation as ludicrous as it is troubling.

These revelations led the American Bar Association to confront the NSA directly on the protection of the confidentiality of attorney-client communications. The NSA's response acknowledged the importance of attorney-client confidentiality without committing to additional specific protections. Earlier, in 2012, the ABA had revised its ethics rules to require lawyers to "make reasonable efforts" to protect confidential

information from unauthorized disclosure to outsiders. It has published a brief guide to possible technological solutions to prevent monitoring of electronic communications. Technological solutions are the preferred fix of Silicon Valley, many of whose companies of late have sought to distance themselves from United States government surveillance activities. However, such technological resolutions rely upon the effectiveness and trustworthiness of the hardware devices and software programs, many of which have been found to have “back doors” which allowed them to be compromised by intelligence and other governmental agencies.

Attorney-client conversations are protected communications in the United States

United States legal protections against eavesdropping on attorney-client conversations are rooted in the legal concept of attorney-client privilege for confidential communications. The privilege derives from English common law and is set out in the Federal Rules of Evidence. Eight factors must be satisfied for the common law attorney-client privilege to apply to a communication. The communication must be (1) legal advice sought from a (2) professional legal advisor (3) where the communication is related to the legal purpose, and (4) is made in confidence, (5) by the client, and (6) is permanently protected for the client (7) from disclosure by himself or the legal advisor; (8) unless that protection is waived. The privilege can be waived by the client or when confidential communications are disclosed to third parties. In addition, the crime-fraud exception can moot the privilege if communications between an attorney and client are themselves used to further a crime or fraud.

United States wiretapping laws and attorney communications with clients and non-clients

In *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), the United States Supreme Court refined prior definitions prohibiting unreasonable searches and seizures under the United States constitution to include electronic surveillance where there is a reasonable expectation of privacy. In *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967) the Court invalidated a state law under the Fourth Amendment, because the statute authorized

electronic eavesdropping without required procedural safeguards. These decisions led to the federal wiretap statute, originally passed in 1968 and sometimes called “Title III” or the “Wiretap Act,” that generally requires that federal law enforcement obtain a wiretap order before monitoring or recording electronic communications, and does not distinguish attorney conversations. United States law gives more protection against government eavesdropping than it does against physical searches because eavesdropping violates not only the targets’ privacy, but also the privacy of everyone with whom they communicate. The Supreme Court has stated that since eavesdropping violates so many individuals’ privacy, law enforcement agencies should only be allowed to wiretap when investigating serious crimes. The Wiretap Act contains enumerated crimes that are the only ones that can be investigated with a wiretap order. The Wiretap Act requires law enforcement to obtain a wiretap order whenever they want to “intercept” an “oral communication,” an “electronic communication,” or a “wire communication.” Interception of those communications is commonly called surveillance. These rules apply to both attorney and non-attorney communications.

Spoken communications are protected when an individual has a reasonable expectation that the conversation will not be recorded. If law enforcement wants to install a microphone or a “bug” in a house or office, they must obtain a wiretap order. The government may attempt to use a target’s own microphones – for example, by obtaining the phone company’s cooperation to turn on a target’s cell phone microphone and eavesdrop on nearby conversations. A wire communication is any voice communication that is transmitted over phone company wires, cellular networks or the Internet. There is no need to have a reasonable expectation of privacy for the statute’s protections to apply, although radio broadcasts and other communications that can be received by the public are not protected. If the government wants to tap any target’s phone calls – landline, cellphone, or Internet-based – it has to obtain a wiretap order. An electronic communication is any transmitted communication that is not a voice communication. This includes all non-voice Internet and cellular phone activities like email, instant messaging, texting and web surfing. It also covers faxes and messages sent with digital pagers. As with wire communications, it is not necessary to have a reasonable expectation of privacy in electronic communications for them to be protected by the statute.

Although the federal government may get a warrant to “intercept” a target’s communications, it is not allowed to prevent the communication from occurring. The government cannot stop calls, block emails, or otherwise interfere with communications based on an intercept order. The Wiretap Act makes it a crime for anyone that is not a party to a communication to intercept the communication, unless at least one of the parties has previously consented. These rules apply to lawyers and non-lawyers alike. Many state wiretap laws, including California’s, require all parties to consent, but those laws control state and local policy, not federal law agents. If the local area police want to intercept an oral, wire, or electronic communication to which they are not a party and for which they have no consent, they must obtain a wiretap order. An undercover police officer or informant talking to an attorney who is a target while wearing a wire is a party to the conversation and has consented to the interception. Wiretap law also does not protect targets from government eavesdroppers that simply overhear attorney conversations without electronic interception.

Surveillance of attorney-client communications by the NSA

Most attorney-client conversations do not get special protections under United States law from NSA eavesdropping, and the FISA Court itself is a friendly venue for government action. According to government records obtained by the Electronic Privacy Information Center, of the almost 34,000 surveillance requests made to the FISA Court in the last 35 years, only 11 have been rejected.

The Wiretap Act and the Foreign Intelligence Security Act of 1978 created a statutory framework that purported to bring government eavesdropping under the rule of law. The post-9/11 innovations that endanger attorney-client communications have separate roots. Under FISA section 215, Congress expanded the business records collection powers in a way that has resulted in the bulk metadata collection that reveals so much (but is novel on attorney-client privilege since content is not disclosed). Separately, in 2008, Congress passed the FISA Amendments Act, which the Snowden disclosures revealed scoop up content of Americans, including lawyers, communicating overseas electronically. As a consequence law

firms and other groups increased encryption services and – in true spy versus spy fashion – the government now can use encryption as a reason for longer storage and viewing communications with suspicion, while seeking improved surveillance alternatives from metadata.

In *Clapper v. Amnesty Int'l USA*, 133 S. Ct. 1138 (2013), the Supreme Court rejected a challenge to a 2008 law allowing warrantless wiretapping that was brought in part by lawyers with foreign clients, who were likely targets of NSA monitoring. The lawyers contended that the law raised risks that required them to take costly measures, like traveling overseas to meet clients, to protect sensitive communications. The Supreme Court dismissed their fears as “speculative.” The NSA is prohibited from targeting Americans, including businesses, law firms and other organizations based in the United States, for surveillance without warrants. Intelligence officers have repeatedly said that the NSA does not use the spy services of its partners in the so-called Five Eyes alliance – Australia, Britain, Canada and New Zealand – to avoid U.S. law. However, the NSA can intercept the communications of Americans, including lawyers, if they are in contact with a foreign intelligence target abroad, such as what occurred with the Indonesian officials monitored in the clove cigarette dispute. In such situations, the NSA is required to follow up to protect the U.S. citizens’ privacy – so-called “minimization procedures” – by taking actions such as deleting the identities of the Americans or deleting information that is not deemed necessary to assess the foreign intelligence before further sharing this information with other government agencies. The minimization procedures are regulations issued pursuant to the Foreign Intelligence Surveillance Act. These regulations dictate when NSA agents can monitor communications. Section four of the previously classified 2011 guidelines, states that an agent also must cease monitoring after determining that he or she is monitoring an attorney-client communication of an individual who has been charged under United States law.

The USA Freedom Act

The USA Freedom Act, pending in Congress as of June, 2014, is designed to restrict the mass collection of data by the NSA. It has both bipartisan support and bipartisan opposition, with attitudes toward the bill not dividing evenly along Republican and Democrat party lines. As

originally drafted, the legislation was supposed to end the bulk collection of Americans’ metadata, end certain secret laws created by the Foreign Intelligence Surveillance Court, and introduce a “Special Advocate” to represent public privacy matters. The Special Advocate could presumably address issues of monitoring confidential attorney-client relationships and communications as they arose. Other proposed changes include limits to government programs like PRISM, which incidentally retains U.S. individuals’ Internet data, and providing greater transparency by allowing companies such as Google and Facebook to disclose information about government demands for information. The initial legislative draft has been significantly amended. Although the current version does not provide specific protection for attorneys, the legislation may eventually provide some additional protections for attorney communications by restricting the ability of the NSA to monitor electronic communications.



The evolving rules for surveillance of lawyer communications in an age of rapidly advancing technological capabilities have become enmeshed in the broader American debate about balancing individual privacy and civil liberties versus protecting civil society against security threats. The confidentiality of attorney-client communications is a fundamental concept of United States jurisprudence and central to trust in the operation of the justice system. Such traditional legal protections may be diminished or vitiated through the use of new tools by government and private agencies. The challenge now is to prevent such changes to the law from occurring by default, thereby bypassing the democratic and judicial processes.

George M. KRAW
Kraw Law Group
Mountain View, CA, United States
gkraw@kraw.com

Sources for this article and for further reading:

Stewart Baker’s quote is from “Can the NSA Be Controlled” by David Cole in *The New York Review of Books*, June 19, 2014. The statement by General Michael Hayden is also from this article, which is part of a series that Professor Cole has written for the NYR about civil liberties and national security. This article also contains a discussion of the USA Freedom Act.

Article V, Rules 501 and 502 of the Federal Rules of Evidence address attorney-client privilege.

The New York Times has extensive coverage of surveillance matters on its web archive. NY Times Reporter Benjamin Weiser has a summary of the Lynne Stewart case in “10-Year Sentence for Lawyer in Terrorism Case Is Upheld” June 28, 2012 www.nytimes.com/2012/06/29/nyregion/lynne-stewarts-10-year-prison-sentence-is-upheld.html?_r=0.

NSA spying on United States lawyers was reported by James Risen and Laura Poitras in “Spying by NSA Entangled U.S. Law Firm,” *New York Times*, February 15, 2014 www.nytimes.com/2014/02/16/us/eavesdropping-ensnared-american-law-firm.html?_r=0. See also Nicholas Niarchos “Has the NSA Wiretapping Violated Attorney-Client Privilege?” *The Nation*, February 4, 2013 www.thenation.com/article/178225/has-nsa-wiretapping-violated-attorney-client-privilege

The NSA’s assurances concerning lawyer-client confidentiality are contained in a letter to the American Bar Association; the correspondence can be found online at www.americanbar.org/content/dam/aba/images/abanews/nsa_response_03102014.pdf.

The Director of National Intelligence maintains a blog icontherecord.tumblr.com to address current issues.

The New York Times www.nytimes.com, the Guardian www.theguardian.com and Der Spiegel www.derspiegel.de websites all have extensive coverage of the Snowden matter.

The previously classified 2011 NSA minimization procedures can be found online at www.aclu.org/files/assets/minimization_procedures_used_by_nsa_in_connection_with_fisa_sect_702.pdf

The Wiretap Act is part of Title III of the Omnibus Crime Control and Safe Streets Act, 18 U.S.C. §§ 2510-2522 (2002). The Electronic Freedom Foundation has a useful summary of wiretap rules and privacy rights generally on its website eff.org at <https://ssd.eff.org/wire/govt/wiretapping-protections>



Are we losing our confidence?

I **Gavin LLEWELLYN**

Nicolas Sarkozy has once again come under the spotlight after his telephone was tapped by police and information gathered for an official investigation into allegedly illegal campaign donations from Libya totalling €50 million. The information harvested during the phone tapping exercise revealed evidence that Mr. Sarkozy was receiving information from a senior official at the Court about the progress of investigations into Mr. Sarkozy, which has given rise to claims that he is attempting to pervert the course of justice.

Mr. Sarkozy, who denies all the allegations made against him, claims that the phone-tapping was unlawful. The President, François Hollande, insists that the judiciary is independent and that the phone taps were ordered by independent members of the judiciary investigating the allegations against Mr. Sarkozy without any intervention at government level.

Mr. Sarkozy has complained that his telephone calls have been listened to for eight months, including personal calls with his wife and children and calls with his lawyer and political contacts. Mr. Sarkozy and his lawyer even bought pre-paid mobile phones in different names in order to avoid being overheard, but those were also tapped.

Cases like these raise fundamental questions about the protection of private information and the respect for private life (did Mr. Sarkozy have an expectation of privacy in relation to calls made and received by him?) and what justification the state can find for intercepting private communications (the most likely defence being public interest). This article looks at these issues from the perspective of English law.

I **A legitimate expectation of privacy?**

Privacy law has mushroomed in the UK over even just the last decade, taking our body of law far beyond the principles recognised in *Prince*

*Albert v Strange*¹, a 19th century case concerning an unauthorised exhibition of prints, to a point where celebrities have been conferred the right to trade in their fame².

Contractual rights of confidence go hand-in-hand with rights under the European Convention on Human Rights³ ("ECHR"), enacted into English law by the Human Rights Act 1998, to create a mechanism for the protection of private information. "Private information" is incapable of strict definition. Obligations of confidence and expectations of privacy arise in many ways.

The English Courts recognise that what constitutes protectable private information has to be assessed in accordance with the principles established in ECHR case law. Those principles require a balancing of the competing rights which is usually connected inextricably with the facts at hand, although certain information, such as information about sexual matters or minors, by its very nature often raises a greater expectation of privacy. One right does not automatically take precedence.

I **Privacy vs. freedom of speech – a question of balance**

Article 8 ECHR provides everyone with the right to respect for private and family life, but that right can be interfered with when necessary to protect the rights and freedoms of others, such as the right to freedom of expression in Article 10. That right too is checked by duties and responsibilities, such as the protection of confidential information.

When carrying out the balancing exercise, the Courts firstly ask whether there is a reasonable expectation of privacy in relation to the information sought to be protected, then whether the Article 10 right should prevail, for example, if disclosure is in the public interest. A typical scenario involves a newspaper

publishing a scandal about a celebrity. Newspapers have often argued that they need to disclose private information to correct lies told by a celebrity, such as Naomi Campbell's lies to the press about her drug addiction, in which the Mirror newspaper successfully relied on one of the public interest exemptions in the Data Protection Act (see further below), but lost on breach of confidence⁴. What is a matter of public interest will be considered further below.

Then there are the 'special relationship' cases. The leading case of *McKennitt v Ash*⁵ involved a singer and her former friend who wrote a book which revealed private information about Ms. McKennitt's personal and sexual relationships. The Court of Appeal held that no express obligation of confidence is needed where there is an existing relationship between the parties and Ms. McKennitt could prevent the publication of the parts of the book which disclosed her confidential information.

I **Pushing the privacy boundaries**

Much of the recent case law in the UK has centred around the disclosure of information by the press and celebrities' efforts to prevent salacious stories from being published through the use of interim injunction applications, not so much trading in fame as seeking to preserve a reputation. A few years ago, there was much hysteria caused by the press as the UK went through a spate of Court applications by celebrities for the so-called "super injunction", which was essentially a complete gagging order preventing even the fact of the Court application from being published. Once an interim injunction has been granted, many cases settle because it is often not worth a newspaper fighting a battle for a story all the way to a full trial which can take up to two years and by which time, both the story and the trail has usually gone cold. This influx of

cases led to the Government instituting a review by the then Master of the Rolls, Lord Neuberger, whose report provided guidance on the granting of this type of injunction in an effort to limit the spread of applications, because of concern about the chilling effect on freedom of expression (and therefore freedom of the press) in the UK.

Where material relates to a person in the public eye, this can have the effect of giving greater weight to freedom of expression. Take, for example, the well-publicised case of Lord Browne, the former BP Chief Executive, whose former partner revealed to the press that Lord Browne had made BP's resources available to him for personal use. He also revealed that Lord Browne had discussed confidential BP business with him.

The Court of Appeal hearing the case refused to grant Lord Browne the interim injunction which he was seeking because it felt that Lord Browne was more likely than not to lose at trial. Not only was there no expectation of privacy in relation to his alleged misuse of BP's resources, but also, in cases where freedom of expression is in issue as it was here, the Court applies a stricter test when it looks at how the Claimant is likely to fare at trial when assessing whether an interim injunction should be granted. The Court felt that even if Lord Browne had had a reasonable expectation of privacy in relation to the information concerning the use of BP's resources, freedom of expression was likely to carry greater weight.

Another interesting case in which the English Court had to strike a difficult balance was the case of Max Mosley, the former president of the Fédération Internationale de l'Automobile, in which an English newspaper, the "News of the World" published a salacious piece about Mr. Mosley's activities with five prostitutes dressed in Nazi uniforms⁶. An edited video of the proceedings was made available on the newspaper's website. Mr. Mosley claimed that the acts, which the newspaper had secretly filmed, were private and invoked his Article 8 rights in order to prevent the continuing publication of the video.

Recent case law, particularly that involving famous personalities, has often led to freedom of expression taking precedence and to

newspapers being able to publish their stories, although the Courts have tended to draw the line at the publication of visual material which it considers to be too intrusive. Particularly in cases where the Court considers that there is a need to correct public lies told by someone in the public eye, they have tended to allow publication of a story in spite of the Article 8 rights which might be invoked. Interestingly, Mr. Mosley lost his application (leaving him with the option of pursuing a compensation claim to trial for breach of privacy) because the Court considered an injunction futile in view of the huge amount of publicity which the affair had already received and the number of times the on-line video had already been viewed. This case demonstrates that speed is of the essence if you are going to try to prevent the publication of material which you consider would be in breach of your Article 8 rights because, in this case, the floodgates had already been opened by the time the Judge heard the arguments.

The English High Court refused to continue a privacy injunction which it had previously granted to former England football captain John Terry on the grounds that he was using it merely to protect his commercial image from tarnishment. Again, Article 8 rights cannot be used to stop the press from talking.

The Courts have also developed privacy law beyond the disclosure of information to third parties. In *Imerman v Tchenguiz & others*⁷, in

was hearing the divorce proceedings), held that the Defendants had breached Mr Imerman's privacy rights. The Defendants' attempts to justify what they had done in the public interest of protecting freedom of speech and protecting Mr Imerman's wife's right to a fair trial under Article 6 all failed. The Court abolished the time-honoured practice in the Family Division (referred to as the "Hildebrand rules"), which encouraged divorcing couples to raid their spouse's private information, and said that merely retaining private information without its owner's consent was a breach of privacy. It also likened the accessing of private information stored on a password-protected computer to breaking into a safe.

| The public interest factor

This does beg the question how far privacy can be overridden in the public interest. One thing is clear. That is that what is in the public interest is not merely what is interesting to the public. In *Hyde Park Residence v Yelland*, the "Sun" newspaper published stills taken from a security camera without the permission of the security company which owned the camera in an article about the relationship between Princess Diana and Dodi Al Fayed. Among other things, the security company sued for copyright infringement in the stills. The newspaper argued that the publication of the photographs was in the public interest of exposing the alleged lies of Mohammed Al Fayed about the relationship. The

Recent case law, particularly that involving famous personalities, has often led to freedom of expression taking precedence and to newspapers being able to publish their stories, although the Courts have tended to draw the line at the publication of visual material which it considers to be too intrusive.

which this author was part of a team of lawyers which acted for Mr Imerman, the Defendants were accused of breaching Mr Imerman's privacy rights under Article 8 by accessing, downloading or copying and by retaining his private information, as well as by disclosing it to various third parties, in the context of gathering information for divorce proceedings.

The Court of Appeal, in joined cases in the Queen's Bench and Family Divisions (the latter

newspaper lost in the Court of Appeal which said that there was no general public interest defence to copyright infringement. What was deemed to be in the public interest was already circumscribed by statute.

If this had been a breach of privacy case, the newspaper would probably still have lost because the publication of the stills was a step too far, just as the publication of photographs of Naomi Campbell leaving a Narcotics

Anonymous meeting was unnecessary in order to write the story and correct the lies she had told the public⁸.

Clearly, there might be other reasons why privacy might be overridden in favour of the public interest and, even though they are not spelt out in the Human Rights Act, a review of other, relevant legislation quickly reveals what is considered to be in the public interest. This brings us neatly back to the question of Mr. Sarkozy's alleged perversion of the course of justice. It would clearly be a breach of privacy for a journalist to hack someone's telephone for the purpose of gathering evidence of alleged wrongdoing. It is also a criminal offence to intercept a telephone call, regulated by an array of statutes, including the Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (RIPA) and the Telecommunications (Lawful Business Practice) (Interception of Communications) Regulations 2000 which both prohibit the interception of communications over public telecommunications systems.

However, these statutes allow telecommunications to be intercepted in certain circumstances, for example, for the purpose of preventing or investigating crime, including obtaining evidence of fraud or corruption, although a warrant for interception has to be obtained, signed by a Government minister prior to the interception taking place. Restrictions also govern the use which may be made of intercepted material.

Is this a defence to a civil claim for breach of privacy? Parliament has decided that the public interest in detecting crime outweighs a person's Article 8 rights. The European Court of Human Rights has upheld the RIPA regime as compatible with the ECHR, despite a challenge to its legality in the case of *Kennedy v United Kingdom*⁹ brought under the general ECHR principle that a person can challenge the mere existence of secret measures which potentially violate his rights.

The Data Protection Act (DPA) is also engaged where personal data is harvested by intercepting a telephone call. The person intercepting the call becomes a "data controller" within the meaning of the Act and must comply with the data protection principles, which include processing the data fairly and lawfully (on notice and with legitimate grounds), which of course, they will

not do if they are processing it surreptitiously for the purpose of gathering evidence to use in mounting a civil case. This would be unlawful processing.

However, the investigation of crime falls within the exception carved out of the DPA for preventing or detecting crime and apprehending or prosecuting offenders. The DPA also includes an exemption from most of its provisions for data processed with a view to the publication of journalism.

A data controller may process personal data as part of the publication of journalistic material provided that he reasonably believes that the publication is in the public interest¹⁰. The exemption is designed to protect freedom of speech. The *Mirror* newspaper successfully relied on this exemption in the Naomi Campbell case due to the need to correct Naomi Campbell's deception of the public about her drug addiction (although it ultimately lost on breach of confidence).¹¹

Privilege

The other issue which often arises in the context of confidential information and privacy is the principle of privilege in communications between lawyer and client for the purpose of giving advice or litigation. Such information must firstly have the necessary quality of confidence and will be lost if confidentiality is not maintained. However, public policy provides an exception to the principle when the purpose of the communications was the furthering of a criminal or fraudulent design.

The test is a fairly broad one and the case-law fairly sparse, requiring some evidence of iniquity¹². It is not necessary for the person committing the iniquitous act to have been seeking a personal advantage. In *Kuwait Airways Corp v Iraqi Airways Co*¹³, for example, the iniquity principle was invoked because of perjured evidence in Court proceedings.

RIPA too contains an exception for the purposes of detecting serious crime. Whether Mr. Sarkozy's alleged corruption would be sufficiently serious to engage the exceptions in RIPA is open to debate, but it seems likely. There certainly appears to be a *prima facie* case of iniquity.

Phone-hacking

Phone-hacking was a huge scandal in the UK a few years ago when it came to light that News Group Newspapers was perpetrating a large-scale phone-hacking exercise. The victims of the hacking mounted a class action against the newspaper and the Government was so concerned by the scandal that it ordered an enquiry into the affair, led by Lord Justice Leveson. The ensuing Leveson Report in November 2012 recommended a narrowing of Section 32 DPA to try to prevent a repeat of the scandal. The Government is clear that it does not intend to introduce a new law of privacy, stating that privacy can be dealt with by existing laws, such as the Human Rights Act and, to some extent, the DPA and by self-regulation through the Press Complaints Commission. The problem we face as lawyers advising our clients is that the law has become a maze and it is still being tested.

What we can say is that the principle of respect for private life has its boundaries and that someone in Mr. Sarkozy's position would almost certainly be given short shrift by the UK Courts. Given the number of exceptions to privacy carved out of countless statutes in favour of the detection of crime and the apprehension of offenders, it seems that this is unlikely to change.

Gavin LLEWELLYN
Stone King LLP
London, England
gavinllewellyn@stoneking.co.uk

¹ 47 E.R. 1302 (1849)

² See, for example, *Douglas v Hello! Ltd* [2008] 1 AC 1

³ The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4th November 1950

⁴ See *Campbell v MGN* [2004] 2 AC 457

⁵ [2008] QB 73

⁶ It is questionable whether this can be described accurately as news of the World.

⁷ [2010] EWCA Civ 908

⁸ See footnote 4, *supra*

⁹ Application no 26839/05, 18 May 2010

¹⁰ Section 32, DPA

¹¹ See footnote 4, *supra*

¹² *BBGP Managing General Partner Ltd and others v Babcock & Brown Partners* [2010] EWHC 2176 (Ch) is one of the leading cases in this area

¹³ [2005] EWCA Civ 286



Perquisitions et demandes péremptoires visant des cabinets d'avocats

L'incessant combat pour préserver le secret professionnel

I Jean LANCTOT

Les cabinets d'avocats ne doivent, en aucun cas, devenir un lieu où les forces policières, les autorités fiscales ou autres acteurs détenteurs de pouvoirs coercitifs, peuvent puiser à leur guise les éléments de preuve dont ils estiment avoir besoin dans l'accomplissement de leur mission.

Les tribunaux canadiens ont, au fil des ans, construit méthodiquement un corpus juris-prudentiel constituant un véritable mécanisme de protection, qui assure la préservation du secret professionnel.

I Les perquisitions dans un cabinet d'avocats

Au Canada, lorsqu'on réfère à une perquisition au sein d'un cabinet d'avocats, on a le plus souvent à l'esprit le mandat émis par un juge de paix et autorisé en vertu des articles 487 et suivants du Code criminel. Ce mandat de perquisition est autorisé dans le contexte d'une enquête criminelle menée par la police. La Cour suprême a rendu trois arrêts qui font autorité à cet égard dans les affaires Descôteaux, Lavallée et Maranda¹.

Dans un arrêt phare de la Cour suprême du Canada, l'affaire Descôteaux, le plus haut tribunal était confronté, il y a plus de trente ans et pour la première fois, à une problématique de perquisition dans un bureau d'avocats.

Dans cette affaire, deux agents de la paix se sont présentés au bureau de l'aide juridique, munis d'un mandat de perquisition. Ce mandat visait certains documents, dont le formulaire intitulé « Demande d'aide juridique » qui contient entre autres des renseignements sur l'état financier du requérant.

La police avait des motifs de croire que le requérant avait menti à propos de son revenu, commettant ainsi un acte criminel.

La Cour suprême établira clairement pour la première fois la portée du secret professionnel:

« En résumé, le client d'un avocat a droit au respect de la confidentialité de toutes les communications faites dans le but d'obtenir un avis juridique. »

Qu'ils soient communiqués à l'avocat lui-même ou à des employés, qu'ils portent sur des matières de nature administrative comme la situation financière ou sur la nature même du problème juridique, tous les renseignements que doit fournir une personne en vue d'obtenir un avis juridique et qui sont donnés en confidence à cette fin, jouissent du privilège de confidentialité. Ce droit à la confidentialité s'attache à toutes les communications faites dans le cadre de la relation client-avocat, laquelle prend naissance dès les premières démarches du client virtuel, donc avant même la formation du mandat formel. »

Le juge en chef Lamer précisera qu'au-delà d'une règle de preuve, le privilège de confidentialité des communications avocat-client constitue une règle de fond.

La Cour suprême s'est par la suite appliquée à d'abord énoncer le principe selon lequel le juge de paix n'a pas compétence pour ordonner la saisie de documents qui ne seraient pas recevables en preuve devant un tribunal parce que couverts par le privilège de confidentialité.

Si l'information n'est pas visée par le secret professionnel, s'agissant par exemple de la preuve d'un crime, le juge doit tout de même être satisfait qu'il n'existe pas d'alternative raisonnable à la perquisition.

Même dans le cas où les conditions donnent ouverture à la perquisition, le juge de paix doit assortir l'exécution du mandat de modalités qui concilient la protection des intérêts que cherche à promouvoir ce droit avec celle des intérêts que cherche à promouvoir le pouvoir

de perquisitionner, et limiter à ce qui est strictement inévitable, l'atteinte au droit fondamental.

La plus haute cour précise qu'il serait, en outre, préférable d'aviser, notamment au préalable, les autorités du Barreau.

Il est important de noter que le secret professionnel n'est pas confiné aux limites physiques du cabinet d'avocats. La notion de cabinet doit elle-même recevoir une interprétation large comme l'a établi la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire Festing². Le cabinet ou « bureau d'avocats » comprend tout endroit où il y a des documents protégés par le secret professionnel. La Cour précise qu'il pourrait s'agir entre autres de la résidence de l'avocat ou l'endroit où il entrepose ses dossiers archivés.

Le législateur canadien entreprend, suite à l'arrêt Descôteaux, d'encadrer la procédure de perquisition dans un cabinet d'avocats. L'article 488.1 du Code criminel fut adopté pour, éventuellement, faire l'objet d'un examen par la Cour suprême dans l'affaire Lavallée.

Ultimement, le plus haut tribunal déclara unconstitutional l'article 488.1 et invita le législateur à adopter un nouvel article qui le remplacerait. La Cour proposa les lignes directrices suivantes applicables aux perquisitions dans les cabinets d'avocats.

1. Aucun mandat de perquisition ne peut être décerné relativement à des documents reconnus comme étant protégés par le secret professionnel de l'avocat.

2. Aucun mandat de perquisition dans un bureau d'avocats ne peut être décerné non plus s'il existe d'autres solutions de recharge raisonnables.

- 3.** Le juge saisi de la demande de mandat doit être rigoureusement exigeant pour ce qui est des communications entre client et avocat.
- 4.** Sauf autorisation contraire du mandat, tous les documents en la possession d'un avocat, doivent être scellés avant d'être examinés ou saisis.
- 5.** Il faut faire tous les efforts possibles pour communiquer avec l'avocat et le client au moment de l'exécution du mandat de perquisition et, lorsque l'avocat ou le client ne peut être joint, un représentant du Barreau devrait superviser la mise sous scellés et la saisie des documents.
- 6.** L'enquêteur qui exécute le mandat doit rendre compte au juge de paix des efforts faits pour joindre tous les détenteurs potentiels du privilège, lesquels devraient ensuite avoir une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège et, si cette objection est contestée, de faire trancher la question par les tribunaux.
- 7.** S'il est impossible d'aviser les détenteurs potentiels du privilège, l'avocat qui a la garde des documents saisis, ou un autre avocat nommé par le Barreau ou par la Cour, doit examiner les documents pour déterminer si le privilège devrait être invoqué et doit avoir une occasion raisonnable de faire valoir ce privilège.
- 8.** Le procureur général peut présenter des arguments sur la question du privilège, mais on ne devrait pas lui permettre d'examiner les documents à l'avance et l'autorité poursuivante peut examiner les documents uniquement lorsqu'un juge conclut qu'ils ne sont pas privilégiés.
- 9.** Si les documents scellés sont jugés non privilégiés, ils peuvent être utilisés dans le cours normal de l'enquête.
- 10.** Si les documents sont jugés privilégiés, ils doivent être retournés immédiatement au détenteur du privilège ou à une personne désignée par la Cour.

Le Parlement canadien n'a toujours pas répondu à l'invitation de la Cour et aucun nouvel article n'a été adopté.

Dans l'affaire Maranda, le problème prend naissance dans une enquête policière menée par la Gendarmerie Royale du Canada (GRC) visant un dénommé Charron, soupçonné d'être impliqué dans des opérations de blanchiment d'argent et de trafic de stupéfiants. La GRC avait obtenu l'autorisation de perquisitionner le cabinet de Me Maranda dans le but de saisir les documents relatifs aux honoraires et débours que ce dernier avait facturés à son client Charron.

La Cour suprême conclut que la saisie et la perquisition étaient déraisonnables et abusives au sens de l'article 8 de la Charte canadienne des droits et libertés en raison de la violation de l'obligation de minimisation et de l'absence de communication avec l'avocat.

L'obligation de minimisation dont avait déjà parlé la cour dans l'affaire Descôteaux, n'avait pas été respectée. La perquisition, d'une durée de treize heures, avait eu lieu pendant les heures de bureau. Des représentants du Barreau du Québec s'étaient objectés à la saisie de certains documents au motif qu'ils n'étaient pas identifiés au mandat de perquisition, sans résultat. Les policiers n'avaient fait aucun effort pour aviser Me Maranda. Tous ces éléments ont contribué à ce que la cour conclut au caractère déraisonnable et abusif de la perquisition.

Enfin, la Cour a établi que le compte d'honoraires de l'avocat et son acquittement par le client sont, en règle générale, couverts par le secret professionnel.

Depuis l'affaire Lavallée, les tribunaux canadiens ont raffiné l'application des principes dégagés par la Cour suprême. C'est ainsi notamment que le juge Cournoyer de la Cour supérieure du Québec s'est dit d'avis dans l'affaire Directeur des poursuites criminelles et pénales et Shérif de la chambre criminelle et pénale en 2010³, qu'il était difficile de croire qu'il était constitutionnellement possible de tenir une audience *ex parte* au sujet du secret professionnel de l'avocat depuis l'arrêt Lavallée.

Les demandes péremptoires

Outre les perquisitions, le régime des demandes péremptoires émanant des autorités fiscales, constitue également une problématique de violation potentielle du secret professionnel de l'avocat, sans que le client n'en ait connaissance, et encore moins qu'il y ait consenti.

Dans un arrêt très récent, la Cour d'appel du Québec s'est penchée sur la question. Les faits de l'affaire *Procureur général du Canada c. Chambre des notaires du Québec*⁴, à laquelle s'est joint le Barreau du Québec à titre d'intervenant, sont les suivants: de nombreux notaires reçoivent des demandes péremptoires formulées sous l'autorité de l'article 231.2 de la *Loi sur l'impôt sur le revenu*. Ces demandes sont faites par des fonctionnaires de l'Agence du revenu du Canada et le défaut de s'y soumettre peut entraîner des accusations pénales qui, en cas de condamnation, amènent soit une amende de 1 000 \$ à 25 000 \$, soit une telle amende et une peine d'emprisonnement maximale de 12 mois.

Le ministre peut également s'adresser à un juge pour détenir une ordonnance afin d'obtenir l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents qu'il cherche à obtenir.

La Chambre des notaires s'est adressée aux tribunaux pour faire déclarer les dispositions litigieuses inconstitutionnelles parce qu'elles visent des documents qui, *prima facie*, sont protégés par le secret professionnel.

Le Barreau du Québec s'est joint au recours, soutenant en tout point la Chambre des notaires.

Citant abondamment l'affaire Lavallée précitée, la Cour d'appel, sous la plume de l'honorable Marie-France Bich, estime que les propos tenus dans Lavallée sont applicables au régime des demandes péremptoires, régime qui souffre de caractéristique dominante fatale, à savoir la violation potentielle du secret professionnel au mépris du droit que le détenteur du privilège possède et qui peut faire en sorte qu'il ne sache même pas que son privilège est menacé.

La Cour a rejeté l'argument du ministère public qui estime que les avocats ou les notaires veilleront à remplir leurs devoirs avec diligence. Compter là-dessus déplacerait indûment de l'État à l'avocat, le fardeau de garantir que les droits préservés par la constitution (le secret professionnel) sont respectées.

Conclusion

Les tribunaux canadiens ont mené un combat résolu et déterminé vis-à-vis les velléités exprimées par le législateur canadien, que ce soit en matière de perquisition au sein des cabinets d'avocats ou de demandes péremptoires des autorités fiscales visant des avocats ou des notaires.

Le statut du secret professionnel de l'avocat, élevé au rang de règle de fond par l'arrêt Descôteaux et garantissant l'intégrité du système judiciaire, a permis aux tribunaux canadiens de construire une jurisprudence permettant de poser des balises assurant la protection du privilège de confidentialité que détient le client. Pour paraphraser madame la juge Bich: « on ne peut accepter que l'État ait recours à des perquisitions ou à des demandes péremptoires auprès des avocats par simple commodité, alors que des mesures de rechange seraient disponibles. »

Jean LANCTOT
Lanctot Avocats S.A.
Montréal, Canada
jlanctot@fml.ca

¹ Descôteaux et autre c. Mierwinski, [1982] 1 RCS 860 (ci-après: « Descôteaux »), Lavallée, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général); White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général); R. c. Fink, 2002 CSC 61, [2002] 3 RCS 209 (ci-après: « Lavallée ») et Maranda c. Richer, 2003 CSC 67, [2003] 3 RCS 193 (ci-après: « Maranda »).

² Festing v. Canada (Attorney General), 2003 BCCA 112

³ Directeur des poursuites criminelles et pénales et Shérif de la Chambre criminelle et pénale, 2010 QCCS 2362, permission d'en appeler refusée à 2010 QCCA 1909.

⁴ Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec, 2014 QCCA 552 (demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême en cours: 20 mai 2014).

Follow us on social networks!

Union Internationale des Avocats



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



Stay updated with our latest news on Facebook



Follow our events as they are happening on Twitter



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



www.uianet.org

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



Pratique du Droit Legal Practice Ejercicio de la Abogacía



Corruption, Transparency and Justice

This resolution was presented at the closing ceremony of the 57th Congress of the Union Internationale des Avocats (UIA - International Association of Lawyers) in Macau SAR, China and adopted by the Governing Board in Barcelona, Spain on March 29, 2014. The UIA brings together lawyers, bar federations and lawyers' associations from 120 countries, who represent all the regions of the world and all legal systems.

Having regard to the signature of numerous multilateral instruments that aim to prevent and fight corruption, and in particular the United Nations Convention against Corruption, which was adopted on 31 October 2003,

Being persuaded that corruption threatens individual trust in institutions and governments, undermines democratic principles, hinders the social and economic development of a country and negatively impacts human rights,

Observing that this global, complex phenomenon represents one of the greatest challenges with which States and international institutions are confronted,

Whereas the judicial system and its stakeholders have a key role to play in this fight, both in investigations and prosecuting those persons who are involved in corruption-related cases, as well as in guaranteeing effective protection of the victims of corruption,

Wishing to make an active commitment to this fight, as key officers in the administration of justice, in particular when representing victims or the suspected perpetrators of crimes of corruption or corruption-related crimes, or when representing individuals or organisations that expose corrupt practices,

Being of the opinion that the fight against corruption cannot justify restricting and/or violating the principles of the Rule of Law and/or international standards concerning rights of defence, and that it is moreover in the interest both of suspects and victims that the procedures implemented conform to these rights and principles,

Calls on lawyers and professional associations of lawyers to:

- Familiarise themselves with and receive training on the existing international and

national mechanisms that prevent and combat corruption, in order to be able to fulfil their mandate as guardians of fundamental rights as effectively as possible in procedures that involve corruption offences:

- for the protection of the rights of defence, as set forth, inter alia, in the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Basic Principles on the Role of Lawyers.
 - for the defence of victims' right to adequate and effective compensation, regardless of the perpetrator of the acts of corruption.
- Within the limit of their mandate, to implement national or international checks and balances on procedures if breaches are reported of human rights and fundamental freedoms, as recognised by international and national law, including all rights of defence,
 - Make their experience available to States and international or regional organisations that are specialised in the fight against corruption, in particular for the design and periodic assessment of the legal instruments that are adopted in this field.

Calls on States to:

- Guarantee that the judicial system has the requisite resources (in particular legislative) to combat corruption with complete independence and impartiality, in particular vis-à-vis the executive authorities,
- Ensure that the rights of defence and the right to a fair trial – fundamental rights that are recognised by all international conventions – are strictly upheld during procedures involving corruption cases, regardless of the body before which proceedings were brought. The

authorities must, in particular, be attentive to respect for such rights where responsibility for oversight, enquiries and/or investigations is entrusted to specialised bodies, in particular by providing for accessible and effective avenues of appeal,

- Take appropriate measures in order to encourage the active participation of civil society in the design of anti-corruption policies, and in particular professional lawyers' associations where such policies are liable to affect the essential principles of the profession and the role of professional associations,
- Adopt the necessary measures so that the bodies that are involved in the fight against corruption are subject to external control that guarantees their independence, freedom from manipulation, procedural transparency and respect for the Rule of Law.

Lastly, calls on international organisations to:

- Continue their efforts to combat corruption, while ensuring the effective implementation of the principles and rules set forth in the international and regional instruments that are ratified by States for the attention of the public and private sectors,
- Ensure that the various systems for assessing the measures implemented by States and enterprises to combat corruption take into account respect for fundamental rights by all the parties involved,
- Facilitate international cooperation between the various parties involved in the fight against corruption and encourage multilateral exchanges between States, as well as between States and international organisations, in particular in the field of judicial cooperation.



Street Art: Vandalism or Freedom of Artistic Expression? The “Slave Labor” Controversy

Christine SARTINI VANDENKERCKHOVE

In June 2013, the politically charged “Slave Labor (Bunting Boy),” stencilled (spray painted) on a North London wall by the infamous graffiti artist Banksy, was sold at a private auction held by the London-based Sincura Group for more than £750,000.¹ As street art is commonly motivated by a political or social cause, “Slave Labor” was interpreted as a political remark on Queen Elizabeth II’s Diamond Jubilee celebrations. The work, in which Banksy depicted a young boy sewing a Union Jack bunting, materialised in 2012 on the wall of a discount shop, which had recently been accused of selling products produced by child labourers.

Earlier this year in February the work vanished, resurfacing on Fine Art Auctions Miami’s website, advertised as part of an upcoming auction. Upon learning of the work’s whereabouts, the North London neighbourhood was enraged that someone had “stolen” the work that they considered a gift from Banksy to the area. Haringey Council, which represents the district of outraged residents, undertook an international campaign to have the work returned to London.² Though the international attention raised by this campaign was enough to remove the piece from the Miami auction, “Slave Labor” was not returned to its North London wall. Their protests were only successful in identifying the previously anonymous sellers, who were revealed to be the owners of the building on which the work appeared. The work was eventually brought back to London, but only to be auctioned off by the Sincura Group. This controversy poses many questions with regard to the commercialisation of street art.

The recent progression of street art is a phenomenon which is forcing the public to reassess the criminal stigma attached to graffiti. Graffiti as vandalism is considered a nuisance and forces States to incur huge costs in removing it. For example, New York’s NoGraffiti Network President Randy Campbell estimated

the cost of ‘monitoring, detecting and removing graffiti’ at \$15-\$18 billion in 2010.³ The Fair Observer reports that in London, a House of Lords committee estimated the damage at £100 million per year in 2003.⁴ In response, most countries have laws that criminalise graffiti and street art. British Laws such as the British Anti Social Behaviour Act 2003 and the Clean Neighbourhoods and Environment Act 2005 all convey zero tolerance for graffiti and place heavy fines and criminal charges on those who are involved in unauthorised graffiti or street art.⁵ In the US, graffiti databases allow vandalism incidents to be documented in order to trace future graffiti to the offender and help prosecute offenders for multiple counts of vandalism.⁶ Making strides in fighting vandalism, Australia has designated walls for exclusive use by graffiti artists.⁷ Many other cities throughout the world have begun to implement similar strategies in reducing illegal graffiti.

It is generally accepted that private citizens commit vandalism when they wilfully damage or deface the property of others or the commons.⁸ Graffiti veteran, JonOne, has said “it is easier to destruct than create.” However, the issue with graffiti comes in defining what is damaging. What happens when the final product is actually contributing to society instead of damaging? Who decides the difference between what is vandalism and what is street art? Recently markets have decided, placing an enormous value on some of the world’s unauthorised street art. For example, unauthorized works created by Banksy have sold for hundreds of thousands of dollars. The commercialisation of street art is often referred to as “The Banksy Effect.” This has spurred a debate of what these pieces are worth when removed from their context.

Street art is often a time – and place – specific social expression or political statement placed in public areas in order to be accessible to the public for free. When removed from that context, do these pieces lose their societal

value? On the other hand, if not preserved, are these pieces at risk of being destroyed or, with their rising value, stolen? Many auction houses and galleries struggle with this moral dilemma. Some of the world’s most renowned auction houses were successfully persuaded by Banksy to refuse to auction unauthorised works removed from their public context. They do however sell his prints authenticated by Banksy’s own agency, Pest Control. Many of Banksy’s works have been painted over or destroyed; through removal and auction or sale, some of these highly valued works of art are saved. Although Pest Control no longer authenticates Banksy’s street art in order to maintain the intended context, Banksy has acknowledged that this policy also serves to shield him from being implicated in criminal activity. This leads us to the difficult issue of the rights of the artist over his own work.

In most countries property law dictates that the artist has no rights of ownership on works placed, unauthorised, on public or private structures. Instead, the owner of the structure retains property rights on the original copy of the work, or has the burden of removing the work from the structure through cleaning or painting. In the case of the Banksy controversy, both Fine Art Auctions Miami and the Sincura Group had no issue with the work’s provenance, because the sellers were revealed to be the owners of the structure where the original work was placed.¹⁰ During the controversy the Sincura Group released a declaration which confirmed “that both Scotland Yard and the FBI have issued statements that there is no evidence of criminality involved in the removal of this illegally painted work and therefore no case to answer.”¹¹ However, there may be other laws that could provide the artist with some rights. In the US, it is possible for street artists to claim the protections of the Copyright Act, 17 U.S.C. § 101. Under this law, artists may receive specific exclusive rights on their creative work, such as control of the display and distribution

of copies, yet still have no control over the original copy which is owned by proprietor of the structure where the unauthorized work was placed.¹² However, U.S. courts have shown deference to the building owner's property rights when there is a conflict between copyright and property law. In addition, the criminal and illegal nature of graffiti or street art may prevent federal copyright protection. In order to bring suit to these claims, graffiti artists would have to claim ownership of the copyright of the work, exposing themselves to prosecution under state or local criminal vandalism laws or to a tort lawsuit for trespass to land.

Graffiti artists in the U.S. may also attempt to claim "moral rights" over their work. Established in an amendment to Copyright laws, the Visual Artists Rights Act of 1990 or 'VARA', 17 U.S.C. § 106(a), gives artists of "works of visual art" the right to claim authorship of the work, "prevent the use of his or her name as the author of any work of visual art which he or she did not create," and "prevent the use of his or her name as the author of the work of visual art in the event of a distortion, mutilation, or other modification of the work which would be prejudicial to his or her honour or reputation."¹³ However, in *English v. BFC & R. East 11th Street LLC*, the district court ruled that illegal murals are not protected under VARA. The suit was brought by a group of artists to prevent the removal of an unauthorised art display on public New York City property. *English v. BFC&R E. 11th St. LLC, 1997 U.S. Dist. LEXIS 19137, (S.D.N.Y. 1997)*.¹⁴

Further, some countries in Europe have elected to adopt a "Panorama freedom" statute that puts controls in place which limit the right of the copyright owner to file a suit based on a breach of copyright against the creators and/or distributors of such images. This is an exception to the normal rules of copyright law; the latter states an owner has the exclusive right to authorize the creation and distribution of their original work and includes the 'moral rights' of the artist. The EU's Directive 2001/29/EC allows for member states to adopt a freedom of panorama clause within their existing copyright laws, but does mandate that they do so.¹⁵ Panorama Freedom or "*Panoramafreiheit*" was first defined in article 59 of the German *Urheberrechtsgesetz*, and later adopted by

Switzerland in article 27 of the *Urheberrechtsgesetz*. However in other countries such as Italy, the publication and distribution of photographic reproductions of public places continues to be prohibited. While varying substantially from country to country, this exception usually applies to 3D works on permanent public display. Public display may mean only outdoor public places or it may extend to indoor places where admission is charged. Paintings and other forms of 2D art, including street art, are not covered by this exception.

As the public's perception of street art evolves, there have been examples of public outcry to preserve the works that they stake a claim in, due to the fact that the works have contributed positively to their neighbourhoods, becoming part of the areas' identity. In the Banksy case, Haringey Council claimed the work enriched the area and it therefore belongs to the people. Council leader Claire Kober echoed this sentiment, stating that the work is "a landmark that people have come from all over London, the UK and the world to see."¹⁶ Their pleas to keep the Banksy work in London were futile due to the fact that the Arts Council of England could not intervene. The Council could only have required an export license, which could have stopped the piece from leaving the country, if the work had been at least 50 years old. In Berlin, after sections of the East Side Gallery were destroyed by developers, thousands of citizens organized a lobby for the wall to be granted protection as a UNESCO World Heritage Site, in efforts to save it from future destruction.¹⁷ This would be the first time graffiti or street art would be granted protection as a World Heritage Site. However many of the world's laws, that could potentially allow the public to preserve street art, require the art to be historic, which street art, impermanent by nature, rarely is.

The emerging popularity and reverence of street art proves difficult to protect as its essence as a political or social statement, accessible to all, also places it in a vulnerable state open to destruction. Today there is neither a legal method in differentiating between vandalism and art nor is there a legal framework in protecting these contemporary works while still preserving them in their context. The discussion of street art in a legal context sits in stark contrast to the essence of

street art which is provocative and anonymous. Do all street artists even want legal protection? How do we tell the difference between a street artist and a criminal? Is there a difference? Should the law bother protecting even the most beautiful and inspirational work if its origins are criminal? This discussion is certainly not over...

Christine SARTINI VANDENKERCKHOVE

LVP LAW

Brussels, Belgium

chris.sartini@lvplaw.be

NB:

Article drafted with the help of Lulia Hito, American trainee with the law firm LVP LAW (Brussels).

¹ www.bloomberg.com/news/2013-06-02/disputed-banksy-mural-sells-for-more-than-1-1-million.html

² www.haringey.gov.uk/index/news_and_events/banksy-campaign.htm

³ http://usatoday30.usatoday.com/tech/news/2010-03-01-graffiti-tech_N.htm?loc=interstitialskip

⁴ www.fairobserver.com/360theme/street-art-fun-loving-criminals

⁵ www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/38/contents

⁶ http://usatoday30.usatoday.com/tech/news/2010-03-01-graffiti-tech_N.htm?loc=interstitialskip

⁷ www.legal-walls.net/

⁸ www.oed.com/

⁹ www.itsartlaw.com/2013_03_01_archive.html

¹⁰ <http://artsbeat.blogs.nytimes.com/2013/06/03/disputed-banksy-work-brings-1-1-million-at-auction/>

¹¹ <http://artsbeat.blogs.nytimes.com/2013/06/03/disputed-banksy-work-brings-1-1-million-at-auction/>

¹² <http://wjta.wordpress.com/2011/05/12/selling-the-writing-on-the-wall-does-copyright-protect-the-work-of-graffiti-artists/>

¹³ www.law.cornell.edu/uscode/text/17/106A

¹⁴ <http://wjta.wordpress.com/2011/05/12/selling-the-writing-on-the-wall-does-copyright-protect-the-work-of-graffiti-artists/>

¹⁵ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:EN:PDF>

¹⁶ www.itsartlaw.com/2013/04/part-ii-unesco-forced-to-consider.html

¹⁷ www.itsartlaw.com/2013/04/part-ii-unesco-forced-to-consider.html



La nouvelle loi belge sur l'arbitrage

Marc DAL

La Belgique dispose d'une nouvelle loi en matière d'arbitrage. Cette loi, promulguée le 24 juin 2013 et publiée au *Moniteur belge* le 28 juin 2013, est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2013¹.

Un objectif ambitieux : offrir à la Belgique un cadre légal moderne et conforme à la meilleure pratique internationale

La nouvelle loi a pour objectif d'aligner la législation belge en matière d'arbitrage sur la loi type de la CNUDCl qui compte parmi les textes les plus avancés en la matière. Une soixantaine de pays disposent d'une législation inspirée de la loi type, ce qui a pour effet

possibilité d'évoquer le projet de loi. Il ne l'a pas fait de telle sorte que la loi fut promulguée le 24 juin 2013.

Conscient de l'intérêt qu'a la Belgique d'accueillir des arbitrages internationaux, le législateur a voulu offrir une législation « ouverte à l'arbitrage international et (...) disposant d'une législation progressiste en matière d'arbitrage. Ceci devrait faire de notre pays un lieu attractif pour les arbitrages internationaux avec les retombées positives qui en résultent à la fois en termes de prestations de services de haut niveau intellectuel et d'incidences économiques et financières »².

Quelques mois après que le Centre belge d'arbitrage et de médiation (le Cepani) a adopté son nouveau règlement d'arbitrage³, le

Sont désormais arbitrables les causes de nature patrimoniale et les causes de nature non-patrimoniales sur lesquelles il est permis de transiger.

d'uniformiser dans une large mesure la pratique internationale. Le législateur belge a toutefois tenu compte des particularités nationales en les conservant, ou, le cas échéant, en les adaptant. Il a également fait œuvre de droit comparé en s'inspirant notamment des lois allemande, espagnole, française et suisse.

La loi est le fruit des réflexions d'un groupe de travail composé d'experts de l'arbitrage. C'est sur la base du texte établi par ce groupe de travail que le projet de loi a été établi. Le parcours législatif fut remarquablement rapide. Après avoir approuvé l'avant-projet de loi le 27 décembre 2012, le ministre de la Justice a soumis le texte au Conseil d'État qui a rendu son avis le 21 janvier 2013. La commission de la Justice de la Chambre a approuvé à l'unanimité le texte présenté par le ministre au mois d'avril 2013. Les 135 parlementaires présents en séance plénière ont approuvé le projet de loi à l'unanimité. Le Sénat avait la

législateur a donc décidé de doter la Belgique d'une législation moderne et conforme à la meilleure pratique nationale et internationale.

Les choix du législateur belge

Le législateur a posé différents choix de base:

- Il a voulu une réforme globale. Il ne s'est pas contenté de modifier le texte qui existait pour l'améliorer. Le texte est nouveau. Il est le fruit d'une réflexion générale sur l'arbitrage en Belgique.
- Les nouvelles dispositions sont intégrées dans le Code judiciaire et ne font pas l'objet d'une loi distincte.
- Si la loi type de la CNUDCl concerne l'arbitrage commercial international, les

dispositions de la nouvelle loi ne sont pas limitées à un tel arbitrage mais s'appliquent à tous types d'arbitrages.

- Aucune distinction n'est opérée entre les arbitrages nationaux et internationaux au motif que ces deux types d'arbitrage doivent bénéficier des mêmes qualités d'autonomie et de souplesse.

Les principales nouveautés de la loi belge

Quelles sont les principales nouveautés de la loi du 24 juin 2013?

- L'article 1676 du Code judiciaire définit un nouveau critère d'arbitrabilité. Cette disposition est directement inspirée du droit allemand. Sont désormais arbitrables les causes de nature patrimoniale et les causes de nature non-patrimoniale sur lesquelles il est permis de transiger. Le caractère patrimonial de la cause porte sur les droits qui présentent pour l'une des parties au moins un intérêt de nature pécuniaire. Ce critère doit être apprécié de manière large. Pour les causes de nature non-patrimoniale, la référence aux droits « sur lesquels il est permis de transiger » est maintenue. La condition de l'aliénabilité est liée à celle de l'objet du litige.

- Les procédures judiciaires sont désormais regroupées au sein des cinq tribunaux de première instance du siège des cinq cours d'appel du pays. Que ce soit pour le juge d'appui ou le juge de contrôle, les compétences ont été regroupées au sein de ces juridictions. Les procédures portant sur la constitution du tribunal ou la récusation sont simplifiées. Ainsi, le président du tribunal agissant comme en référé pourra intervenir pour ces questions conformément aux articles 1685 et 1686 du Code judiciaire. La procédure d'exequatur visée à l'article 1720

du Code judiciaire est également simplifiée. Le législateur a voulu que l'intervention du juge soit de nature à garantir l'efficacité de l'arbitrage. La spécialisation des magistrats en charge du contentieux de l'arbitrage devrait constituer une conséquence positive de ce regroupement de compétences.

3. C'est avec cette même volonté qu'a été supprimée la possibilité de faire appel d'une décision du tribunal de première instance statuant sur une demande d'annulation. Cette possibilité était de nature à décourager les parties qui envisageaient de choisir la Belgique comme lieu de l'arbitrage. Aujourd'hui, seul un pourvoi en cassation est possible, ceci conformément au droit commun.
4. Une sentence ne pourra être annulée que si l'existence d'une des causes d'annulation visée à l'article 1717, § 3, du Code judiciaire est établie. Dans certains cas, le tribunal de première instance ne pourra prononcer l'annulation que si la cause en question a une incidence sur la sentence.
5. Deux causes d'annulation qui étaient consacrées par l'ancienne loi ont été supprimées. Il s'agit de l'existence de motifs contradictoires qui posait problème car le juge n'était pas censé se prononcer sur la motivation de la sentence, ce qu'il était parfois amené à faire en appréciant une éventuelle contrariété dans les motifs. L'autre cause d'annulation qui a été supprimée porte sur l'absence d'écrit et de signature de la sentence. Prononcer l'annulation pour un tel motif de nature purement formelle a paru disproportionné aux yeux du législateur.

6. Le tribunal de première instance, saisi d'une demande d'annulation, peut « sauver » la sentence en la renvoyant devant le tribunal arbitral afin que celui élimine le motif de l'annulation. L'article 1717, § 6, du Code judiciaire dispose en effet que: « lorsqu'il lui est demandé d'annuler une sentence arbitrale, le tribunal de première instance peut, le cas échéant et à la demande d'une partie, suspendre la procédure d'annulation pendant une période dont il fixe la durée afin de donner au tribunal arbitral la possibilité de reprendre la procédure arbitrale ou de prendre toute autre mesure que ce dernier juge susceptible d'éliminer les motifs d'annulation ». Le législateur a donc voulu que l'annulation de la sentence soit la sanction extrême. Si le tribunal arbitral peut remédier à une situation qui conduirait à l'annulation, il en a la possibilité. Il en va de même pour la demande d'exécution de la sentence.
7. Le législateur a organisé le régime des mesures provisoires et conservatoires. À la différence de ce qui est prévu dans la loi type, ces mesures ne sont pas décrites de manière précise afin que le tribunal arbitral puisse garder toute liberté en la matière. La loi ne permet pas au tribunal arbitral de prononcer des mesures unilatérales.
8. Bien qu'ils étaient déjà d'application, les principes fondamentaux de la procédure arbitrale que sont l'égalité des parties, le respect des droits de la défense et du contradictoire ainsi que la loyauté des débats sont désormais consacrés par la loi.
9. La règle selon laquelle les parties organisent librement la procédure est confirmée. Mettant fin à une controverse née de la jurisprudence, la procédure de récusation des

arbitres peut donc être organisée par les parties.

10. En vertu de l'article 1722 du Code judiciaire, la condamnation prononcée par une sentence arbitrale se prescrit par dix années révolues à partir du moment où la sentence a été communiquée.

Enfin, notons que l'exclusion conventionnelle du recours en annulation, telle qu'elle découlait déjà de l'ancienne loi est maintenue lorsqu'aucune des parties n'est, en vertu de l'article 1718 du Code judiciaire, « soit une personne physique ayant la nationalité belge ou sa résidence habituelle en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique, son siège statutaire, son principal établissement ou une succursale ». Les parties peuvent donc limiter les recours contre la sentence arbitrale. Cette possibilité n'est ouverte qu'aux parties qui choisissent la Belgique comme lieu d'arbitrage et qui ne présentent aucun lien avec la Belgique. L'absence de lien est définie pour les personnes physiques comme celles n'ayant pas la nationalité belge ou leur domicile ou leur résidence habituelle en Belgique et pour les personnes morales comme celles n'ayant pas en Belgique leur siège statutaire, leur principal établissement ou une succursale. Cette interprétation du lien avec la Belgique doit être interprétée restrictivement.

Marc DAL
Dal & Veldekkens
Bruxelles, Belgique
marc.dal@dalvel.com

¹ L'auteur a publié un commentaire de la loi du 24 juin 2013: M. Dal, La nouvelle loi sur l'arbitrage, JT, 2013, p. 785.

² Doc. Ch., 53 2743/001, p. 6.

³ Ce règlement peut être consulté sur le site www.cepani.be.

Donnez-nous votre email !

Gardez le contact avec l'UIA

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

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





L'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique fait peau neuve

I Patricia ABIMBOLA

The OHADA uniform act relating to commercial companies and economic interest group as revised was published in the OHADA Official Journal on February 4, 2014 and entered into force on May 5, 2014.

It is in direct line with the vision of the founding fathers of the OHADA Treaty, i.e. a business law harmonized, simple, modern and suited so as to facilitate the business activity.

Several issues were revised and numerous innovations, introduced by the OHADA legislator. The possibility granted to both members (art. 133-2) and directors (art. 454-1) to participate respectively to the general meetings and to board meetings by way of videoconference or other telecommunication means is in particular noteworthy.

The interest of the multinationals' management no doubt will be prompted by this noticeable step forward that will allow them to optimize a precious time and to reduce traveling by using that possibility to participate to discussions of the Board and to cast votes from a distance. Using videoconference or other telecommunication means is chiefly conditional, pursuant to article 454-1, to:

- permission being given by the by-laws to call upon those methods,
- compliance with certain technical features allowing at least the transmission of the voice of the participants and the continuing and simultaneous retransmission of the discussions.

The OHADA legislator also requires the minutes of the discussions to report any technical incident that may have arisen during the course of the meeting and that may have disturbed its course.

Using that possibility will have as a consequence to lower the threshold to be reached within the Board of directors from 50% of the directors present to 1/3rd.

This reform of the operation of the boards of public limited companies governed by the revised OHADA Uniform Act must be saluted in an increasingly competitive business environment where prompt decision making by the management is a guarantee of the competitiveness of their undertakings.

Le législateur communautaire se met au diapason: les technologies de la communication font leur entrée au sein des Assemblées Générales et des Conseils d'administration de l'OHADA.

Plus de 16 ans après son entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1998, l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Économique (AUSCGIE), tel que révisé, a été adopté le 30 janvier 2014 par le Conseil des Ministres de l'OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires) réuni à Ouagadougou (Burkina Faso).

L'AUSCGIE est l'un des neuf accords cadres actuellement en vigueur, pris pour l'adoption de règles communes prévues par le Traité OHADA. Cet accord international a été porté sur les fonts baptismaux il y a déjà plus de deux décennies, le 17 octobre 1993, par les Chefs d'État et de Gouvernement de 14 États africains réunis à Port-Louis (République de Maurice). Il a ensuite été révisé à Québec le 17 octobre 2008.

Institution originale, l'OHADA, fondée sur la noble ambition d'une uniformisation du droit des affaires à l'échelle du continent, compte aujourd'hui 17 membres. Son rayonnement sur la scène internationale des affaires est incontestable et, l'Organisation, citée comme exemple d'une intégration juridique et économique réussie, a fait des émules.

L'Acte Uniforme précité, publié au Journal Officiel de l'OHADA le 4 février 2014 et entré en vigueur le 5 mai 2014, s'inscrit en droite ligne de la déclaration des pères fondateurs en Préambule du Traité, lesquels se disaient: « Persuadés que la réalisation de [ces] objectifs suppose la mise en place dans leurs États d'un Droit des Affaires harmonisé, simple, moderne et adapté, afin de faciliter l'activité des entreprises ». L'ampleur de la révision est considérable puisque plus de 450 dispositions sont impactées par cette

réforme qui, en effet, fait la part belle à la simplification et à la modernisation du fonctionnement des entreprises, lesquelles pourront désormais apprécier de « vivre avec leur temps ».

Un tour d'horizon des matières révisées ou des innovations introduites par le législateur communautaire, permet de citer, sans que cette liste soit exhaustive:

- la facilitation de la tenue des instances statutaires et la simplification des formalités de publicité par la consécration de certains procédés virtuels,
- l'instauration de la Société par Actions Simplifiée (SAS) et de la société à capital variable,
- le renforcement du rôle du Commissaire aux comptes, des droits des actionnaires, des règles de transparence et de bonne gouvernance,
- et enfin, l'introduction de nouvelles incriminations pénales sanctionnant le non respect des dispositions relatives à la gérance, à l'administration et à la direction des sociétés.

Une des innovations majeures est la possibilité offerte, tant aux associés (article 133-2) qu'aux administrateurs (article 454-1), de participer les uns, aux assemblées, et les autres aux réunions du Conseil d'administration par visioconférence ou par d'autres moyens de télécommunication.

Ce progrès notable en matière de droit des sociétés va certainement susciter l'intérêt des multinationales et des grands groupes dont la composition des Conseils d'administration est par nature internationale. Leurs dirigeants vont en effet pouvoir optimiser un temps précieux et éviter certains déplacements en usant de la faculté qui leur est offerte de prendre part aux délibérations du Conseil et de voter à distance.

Le nouveau texte apporte une souplesse et une certaine liberté dans le mode de fonctionnement de l'organe délibérant.

I. L'article 454-I ou l'entrée du virtuel dans les Conseils d'administration de l'OHADA

I. L'accord préalable des actionnaires pour l'usage de procédés interactifs

L'alinéa 1^{er} de cet article stipule: « *Si les statuts le prévoient, les administrateurs qui participent au conseil par visioconférence ou par d'autres moyens de télécommunication permettant leur identification et garantissant leur participation effective peuvent voter oralement.* »

La 1^{re} condition est donc que les statuts prévoient le recours à ces procédés. Cela implique par conséquent, une modification préalable du contrat de société des entreprises déjà existantes à la date d'entrée en vigueur de l'Acte Uniforme révisé.

L'article 454-I précise en outre, en son alinéa 4 que: « *Les statuts peuvent limiter la nature des décisions pouvant être prises lors d'une réunion tenue dans ces conditions.* »

Une comparaison avec les textes français qui régissent cette question, permet de constater que ces derniers sont plus restrictifs que l'article 454-I. En effet, la loi NRE¹ du 15 mai 2001 qui avait permis, en l'encadrant, la visioconférence dans les Conseils d'administration des sociétés françaises a fait par la suite l'objet de réaménagements afin de remédier aux difficultés pratiques rencontrées par les praticiens dans l'utilisation du dispositif.

L'article L 225-37 du Code de commerce, actuellement en vigueur, pose les conditions préalables suivantes en son alinéa 3:

■ d'une part, le recours à des moyens de visioconférence ou de télécommunication ne doit pas être interdit par les statuts et doit être nécessairement prévu par le règlement intérieur des sociétés concernées,

■ d'autre part, l'utilisation de ces techniques est prohibée pour les décisions les plus importantes à savoir:

- l'établissement des comptes annuels et du rapport de gestion,

- l'établissement des comptes consolidés et du rapport sur la gestion du groupe.

Ainsi, ces questions nécessitent la présence physique de la moitié au moins des administrateurs, quorum requis.

Enfin, les statuts peuvent limiter la nature des décisions pouvant être prises lors d'une réunion tenue par ces moyens et prévoir un droit d'opposition au profit d'un nombre déterminé d'administrateurs.

Il faut reconnaître que le législateur OHADA a été pour le moins novateur et libéral puisqu'il soumet l'usage de la visioconférence ou d'autres moyens de télécommunication uniquement à l'accord préalable des actionnaires et érige la limitation de la nature des décisions pouvant être prises lors d'une réunion tenue dans ces conditions, en simple faculté.

En d'autres termes, dès lors que les statuts ne prévoient aucune limitation, les décisions capitales tels que l'arrêté des comptes annuels, l'élaboration du rapport de gestion et même la nomination ou la révocation du président du conseil et du directeur général pourront être prises par ces moyens interactifs.

Or, dans un souci de simplification des modifications statutaires, on peut se demander s'il n'aurait pas été plus simple que l'article 454-I en son 4^e alinéa, offre la possibilité aux actionnaires de dresser la liste des décisions pour lesquelles l'usage du dispositif serait exclu plutôt qu'autorisé.

En tout état de cause, les délibérations du Conseil d'administration seraient valables si les statuts ne stipulaient aucune limitation ou n'excluaient aucune décision à prendre dans ces conditions et se contentaient simplement d'autoriser ces procédés.

II. Le respect de certaines caractéristiques techniques

Le texte fait référence à la « visioconférence » ou à « d'autres moyens de télécommunication » permettant l'identification des administrateurs et garantissant leur participation effective.

I. La visioconférence

Dans le jargon des télécommunications, ce vocable désigne une téléconférence permettant,

en plus de la transmission de la parole et de documents graphiques, la transmission d'images animées des participants éloignés.

Cette avancée, permettant aux sociétés de s'adapter à l'évolution des technologies, est appréciable. Toutefois, le recours à la visioconférence suppose la mise en place d'un équipement audiovisuel complexe et coûteux. S'il pourra être adopté sans difficulté par les grandes entreprises, il n'est pas certain qu'il en ira de même pour celles de taille plus modeste.

Le législateur communautaire a donc remédié à cette difficulté en prévoyant la possibilité de recourir à des moyens plus simples et plus abordables, tout en les encadrant.

2. D'autres moyens de télécommunication

L'alinéa 2 de l'article 454-I mérite d'être reproduit in extenso: « *Afin de garantir l'identification et la participation effective à la réunion du conseil des administrateurs y participant par des moyens de télécommunication, ces moyens transmettent au moins la voix des participants et satisfont à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations.* »

Afin de sécuriser les délibérations, le législateur OHADA soumet la validité de ces procédés à deux conditions:

- La transmission, au minimum, de la voix des participants.
- La retransmission continue et simultanée des délibérations.

La 1^{re} condition ne présente pas de difficulté quant à son interprétation. Elle fait référence à deux procédés qui permettent d'entendre la voix des participants et garantissent ainsi leur identification: le téléphone ou la conférence téléphonique, cette dernière technique renforçant la collégialité des débats.

En revanche, il semble que les rédacteurs du texte, en utilisant le terme « télécommunication » plutôt que « télétransmission » aient voulu écarter le recours à l'Internet ou à d'autres moyens de communication plus sophistiqués qui, par définition, ne retransmettent pas la voix.

Cette attitude prudente, semble justifiée, car elle évite aux entreprises africaines d'être trop dépendantes de l'évolution des nouvelles

Call for articles

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.

Para más información sobre nuestra carta de redacción:

For further information concerning our guidelines:

Pour plus d'informations sur notre charte de rédaction :

Union Internationale des Avocats

25, rue du Jour
75001 Paris
France

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

technologies dont la complexité pourrait s'avérer contraignante dans la pratique.

La seconde condition est la « retransmission continue et simultanée des délibérations ».

L'objectif est ici de s'assurer que les administrateurs débattent effectivement, que leurs échanges ont lieu en temps réel et ne sont à aucun moment interrompus.

Lorsqu'on sait les problèmes énergétiques que rencontrent certains pays africains, une interruption subite en plein milieu des débats n'est pas exclue. Une panne dans le fonctionnement du dispositif pourrait également survenir.

L'AUSCGIE a paré à toute éventualité en stipulant en son article 458 alinéa 3 que: « *En cas de participation au conseil d'administration par visioconférence ou autre moyen de télécommunication, il est fait mention dans le procès-verbal des incidents techniques éventuellement survenus au cours de la séance et ayant perturbé son déroulement.* »

3. L'abaissement du seuil de quorum

Lorsque le Conseil d'administration se tient sans l'usage de moyens de télécommunication, le quorum exigé par l'article 454 alinéa 1^{er} est la moitié des administrateurs physiquement présente.

Le nouvel article 454-1, en son alinéa 3, a abaissé ce seuil au tiers des administrateurs présents en cas de tenue du Conseil selon les procédés susvisés. C'est dire que, dans le cas d'un Conseil d'administration composé de trois membres uniquement, comme le prévoit l'AUSCGIE, celui-ci délibère valablement en la présence effective d'un seul de ses membres.

Ainsi, les administrateurs qui délibèrent à distance ne sont pas pris en compte dans le calcul du quorum mais leur voix est comprise dans le calcul de la majorité. Il semble que c'est ce que laisse entendre l'article 454-1 alinéa 1^{er}, in fine, en disposant que ces administrateurs « peuvent voter oralement ».

Il est intéressant d'observer que le législateur OHADA est en revanche ici plus restrictif que le législateur français, qui lui, stipule à l'article L 225-37 alinéa 3 du Code de commerce précité, que: « sont réputés présents, pour le calcul du quorum et de la majorité, les administrateurs qui

participent à la réunion par des moyens de visioconférence ou de télécommunication ». Il n'est donc pas fait de différence avec ces administrateurs qui, malgré leur éloignement, sont considérés comme étant effectivement présents. À titre d'exemple, dans un Conseil soumis au droit français et composé de six membres, le quorum sera considéré comme atteint si l'un d'eux seulement est physiquement présent alors que deux autres de ses membres délibèrent à distance.

La grande liberté offerte par l'article 454-1 quant la nature des décisions pouvant être prises lors d'une réunion tenue par les moyens visés, est tempérée par l'exigence d'une présence effective d'un tiers au moins de l'effectif du Conseil. Les rédacteurs du texte, certainement guidés là encore par la sécurité des délibérations, ont voulu prendre en compte le contexte africain dans lequel elles interviennent. Ainsi, dans un Conseil composé de six membres, le quorum ne sera considéré atteint que lorsque deux de ses membres seront physiquement présents alors qu'un autre au moins participera à la séance de manière virtuelle.

En conclusion, cette réforme du fonctionnement des Conseils d'administration des sociétés anonymes régies par l'Acte Uniforme révisé de l'OHADA est à saluer dans un environnement des affaires toujours plus concurrentiel où la rapidité des décisions prises par les dirigeants est un gage de compétitivité de leurs entreprises. Il faut espérer que les nouveaux procédés virtuels autorisés emporteront leur adhésion et que, dans la pratique, leurs activités en seront effectivement facilitées.

Patricia ABIMBOLA
Directeur Juridique du Groupe
Groupe Bank of Africa
Filiale de BMCE Bank
(Banque Marocaine du Commerce Extérieur)
Cotonou, Bénin
pabimbola@boaholding.com

¹ Loi N°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.



The New French Class Action Law

How Does it Compare to the Established U.S. Class Action Law?

I Louis F. BURKE & Elspeth L. GIBB



On March 17, 2014, the French National Assembly enacted Loi Hamon, n°2014-344,¹ providing French consumers with the remedy of a class action. France is the latest European nation to enact a law that provides its citizens with the option to collectively seek redress from harm.² The French law may have been inspired by the representation of the American class action law in the movie *Erin Brockovich*,³ but it has not completely copied its American counterpart, Federal Rule of Civil Procedure Rule 23 ("FRCP Rule 23").

I. Similarities in the French and U.S. Class Action Laws

The American inspiration for the French class action is evident in several provisions of the law. While the laws are in no way identical, both contain provisions that require a clear definition of the class, clear terms for recovery by the class, and that any settlement with the class be approved at the discretion of the court with jurisdiction over the class.

A. Clear Definition of the Class

In the United States a class action is proper when:⁴

1. the class is so numerous that joinder is impracticable;
2. there are questions of law or fact common to the class;
3. the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
4. The representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class."⁵ In order for a putative class action to be certified in the U.S., the class must fit the following five criteria, defined above:
 - a. numerosity,
 - b. commonality,
 - c. typicality,
 - d. adequacy, and
5. superiority-a class action is the most efficient and appropriate method to resolve the dispute.⁶ If the putative class does not meet the abovementioned criteria, then the action will not be able to proceed as a class action.

Similarly, the French law requires that the class members have been (1) injured by a similar or identical situation (2) involving the same cause of action stemming from legal or contractual obligations.⁸

Both laws require the putative class members to have a common cause of action that stems from the same, or similar set of facts, and that the injury to class members be of the same type.

B. Class Defined by Court

The U.S. class action law requires that the judgment "include and describe those whom the court finds to be class members..."⁹ The court must clearly define who has been injured and who may receive a benefit from the judgment of the class action.

Also, the Loi Hamon requires that the court clearly define who has been injured and who may be part of the judgment.¹⁰

C. Discretion to Approve Settlement

In order to more efficiently resolve a class action, the French and the American laws allow the parties to resolve the matter outside of the courts.¹¹ If parties are able to mediate or settle the matter outside of the courthouse, the court may then, at its discretion, approve the settlement. The law in both countries is designed to enable individuals with little means to go against large entities with expansive resources. In the spirit of both laws, the courts must ensure that the class has been able to fairly negotiate a settlement, and the settlement is in the interest of justice,¹² before it decides to enforce the settlement.

Donnez-nous votre email !

Gardez le contact avec l'UIA

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

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



SIMILAR PROVISIONS IN THE AMERICAN AND FRENCH LAW^{4,5}

United States' Provisions

Basis to Bring Action

A. Prerequisites

One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

1. the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;
2. there are questions of law or fact common to the class;
3. the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
4. the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

B. Types of Class Actions

A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

1. prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of:
 - a. inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members [...]
 - b. adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications [:]
2. the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class [...]
3. the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy.

Class Certification

3. Judgment

Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action must:

- a. for any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), include and describe those whom the court finds to be class members; and
- b. for any class certified under Rule 23(b)(3), include and specify or describe those to whom the Rule 23(c)(2) notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be class members.

French Provisions

Basis to Bring Action

Section 1: Scope of the group action and standing

An association for the defense of representation of national consumers and approved under Article L. 411-1 may act in a civil court to obtain compensation for the damages suffered by individual consumers placed in a similar or identical situation and having common cause of action for failure of professional legal or contractual obligations:

1. On the occasion of the sale of goods or provision of services;
2. Or when these injuries result from anti-competitive practices within the meaning Title II of Book IV of the Commercial Code and Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Group action can only relate to compensation for pecuniary damage resulting from damage suffered by consumers .

Class Certification

Section 2: Judgment on Liability

In the same decision, the court finds that the conditions of admissibility laid down in Article L. 423-1 are met and rules on professional responsibility, in view of individual cases presented by the applicant association. It defines the group of consumers for whom the defendant's liability is engaged and fixes points of attachment. The judge determines the damage could be repaired for every consumer or each category of consumers constituting the group and their amount or all elements for the assessment of these damages. When the injury is of such a nature that it is more appropriate for the defendant to repair the injury, the judge specifies the conditions for the implementation of the repair by the professional. At any stage of the proceedings, the judge may make any order or necessary instruction legally permissible to the preservation of evidence and production of documents, including those held by the professional.

Alternative Dispute Resolution Provision

(e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise

The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise:

1. The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal.
2. If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate.
3. The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal.
4. If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.
5. Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.

Alternative Dispute Resolution Provision

Section 5: Mediation

Article L423-15

Only the applicant association can participate in mediation under the conditions laid down in Chapter I of Title II of Law No. 95-125 of 8 February 1995 on the organization of courts and civil, criminal and administrative proceedings, to obtain compensation for individual losses mentioned in Article L. 423-1.

Article L423-16

Any agreement negotiated on behalf of the Group is subject to the approval of a judge, which checks if it conforms to the interests of those it is intended to apply and gives it binding. This agreement specifies the necessary publicity to inform consumers concerned about the possibility of acceding to, as well as the time and manner of accession.

II. Major Differences in the French and American Class Action Laws

Even though the French law may be modeled after the U.S. class action law, there are clear distinctions between the two laws.

A. Types of Actions and Representation

In the U.S. a class action is not limited by subject matter. If a class meets the requirements of FRCP R 23, the class can be made up of persons who have been injured as a result of environmental pollutants or antitrust violations or anything else that has caused an injury. As long as the class can be defined within the parameters of the five previously mentioned criteria, then the action is proper.¹³

The French law, in contrast, limits the types of class actions that may be brought by subject matter. The French law limits the class action as a remedy for harms that stem from the sale of goods or services or as a result of an anti-trust violation.¹⁴ The law is so much more limited than the American class action law. The American movie that served as an inspiration for the French group action, *Erin Brockovich*,¹⁵ is based on a case involving health and environmental injuries,¹⁶ would not have been allowed to go forward as a group action in France.

The subject matter is further limited in France by

the representation available to the class. French putative class members cannot hire an attorney for class representation, but must be represented by one of the 16 approved consumer associations.^{17,18} A putative class injured by environmental or a health hazard is unable to bring an action, because those groups are not part of the 16 approved associations.¹⁹

The U.S. has no representation limitation. Individuals can bring an action individually on behalf of a class, or through their attorney.²⁰ Attorneys and individuals are incentivized to bring class actions because FRCP R 23 contains a provision that enables an award of attorney fees at the discretion of the presiding judge.²¹ The measurement of fee awards can be based on the lodestar, which is the amount of time worked on a case, or other reasonable basis to arrive at the fee award. Without the possible award of attorney's fees, it would not be economically feasible for large groups of people who have suffered damages, that are less than an attorney's hourly rate, to bring an action. The possibility of the award of attorney's fees, therefore, encourages attorneys to represent parties that would otherwise never get their day in court.

The French law has no contingency provision for compensation of attorneys. The law limits the role of attorneys to that of advisors. There is no provision in the French law for awarding attorney's fees.²²

B. Opting-In versus Opting-Out

In the U.S., under FRCP Rule 23, class members are generally²³ presumed to accede to the class action, unless the class member, or members, request to be excluded.²⁴ Once the class is certified, and the class has been noticed, it is the class member's responsibility, as individuals, to request to be excluded from the class and "opt-out."

France's class action law does not assume that class members accede to the action, but that the putative members will choose to be part of the class action, "opting-in."²⁵ The French law states that once the judge finds the claim against defendant plausible the defendant must publish this decision²⁶ in order for putative class members to be informed of a possible claim and decide whether or not they want to opt-in. Class members then have a time frame, between 2 and 6 months as set by the court,²⁷ to notify the class representative group and their decision to "opt-in."²⁸ Group members must notify the representative of their decision to opt-in in order to benefit from any recovery or award.²⁹

C. Awards Available

The French group action award is limited to pecuniary or restorative damages.³⁰ The French law aims to repair the injury to the consumer,

placing the consumer in the same position he would be in if he had not been injured.³¹ The American law, in contrast, allows the consumer to be awarded an amount that would place them in a better position than they would have been in without the injury. The American law provides for treble damages, in certain cases,³² to act as a deterrent, unlike the French law which has the goal of being a restorative remedy for consumers.³³

IV. Conclusion

French citizens are the latest European nation to enact a group action law inspired by the American class action law. The law mirrors the American law with provisions that aim to ensure the class is clearly identified and that any settlement is fair, but the French law is clearly contrasted with its broader American counterpart. The French law is not all encompassing as the American law, but instead has a narrow pecuniary purpose.

Louis F. BURKE³⁸

UIA Deputy Director - Collective Members

Louis F. Burke PC

New York, NY, United States

lburke@ffblaw.com

Elspeth L. GIBB³⁹

Louis F. Burke PC

New York, NY, United States

III. Provisions Unique to France's Group Action Law

In order to serve the unique interests of the French consumer, the French group action law contains provisions that are not comparable to the American class action law.

A. Special Proceeding

The French law provides a special procedure to accelerate the class action process. When the class of consumers is easily identifiable as a specific number, the court can hasten the process of determining defendant's liability and order defendant to compensate each aggrieved consumer.³⁴ Because the number and identities of class members is known before the class action is brought, the option to opt-in is closed *de facto*. This provision allows the decision to remain out of the public by contacting each individual and quickly remedying their injury.

B. Replacement of Representative Group

If the consumer group representing a class is not providing adequate representation to the class, then one of the other 15 consumer groups not involved in the matter may ask the court to substitute.³⁵

C. Contracts Cannot Prohibit Participation

The French law does not allow any contract to circumvent the law by including provisions prohibiting the remedy of participation in a group action.³⁶ The law voids any group action prohibition in a contract. This unique article follows the spirit of the law, and allows those who do not have the ability to negotiate at arms length an additional remedy if the party with the upper hand breaches the contract.³⁷

³¹ FRCP(h)

³² L423-9.

³³ Certain group actions in the U.S. are "opt-in" cases. For example, plaintiffs who bring a group action under the Fair Labor Standards Act, the law that enables employees to obtain wages they are owed by their employer states: "An action to recover the liability prescribed in either of the preceding sentences may be maintained against any employer (including a public agency) in any Federal or State court of competent jurisdiction by any one or more employees for and in behalf of himself or themselves and other employees similarly situated. No employee shall be a party plaintiff to any such action unless he gives his consent in writing to become such a party and such consent is filed in the court in which such action is brought." 29 USCS § 216.

³⁴ 23 (c)(2)(B)(v) & (vi)

³⁵ L423-4

³⁶ L423-4

³⁷ L423-5

³⁸ L423-7

³⁹ *Id.*

⁴⁰ L423-1 and L423-3.

⁴¹ *Id.*

⁴² For example, in anti-trust actions, the U.S. Supreme Court has opined: "Section 4 of the Clayton Act, 38 Stat. 731, provides a treble-damages remedy to "[any] person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbideen[sic] in the antitrust laws."

⁴³ 15 U.S.C. § 15 (emphasis added). [Congress] sought to create a private enforcement mechanism that would deter violators and deprive them of the fruits of their illegal actions, and would provide ample compensation to the victims of antitrust violations." *Blue Shield of Va. v. McCready*, 457 U.S. 465, 472 (1982).

⁴⁴ "That the Hamon Consumer Law Will Change."

<http://www.challenges.fr/economie/20140228.CHA1032/ce-que-la-loi-hamon-sur-la-consommation-va-changer.html>. (Last Accessed April 28, 2014).

⁴⁵ L423-10

⁴⁶ 423-23

⁴⁷ L423-25

⁴⁸ The U.S. law does not have an explicit provision in the statute addressing contracts and class actions, but the United States Supreme Court addressed this issue in *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*. " [Vincent] and Liza Concepcion entered into an agreement for the sale and servicing of cellular telephones with AT&T Mobility LLC (AT&T). The contract provided for arbitration of all disputes between the parties, but required that claims be brought in the parties' individual capacity, and not as a plaintiff or class member in any purported class or representative proceeding." *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S. Ct. 1740, 1744 (2011) (Footnotes and citations omitted). The U.S. Supreme Court upheld the contract provision that required resolution of disputes by individual arbitration, and denied the remedy of "any purported class or representative proceeding."*Id.*

⁴⁹ Louis F. Burke is the owner Louis F. Burke PC, a boutique law firm located in New York City specializing in futures and securities litigation. The Firm is engaged in commercial litigation, including class actions, before federal and state courts, arbitration proceedings before securities and commodities exchanges and their regulatory counterparts, and administrative proceedings before federal government agencies including the Securities and Exchange Commission, Commodity Futures Trading Commission and the National Futures Association.

⁵⁰ Elspeth Gibb, an associate at the firm.



L'action collective – Une mesure privilégiée d'accès à la justice

Portrait de ce véhicule procédural au Canada et au Québec

I Jean SAINT-ONGE

The conduct of Canadian class proceedings is largely dictated by Canada's unique constitutional arrangement. As a result, provincial courts have jurisdiction to hear class proceedings concerning most civil actions and provincial governments have jurisdiction to legislate with regard to the conduct of class proceedings that concern property and civil rights. These constitutional structures have resulted in Canada's current class proceedings to be a patchwork of provincial class actions statutes that are largely uniform but differ somewhat in regards to class composition, cost and fee arrangements. The Canadian federal government and its courts have no authority to coordinate provincial actions with the result that there is no supervisory court or multi-district litigation panel in Canada to streamline putative class proceedings into the most appropriate form as there is in the United States. The tests for certification of a class action in Canada are less rigorous compared with the United States, as there is no requirement in Canada that the plaintiff class meet requirements of numerosity and predominance. Furthermore, defendants are not exposed to excessive awards in punitive damages and to jury trials as in the United States. In Canada, a class action is a form of collective redress that provides access to justice, judicial economy and the deterrence of anti-social behaviour. Quebec's procedure is unique in that the procedure is clearly plaintiff-oriented. In this province, the bar for certification (authorization stage) is lower than in the common law jurisdictions and the class action motion can only be contested orally unless leave is obtained from the court to adduce relevant evidence to challenge its allegations that are deemed to be true *prima facie*.

Overall, class proceedings in Canada are considered efficient and a privileged measure of access to justice. All Canadian jurisdictions have adopted an opt-out system applied to their respective residents. Class actions are exercised most often in matters related to consumer law, mass torts, competition law and product liability. The vast majority of class actions settle after certification, often without much regard to the merits of plaintiff's claim, as the expense and negative publicity of fighting out a class action are so repugnant to most defendants that it appears to be less expensive and damaging to simply settle the suit either before or after certification.

I Introduction

Au Canada, le véhicule procédural de l'action collective est considéré comme une véritable mesure d'accès à la justice. Il permet à un grand nombre de justiciables visés par la définition du groupe proposé pour le compte duquel le requérant souhaite exercer une action collective de regrouper leurs réclamations individuelles et de solliciter la réparation d'un préjudice dans le cadre d'une seule et même procédure, de façon peu coûteuse pour chacun de ses membres, tout en réalisant d'importantes économies judiciaires!

Le modèle canadien de l'action collective est reconnu comme étant efficace. Bon an, mal an une centaine de nouvelles actions collectives sont introduites chaque année dans l'ensemble des ressorts canadiens.

Contrairement aux États-Unis ou aux pays de l'Union européenne qui ont adopté un mécanisme d'action de groupe, l'action collective au Canada n'est pas régie par un véhicule procédural unique qui s'applique de façon uniforme dans toutes les provinces. Il faut comprendre que la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit un partage des compétences entre le gouvernement fédéral et celui de chacune des dix provinces. Ainsi, la compétence relative à la propriété et des droits civils de même que l'administration de la justice, sont dévolues en exclusivité aux provinces. Par conséquent, ce sont les tribunaux de droit commun des provinces qui ont compétence pour se saisir d'une action collective. De la même façon, compte tenu de l'article 92(13) *Lc. 1867*, il appartient aux provinces d'adopter un régime particulier régissant l'action collective puisque cette compétence a trait à l'exercice de droits relevant de la propriété et des droits civils. C'est ainsi que la définition du groupe visé par les actions collectives initiées dans chacune des provinces canadiennes ne doit inclure en principe que ses résidents. Par ailleurs, certaines provinces, telles la Colombie-Britannique, la

Saskatchewan et Terre-Neuve, disposent de régimes distincts pour les résidents et non-résidents. Dans ces provinces, les non-résidents ont la possibilité de s'inscrire à une action collective suivant une formule de l'option d'adhésion (*opt-in*), alors que les résidents sont automatiquement inclus, à moins qu'ils s'en excluent suivant un mécanisme de l'option d'exclusion (*opt-out*). Les tribunaux de droit commun dans chacune des provinces canadiennes (soit leurs cours supérieures) sont saisis en première instance et en appel de tous les litiges ne relevant pas expressément d'un autre tribunal ou organisme. La question de savoir si un jugement d'une cour supérieure provinciale peut lier les résidents des autres provinces canadiennes en matière d'action collective est en constante évolution et n'a pas reçu de réponse définitive. Cela dit, il arrive fréquemment qu'une cour supérieure autorise une action collective ou se prononce sur une proposition d'entente de règlement visant un groupe de non-résidents et ce, par le biais du mécanisme de la *classe nationale* qui est couramment utilisé, surtout au Québec et en Ontario³.

Notons que la Cour fédérale du Canada, qui jouit d'une compétence d'attribution spécifique dans des matières relevant de l'application de certaines lois fédérales, possède également des règles régissant l'action collective mais qui ne sont pas couramment utilisées. Nous n'en traiterons donc pas ici.

I Particularités du régime canadien de l'action collective

Parmi les particularités du régime canadien, notons que dans toutes les provinces canadiennes, à l'exception du Québec, le fondement des principes de droit privé repose sur la tradition de *common law*, alors que le droit civil du Québec est inspiré de la tradition civiliste. Cette réalité d'un système bijuridique, combinée à l'absence d'uniformité des règles

régissant l'action collective, n'est pas de nature à favoriser l'unicité du régime de l'action collective au Canada.

Cependant, dans toutes les juridictions canadiennes, les appels en dernier ressort des jugements émanant des cours supérieures provinciales sont entendus par la Cour suprême du Canada. Cela dit, un arrêt de la Cour suprême du Canada relatif à un appel provenant d'une province de *common law* ne s'appliquera pas nécessairement aux résidents du Québec ou pourrait n'avoir aucun effet lorsqu'il porte, par exemple, sur des questions purement procédurales. L'inverse est également vrai. On peut donc décrire le paysage de l'action collective au Canada comme étant constitué d'un amalgame de règles de procédures provinciales qui, bien que reposant sur des assises et une philosophie communes, se distinguent les uns des autres par des caractéristiques qui leur sont propres.

Soulignons que le gouvernement fédéral n'est pas investi d'une compétence ou d'une autorité qui lui permette de coordonner les actions collectives multi-territoriales portant sur une même cause d'action et un même objet avec des groupes qui se chevauchent d'une province à l'autre. Autrement dit, il n'y a pas au Canada l'équivalent du *Multi-District Litigation* (MDL) que l'on connaît aux États-Unis et qui assure la coordination et la consolidation de toute action collective devant les cours fédérales, émanant des cinquante États américains. Cette coordination dépend donc exclusivement de la bonne entente et de la collaboration entre les avocats des différents ressorts canadiens afin d'éviter qu'une multitude d'actions collectives visant les mêmes individus et ayant une identité de cause et d'objet puissent évoluer distinctement et simultanément devant les tribunaux de plusieurs provinces, ce qui, on le devine, risque d'entraîner un gaspillage de ressources judiciaires voire des jugements contradictoires. Le seul outil pour prévenir de telles situations est l'exception *forum conveniens* ou *litispendance*. Ces débats sont par ailleurs assez rares dans la mesure où l'approche fondée sur la collaboration est nettement privilégiée. Mais cette approche n'est pas exempte de dérapages ou d'accidents de parcours. En effet, dans l'affaire *Vioxx*, il y a quelques années, deux cours supérieures provinciales ont certifié des actions collectives qui se chevauchaient, avec pour résultat que les résidents canadiens visés par ces recours sont membres du groupe dans deux recours collectifs évoluant dans deux

provinces canadiennes⁴. Mais, outre ce cas particulier, suivant la règle de la courtoisie entre tribunaux (*comity*), un juge de la cour supérieure d'une province évitera de se prononcer sur les droits des résidents d'une autre province qui sont déjà parties à une action collective.

Somme toute, cette forme de coordination informelle fondée sur la collaboration des parties et de leurs procureurs fonctionne relativement bien et ce, malgré son caractère facultatif. À titre d'exemple, le litige relatif à la nourriture pour animaux contaminée par la mélamine (*Pet Food Litigation*)⁵ a généré il y a quelques années un nombre impressionnant d'actions collectives réparties dans neuf juridictions canadiennes. Le projet d'entente de règlement conclu entre les parties fut soumis simultanément pour approbation aux juges des différentes cours supérieures provinciales qui en étaient saisies⁶. Ceux-ci ont pu tenir une audition par visioconférence, chacun des juges siégeant en salle d'audience, et chacun présidant une audition publique commune simultanément afin de se prononcer sur le caractère juste et raisonnable de l'entente proposée. Dans les jours qui ont suivi, chacun des juges a rendu un jugement approuvant l'entente de règlement soumise et s'inspirant du projet d'ordonnance proposé par les avocats. Notons que l'Association du Barreau canadien a mis en place en 2011 le Protocole judiciaire sur les recours collectifs multi-territoriaux visant à assurer la coordination des audiences d'approbation des règlements proposés dans le cadre d'actions collectives multi-territoriales reliées à un même litige.

Précisons au passage que la vaste majorité des actions collectives instituées au Canada se terminent par une entente de règlement plutôt que par un jugement. En effet, les parties défenderesses faisant face à des recours d'une ampleur parfois colossale choisissent souvent de transiger avec le demandeur afin de palier les risques et frais reliés à un procès au fond, préférant ainsi mettre un terme au litige en concluant une transaction qui aura l'effet de la *res judicata* tout en bénéficiant d'une quittance finale opposable à tous les membres du groupe. Une transaction permet aussi au défendeur poursuivi de régler une problématique qu'il a parfois reconnue publiquement et qui fait l'objet de l'action collective, et de résoudre du même souffle un problème de relations publiques avec sa clientèle, notamment en matière de produits défectueux et de la responsabilité du fabricant.

Règles procédurales

La procédure canadienne relative à l'exercice d'une action collective est largement inspirée du droit américain, soit le mécanisme de la règle 23 (*Rule 23*)⁷ des *Federal Rules of Civil Procedure* (1966).

Cependant, l'approche américaine en matière de *certification* a historiquement été beaucoup plus rigide et conservatrice qu'elle ne l'est au Canada. Cela tient principalement à des différences notables au niveau de la culture juridique entre les deux pays. Ainsi, au Canada, le processus de l'autorisation du recours ou de sa certification est moins complexe et moins onéreux qu'aux États-Unis. Plus particulièrement, l'exigence de la règle 23 selon laquelle l'action collective doit respecter la règle de la numérosité (*numerosity*) soit un nombre élevé de membres et soulever une *prédominance* de questions communes n'existe pas au Canada. Ces critères constituent un obstacle de taille à la *certification* d'une action collective aux États-Unis. Par ailleurs, au Canada, les montants accordés à titre de dommages punitifs sont considérablement plus modestes qu'aux États-Unis, notamment dans la mesure où les procès devant jury en matière civile sont pratiquement inexistant, sauf dans certaines provinces lorsque l'on réclame des dommages corporels. Ils ont d'ailleurs été abolis au Québec en 1976 et ne subsistent qu'en droit criminel.

L'approche adoptée par les tribunaux canadiens est fondée sur une analyse plus libérale des critères qui régissent ce type d'action et vise davantage à favoriser l'autorisation du recours plutôt que son rejet, afin que les questions qu'il soulève soient débattues à la deuxième étape, soit dans le cadre d'un procès au fond.

Les législateurs provinciaux visaient essentiellement les objectifs suivants par la mise en place du véhicule procédural de l'action collective au Canada, c'est-à-dire:

1. Permettre, par le regroupement d'actions individuelles semblables, de faire des économies au plan judiciaire et évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit;
2. Améliorer l'accès à la justice en rendant économique, par la division des frais entre un grand nombre de demandeurs, des poursuites qu'il aurait été trop coûteux d'intenter individuellement;

3. Assurer l'efficacité de la justice en empêchant des malfaisants éventuels de méconnaître leurs obligations envers le public⁸;

Dans tous les ressorts canadiens qui encadrent l'exercice de l'action collective, une autorisation (appelée *certification* dans les provinces de *common law*) du tribunal compétent est requise avant qu'un tel recours puisse être exercé et ce, avant même que le justiciable sollicitant le statut de représentant soit autorisé à représenter les membres du groupe. Toutes les provinces canadiennes, dont le Québec et l'Ontario, ont adopté un régime de type *opt-out*, c'est-à-dire que tous les membres visés par la définition du groupe sont automatiquement inclus dans le recours collectif, tout en ayant la possibilité de s'en exclure suivant une procédure prescrite une fois qu'il est autorisé.

Dans les provinces de *common law*, les critères de certification de l'action collective sont les suivants:

1. La demande de certification doit énoncer une cause d'action raisonnable (*cause of action*);
2. La définition du groupe doit être claire (*class definition*);
3. Les questions de fait et de droit doivent être communes à l'ensemble des membres du groupe (*common issues*);
4. L'action collective doit être le recours préférable parmi les autres options disponibles: recours individuels, causes-type, mode alternatif de règlement des conflits pour faire avancer le recours des membres, soit l'accès à la justice, des économies judiciaires et la modification des comportements nocifs (*preferable procedure*);
5. Le représentant doit être en mesure de représenter adéquatement les intérêts de l'ensemble des membres du groupe (*representative plaintiff*).

Au Québec, comme en Ontario, la partie demanderesse peut faire appel à un fonds public pour financer l'exercice de son action collective, soit le *Class Proceedings Fund* en Ontario et le *Fonds d'aide aux recours collectifs* (FARC) au Québec, ce dernier étant de loin le régime le plus généreux au Canada puisqu'il finance à la fois les honoraires d'avocats, les frais d'expertise et les débours judiciaires encourus par le requérant et ses procureurs. Bon nombre de

recours collectifs ne pourraient être déposés chaque année au Québec sans un tel soutien financier. De plus, les demandeurs à une action collective sont généralement tenus indemnes des honoraires d'avocats et des dépens constitués des frais de cour et déboursés. Lorsqu'ils ne sont pas pris en charge par le FARC, ceux-ci sont le plus souvent financés par les avocats qui entreprennent le recours. D'ailleurs, on constate que les avocats spécialisés dans le domaine de l'action collective jouent souvent un rôle de procureur général privé (*private attorney general*), avec une approche résolument entrepreneuriale, surtout en matière de droit de la consommation, dans le domaine de la responsabilité du fabricant et des recours intentés contre les institutions financières (qui constituent la majorité des dossiers entrepris chaque année). Lorsque l'action collective est couronnée de succès, les honoraires des avocats du demandeur sont généralement remboursés par la partie défenderesse, que ce soit au terme d'un jugement final ou dans le cadre d'une transaction. À cet égard, les tribunaux canadiens reconnaissent les ententes à pourcentage (*contingency fees*) pouvant varier entre 20-30 % du total des montants recouvrés au bénéfice du groupe. Une autre méthode de calcul, tel le modèle du facteur multiplicateur des honoraires, est un concept fréquemment utilisé en Ontario mais appliqué avec beaucoup de circonspection au Québec puisqu'étranger au droit québécois. Il consiste à augmenter par un multiplicateur variant entre 1 et 3 de la valeur du temps inscrite par l'avocat au dossier. Par contre, cette approche est parfois utilisée au Québec par le juge pour évaluer le caractère raisonnable d'une entente à pourcentage.

Pour ce qui est des dépens ou frais de justice, certaines provinces canadiennes, dont la Colombie-Britannique, le Manitoba, la Saskatchewan et Terre-Neuve, prévoient, dans leurs législations respectives, que le demandeur ne peut être tenu de les rembourser s'il succombe. Dans les autres provinces canadiennes, plus particulièrement en Ontario et au Québec, le juge dispose d'une très large discrétion à cet égard.

Le jugement qui autorise l'action collective dispose également des modalités de l'avis aux membres selon des modes de publication très variés. L'avis sera souvent diffusé dans les journaux, mais également de plus en plus par voie électronique. Si l'identité des membres est connue, l'avis peut être transmis par la poste.

Cet avis identifiera notamment le groupe et énumérera les questions à être traitées collectivement, les conclusions recherchées et énoncera la possibilité pour un membre de s'exclure. Pour sa part, l'avis qui dispose de l'action collective au fond indiquera les modalités et délais pour produire une réclamation. S'il est destiné à informer les membres d'un règlement hors cour, l'avis est diffusé suivant le même mode, mais aussi comme on l'a vu tout récemment sur la plateforme YouTube, et il précisera les modalités de l'entente et des honoraires à verser aux procureurs du groupe ainsi que la possibilité de s'objecter à l'entente dans le cadre de l'audition sur la demande d'approbation.

Somme toute, on peut aisément conclure que les particularités de l'action collective au Canada, les usages et les règles qui le régissent en font un outil utile et efficace comme mesure d'accès à la justice.

I L'action collective au Québec

Le modèle québécois de l'action collective est à la fois particulier et unique. Il mérite que l'on s'y attarde.

Précisons tout d'abord que le Québec a fait figure de pionnier puisqu'il a été la première province canadienne à mettre en place, en 1978, un véhicule procédural élaboré et moderne en matière d'action collective. Il a fallu attendre près de quinze ans avant qu'une autre province canadienne, en l'occurrence l'Ontario, crée un tel régime en adoptant le *Class Proceedings Act*⁹. Aucune autre province canadienne n'a généré autant d'instances en recours collectif et de procès au fond après l'autorisation du recours que le Québec.

Dans cette province, l'action collective peut être intentée dans tous les domaines donnant ouverture à un recours civil, notamment en droit de la consommation, en matière de droit de la concurrence ou des valeurs mobilières, ou en droit de l'environnement. Le préjudice dont on recherche la réparation peut être soit un dommage matériel, corporel ou moral. L'exercice d'une action collective au Québec n'est pas l'apanage des seuls organismes reconnus ou accrédités par l'État puisqu'il peut être exercé par toute personne physique, et sous certaines conditions, par une personne morale de droit privé, une société ou une association coopérative, une association de

salariés ou un regroupement de consommateurs. À cet égard, des organismes regroupant des consommateurs, tels Option consommateurs et l'Union des consommateurs qui ont un statut d'organisme sans but lucratif, ont été très actifs en se portant parties requérantes depuis plus de vingt ans dans un très grand nombre d'actions collectives, notamment contre des entreprises de commerce au détail, des banques ou compagnies d'assurance, mais aussi contre des constructeurs automobiles et des compagnies pharmaceutiques en matière de responsabilité du fabricant.

La procédure de l'action collective au Québec se distingue également par sa simplicité, le fait qu'elle soit peu coûteuse ainsi que par son caractère plus expéditif au niveau de la gestion de l'instance par les tribunaux. Les faits allégués de la requête en autorisation sont tenus pour avérés et le fardeau n'en est un que de démonstration et non pas de preuve. La requête ne peut être contestée qu'oralement avec la possibilité pour la partie défenderesse de procéder à un interrogatoire du requérant ou de produire une preuve documentaire ou par attestation (affidavit) afin de contredire les énonciations qu'elle contient, mais uniquement sur permission du tribunal qui demeure toutefois discrétionnaire. Notons qu'il n'existe aucune restriction de cette nature dans les provinces de *common law*. Au Québec, le seuil de l'autorisation est moins élevé que dans les autres provinces canadiennes. Le régime québécois se distingue également par le fait qu'un jugement accueillant la demande d'autorisation du recours collectif n'est pas sujet à appel, alors que celui qui le refuse peut faire l'objet d'un appel de plein droit devant la Cour d'appel du Québec et par la suite, sur permission, devant la Cour suprême du Canada. Jusqu'à tout récemment, le Québec était le seul ressort en Amérique du Nord dont la législation conférait aux parties un droit d'appel asymétrique, prêtant ainsi flanc à la critique des avocats agissant habituellement en défense qui voyaient là un accroc à la règle de l'équité procédurale. Dans la foulée de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* adoptée au mois de février 2014¹⁰, le législateur québécois, au nouvel article 578 du Code de procédure civile (« C.p.c. »), permettra dorénavant l'appel sur permission d'un jugement autorisant l'exercice de l'action collective qui sera soumis aux règles régissant l'appel des jugements interlocutoires. Cela met ainsi fin à un irritant majeur dont se plaignaient les parties défenderesses à une action collective.

Les critères d'autorisation de l'action collective sont énoncés à l'article 1003 C.p.c. et seront repris à l'article 575 N.c.p.c. à son entrée en vigueur en 2015. Ils imposent au requérant à une action collective l'obligation de démontrer *prima facie* au tribunal que les exigences suivantes sont respectées et qu'elles coexistent:

- a) **Les questions à trancher sont communes:** c'est-à-dire que les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;
- b) **Le recours démontre une apparence de droit:** c'est-à-dire que les allégations de la requête paraissent justifier les conclusions recherchées;
- c) **Il s'agit du meilleur recours eu égard au nombre de membres:** la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application d'une réunion de recours individuels ou l'exercice d'un recours par mandat (articles 59 et 67 C.p.c.);
- d) **Représentation adéquate:** le requérant qui exerce le recours au nom des membres et qui sollicite le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres du groupe.

Par ailleurs, la définition du groupe pour lequel le requérant sollicite l'autorisation d'exercer une action collective doit reposer sur des paramètres objectifs et non circulaires. Un membre du groupe doit donc être en mesure de se reconnaître par une simple lecture de la description contenue dans la requête en autorisation.

C'est ainsi que le tribunal dispose d'une discréction limitée dans l'application des critères de l'article 1003 C.p.c. En effet, s'il estime que les conditions d'exercice sont réunies, le juge n'a d'autre option que d'autoriser l'action collective. S'il est autorisé, le recours évolue au fond dans le cadre d'un procès contradictoire suivant les règles ordinaires qui s'appliquent à toute instruction. Si l'action collective est accueillie au fond, ou si elle fait l'objet d'un règlement, l'indemnisation des membres du groupe se fait le plus souvent par l'entremise d'un administrateur désigné par le tribunal, soit suivant une formule de liquidation individuelle, ou par liquidation collective lorsque le tribunal est en mesure d'évaluer le montant total du préjudice. Sujet à l'approbation du tribunal et à certaines conditions, le reliquat constitué

notamment des sommes non distribuées peut être versé à un organisme de bienfaisance dont la vocation est intimement liée à l'objet de l'action collective (*cy-près*). La partie défenderesse peut aussi être condamnée à une mesure réparatrice lorsque, par exemple, le montant à distribuer par membre du groupe est minime ou que l'exercice s'avère impraticable ou trop onéreux. Il s'agit alors d'une forme d'indemnisation indirecte (art. 1033, 1034 et 1036 C.p.c.).

La Cour suprême du Canada a rendu récemment deux arrêts importants confirmant l'approche plus libérale en matière d'autorisation au Québec par rapport à celle appliquée dans les provinces de *common law*.

Le premier arrêt a été rendu dans le dossier *Infineon Technologies*¹¹. Dans cette affaire, Option consommateurs avait poursuivi les fabricants d'une micropuce insérée dans divers appareils électroniques dont des ordinateurs. La représentante du groupe avait acheté à l'aide d'une carte de crédit son ordinateur en ligne d'une compagnie qui exerce des activités exclusivement à l'extérieur du Québec où elle n'avait aucun établissement. Il s'agissait d'une affaire de complot pour fixation des prix qui avait été ourdi à l'extérieur du Québec. Les fabricants prétendaient que les tribunaux n'avaient pas compétence puisque le contrat avait été conclu à l'extérieur du Québec et que les gestes reprochés, dont le complot, n'y avaient pas été commis.

Se prononçant sur la demande d'autorisation du recours collectif, la Cour suprême conclut que les critères d'autorisation de l'article 1003 C.p.c. étaient respectés. Elle réitère qu'à cette étape préliminaire et procédurale, les conditions d'autorisation d'un recours collectif doivent être interprétées de façon libérale et qu'il s'agit d'un fardeau de démonstration et non d'un fardeau de preuve. La Cour rappelle que ce fardeau, au stade de l'autorisation, est moins exigeant au Québec qu'ailleurs au Canada à l'étape de la certification. Ainsi, et contrairement à ce qui est exigé par d'autres tribunaux canadiens où les acheteurs indirects doivent démontrer que leurs demandes reposent sur un fondement factuel suffisant et présenter des témoignages d'experts pour le soutenir, cette démonstration n'est pas nécessaire au Québec, du moins pas à cette étape. Le recours collectif fut donc autorisé.

L'autre affaire est celle de *Vivendi Canada inc.*¹². La

Cour suprême devait se pencher sur une demande d'autorisation d'un recours collectif intentée par un retraité de Vivendi. Il reprochait à l'entreprise d'avoir modifié unilatéralement et sans droit le régime de retraite des employés. Le groupe était composé d'environ 250 retraités ou conjoints survivants répartis dans six provinces canadiennes. Le juge de la Cour supérieure provinciale avait rejeté la demande d'autorisation au motif qu'il y avait trop de diversité au niveau des règles de droit applicables aux réclamations individuelles étant donné que les retraités avaient travaillé dans six provinces différentes, ce qui démontrait selon lui le manque d'homogénéité du groupe proposé, soit l'un des motifs justifiant le rejet de la demande d'autorisation du recours.

La Cour d'appel du Québec avait conclu que la question commune soulevée par la demande d'autorisation d'exercer un recours collectif du requérant était connexe pour tous les membres du groupe et que les questions subséquentes qu'aurait à examiner le juge du fond si le recours devait être autorisé ne pouvaient être considérées au stade de l'autorisation, notamment la multitude de principes juridiques pouvant s'appliquer à chacun des membres du groupe. Cela n'était pas, selon la Cour d'appel, au cœur du litige mais concernait plutôt l'existence de droits acquis.

Le jugement de la Cour d'appel fut confirmé par la Cour suprême du Canada dans un arrêt rendu le 16 janvier 2014.

L'extrait suivant réaffirme encore une fois que les règles d'autorisation de l'action collective au Québec sont plus libérales que celles prévalant dans les provinces de common law :

« [57] L'approche québécoise à l'égard de l'autorisation se veut ainsi plus souple que celle appliquée dans les provinces de common law, bien que celles-ci demeurent généralement fidèles à une interprétation favorable à l'exercice des recours collectifs. Elle est également plus flexible que l'approche suivie actuellement aux États-Unis: Wal-Mart Stores, Inc. c. Dukes, 131 S. Ct. 2541 (2011). Selon le professeur Lafond, « [I]l procédure québécoise surpassé sur ce plan celles des autres provinces canadiennes, de l'Angleterre et des États-Unis, aux prises avec les concepts rigides de 'même intérêt' ou d'intérêt commun', et de 'prédominance des questions communes' » : Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs, p. 408. »

En somme, les juges d'autorisation ne doivent pas insister sur la possibilité que de nombreuses questions individuelles doivent éventuellement être analysées mais plutôt se demander si la personne qui désire instituer une action collective établit la présence d'une seule question identique, similaire ou connexe non insignifiante qui est de nature à faire progresser le litige pour l'ensemble des membres du groupe et pouvant avoir une incidence sur le sort ultime du litige.

En d'autres mots, la diversité des règles de droit susceptibles d'être applicables aux réclamations individuelles ne constitue pas un motif suffisant selon la Cour suprême pour empêcher l'autorisation du recours.

La Cour suprême rappelle également que la règle de proportionnalité prévue à l'article 4.2 C.p.c.¹³ ne constitue pas un critère supplémentaire à évaluer au stade de l'autorisation d'un recours collectif. En effet, bien que la règle de proportionnalité puisse servir à l'examen de chacun des critères prévus à l'article 1003 C.p.c., ceux-ci sont exhaustifs. Lorsque le juge de l'autorisation est d'avis que les quatre critères de l'article 1003 C.p.c. sont respectés, il doit autoriser le recours collectif sans se demander, au contraire de ses collègues de common law, s'il s'agit du véhicule procédural préférable (*preferable procedure*) dans les circonstances.

La Cour suprême conclut donc que les questions soulevées dans la requête en autorisation sont suffisamment connexes et similaires pour que le recours soit autorisé.

Conclusion

Le régime canadien de l'action collective se distingue dans son ensemble du modèle américain dont il est inspiré. Malgré l'absence de règles homogènes le régissant, étant donné que ce domaine est du ressort des provinces ainsi que le caractère bijuridique du droit civil au Canada, ce véhicule procédural a fait ses preuves et il est considéré comme un outil efficace, voire une mesure privilégiée d'accès à la justice.¹⁴

L'expérience canadienne démontre que les abus ou les dérapages de l'action collective restent très limités, le juge bénéficiant de pouvoirs étendus, s'assurant de la recevabilité de la requête en autorisation, contrôlant le caractère approprié et bien articulé de la réclamation, la

description adéquate du groupe et l'indemnisation éventuelle des membres.

Les tribunaux canadiens ont veillé à ce que la finalité de l'action collective et l'intention du législateur, tant dans l'approche que dans sa philosophie, soit respectée au niveau de son application.

Il est à prévoir que l'on continuera d'utiliser ce mécanisme procédural compte tenu de ses avantages, surtout dans l'application de la *Loi de la protection du consommateur*. Les recours contre les institutions financières et contre les fabricants demeureront aussi nombreux. Nous verrons également de plus en plus de recours collectifs multi-territoriaux intentés contre les mêmes parties défenderesses dans plus d'une province canadienne, mais aussi un nombre accru de recours transfrontaliers avec les États-Unis, l'action collective n'échappant pas au phénomène de la globalisation.

Jean SAINT-ONGE
Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L.
Montréal, Canada
jsaintonge@lavery.ca

¹ Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton, 2001 CSC 46, [2001] 2 RCS 534, aux para. 27 à 29; AIC Limitée c. Fischer, 2013 CSC 69, [2013] 3 RCS 949.

² Loi constitutionnelle de 1867, 30- 31 Vict., c. 3 (R.-U.) [Lc. 1867], art. 91 et s.

³ Brito c. Pfizer Canada Inc. 2008 QCCS 2231, [2008] RJQ 1420, Hocking c. Haziza, 2008 QCJA 800; Labrecque c. General Motors of Canada Ltd., 2011 QCCS 266, Société canadienne des postes c. Lépine, 2009 CSC 16.

⁴ Ontario: Tiboni vs. Merck Frosst Canada Limited (2008) O.J. No. 2996; Saskatchewan: Wuttunee vs. Merck Frosst Canada Limited 2008 SKQB 78.

⁵ Whitting vs. Menu Foods Operating Limited Partnership, No. 07-CV-329875CP (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

⁶ Whitting vs. Menu Foods Operating Limited Partnership, No. 07-CV-329875CP (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

⁷ U.P.S.C.A.^{ss} 1332(d).

⁸ Supra, note 1.

⁹ 1992, SC, 1992, c 6.

¹⁰ Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, L.Q. 2014, c. I (projet de loi 28 adopté le 20 février 2014) (« N.c.p.c. »).

¹¹ Infineon Technologies A.G. c. Option consommateurs, 2013 CSC 59.

¹² Vivendi Canada inc c. Dell'Aniello, 2014 CSC 1.

¹³ L'article 4.2 C.p.c dispose que dans toute instance les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis sont proportionnels à la nature et à la finalité de la demande.

¹⁴ LRQ c. P-40.1.



Ce que l'action de groupe va changer...

I Maria José AZAR-BAUD

The « group action » has been enacted in French Law (March 17, 2014, Consumer act n°344). An original model based on a two-phased procedure never seen so far in comparative law: a declaratory judgment followed by an extra-judiciary execution of the individual compensation. Nevertheless, the opt-in together with the absence of fluid recovery risks depriving the system of efficiency. Furthermore, the group action is limited to consumer litigation whereas mass torts go beyond that field.

L'action de groupe tant attendue a, enfin, été adoptée en France le 17 mars dernier, dans le cadre de la loi n°344 sur la consommation, dans son premier chapitre.

L'on ne peut que se réjouir de son introduction en droit français: sans nul doute, un recours collectif contribue-t-il, par nature, à rendre effectif

la faille¹, le droit d'accès au juge n'étant pas absolu et englobant le droit de choisir librement son défenseur. Toutefois, en quoi une action de groupe pourrait « encombrer » les tribunaux ou empêcher quelqu'un qui doit « adhérer » à un groupe de choisir son défenseur? Par ailleurs, depuis longtemps on oppose à l'action de groupe des arguments économiques ou financiers et on soulève le risque financier qu'elle est susceptible de créer pour les entreprises, voire pour l'économie. Cependant, tous ces arguments semblent contestables dès qu'ils sont confrontés à une réalité factuelle et à une autre de principe: d'un côté, ce n'est pas tant le contentieux que la solution à l'amiable que les recours collectifs incitent; de l'autre côté, dans une échelle des valeurs, celles déjà évoquées que l'action de groupe est à même de faire valoir ainsi que les principes de légalité, réparation intégrale des préjudices ou encore à l'assainissement de pratiques illicites l'emportent avec conviction. Autant de raisons pour lesquelles l'action de

indivisible, dont le titulaire est la masse indistincte de consommateurs (A) et, de l'autre côté, les actions permettant la défense de groupements de consommateurs déterminés ou déterminables, dont les droits subjectifs ont été atteints (B).

A. Les actions en défense des biens diffus

Trois actions judiciaires semblent aller dans la direction de la défense des biens diffus. Tout d'abord, l'**action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs**, largement utilisée par les associations de consommateurs, par exemple, dans le domaine de la sécurité ou de la *tromperie alimentaire*. Tels furent notamment les cas de la vache folle ou des poulets « belges ». Toutefois, les organisations peinent à obtenir une évaluation réelle du préjudice de l'intérêt collectif, difficile à cerner. Pendant longtemps, les associations n'ont obtenu qu'un franc symbolique... Néanmoins, puisqu'une indemnité symbolique ne peut réparer qu'un préjudice lui-même purement symbolique, la Cour de cassation sanctionne ces condamnations de principe, depuis un arrêt de 2002. Néanmoins, la reconnaissance de l'indemnisation de l'intérêt collectif demeure sous-évaluée et, partant, le dédommagement n'est jamais conséquent au dommage. Il s'ensuit que, avec l'action en représentation conjointe, ni l'**objectif de sanction ni celui de dissuasion de comportements illicites ne sont atteints**.

Ensuite, sous l'impulsion du droit européen, l'on connaît en France des **actions en cessation d'agissement illicites**, utilisées notamment dans le cas des « produits miracles », comme certaines crèmes et pilules ou semelles amincissantes.

Enfin, les actions en **suppression de clauses contractuelles abusives** représentent un outil majeur de défense et de protection des consommateurs.

L'action de groupe étant une procédure particulière en responsabilité, elle doit veiller à remplir sa finalité réparatrice, mais également servir une finalité préventive et dissuasive, nécessaire aux consommateurs et au respect de la légalité.

le droit d'accès à la justice des victimes, qui pourront plus facilement prétendre à une indemnisation des préjudices subis dans le cadre d'une relation de consommation. Elle rend plus efficace le service de justice – en ce qu'elle favorise l'économie procédurale et processuelle – et assure une meilleure sécurité juridique – par le biais de l'uniformisation de la solution apportée aux litiges homogènes –.

Certes, on « vantait » l'action de groupe alors qu'elle n'était pas des nôtres, on la « blâme » là qu'elle l'est. Pourquoi tant de contradiction, philosophique et juridique, sociologique ou économique? Présentée, le plus souvent, comme une nécessité au regard du droit européen, récemment cependant, un auteur y a pu voir une

groupe anime de passions. Or, pour comprendre pourquoi en droit français une action collective était indispensable, il est nécessaire de passer brièvement en revue les recours que le droit français de la consommation prévoyait déjà, pour ensuite évaluer la portée réelle de la nouvelle action de groupe, qui était assurément indispensable mais dont le mécanisme adopté n'est pas dénué d'inconvénients.

I. Les actions préexistantes à la réforme

Pour faire un état des lieux des actions judiciaires, il est utile de distinguer, d'un côté, les actions destinées à la défense d'un bien diffus,

Ces trois actions judiciaires semblent, jusqu'à présent, « sur-utilisées », à défaut d'une véritable action en défense des droits subjectifs pluri-individuels, ce que tenta d'améliorer l'action en représentation conjointe.

B. L'action en défense de la somme des intérêts individuels

Une action en représentation conjointe fut instaurée en 1992. Ses modalités d'exercice définies par le Code de la consommation – un mandat de chaque consommateur et l'interdiction de solliciter ces mandats par voie publique – l'ont condamnée à l'échec.

L'affaire *Cartelmobile* est la manifestation de la complexité de la structure juridique et judiciaire² de cette action. L'amende millionnaire fixée par l'Autorité de la concurrence en 2005 contraste avec plus de 12 000 plaintes regroupées réclamant quelques dizaines d'euros – alors qu'en réalité il y avait plus de 20 millions d'abonnés concernés – et les 1 524 euros alloués à l'association au titre d'atteinte à l'intérêt collectif... Encore faut-il prendre en compte les vicissitudes pouvant affecter l'action car la suite, on la connaît: des exceptions de procédure réussies: nullité des notifications et de la procédure, confirmées en appel et par la Cour de cassation pour... « démarchage des consommateurs ». C'est dans ce contexte et pour pallier cette difficulté incontestable qu'arrive la nouvelle action de groupe. En quoi peut-elle permettre de réformer le *statu quo*?

II. La nouvelle action de groupe

L'action de groupe fait son entrée définitive en droit français de la consommation. Reste à savoir si elle sera apte à atteindre les objectifs internes d'effectivité de droits, d'économie procesuelle et de sécurité juridique.

A. Mise en œuvre du procès

Pour la mise en œuvre de l'action de groupe, le projet de loi a retenu un modèle basé sur une double limitation: à la fois du domaine spécifique – dans lequel l'action peut être engagée – (1) et des personnes ayant la qualité pour le faire (2).

I. Champ d'application

S'agissant du champ d'application, l'**action de groupe cherche à réparer** des préjudices

individuels, subis par des consommateurs placés dans une situation identique ou similaire; la cause doit être commune et porter sur un manquement du professionnel à ses obligations légales ou contractuelles à l'occasion de la vente de biens, de la fourniture de services. Se font remarquer les notions de manquement, et non pas de faute, ainsi que la source légale ou conventionnelle de l'obligation inexécutable. De même, doit être signalée que les consommateurs peuvent se trouver dans une situation identique ou similaire, ce qui sera aménagé par la constitution de catégories de consommateurs.

En outre, les préjudices réparables peuvent être consécutifs à des pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire les ententes et abus de position dominante, à la suite de décisions de condamnation des autorités de concurrence (*follow-on*). Cette disposition va dans le sens du droit à réparation intégrale, rappelé par les juridictions européennes, de nature à renforcer le caractère opérationnel des règles de concurrence et à contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective³. L'articulation de l'action publique avec l'action privée n'a pas été négligée. Il est prévu que les manquements du professionnel, une fois la décision devenue définitive, sont « réputés établis de manière irréfragable ». Pourraient donc être concernés les manquements constatés par des procédures normales, de clémence, de transaction mais non pas les engagements, qu'ils soient structurels, comportementaux ou de conformité. Des doutes peuvent voir le jour s'agissant de la non-contestation des griefs. Sont ainsi allégées la mise en cause du professionnel, par la force probatoire consacrée, et l'information au groupe, par l'anticipation de la publicité à la charge du professionnel. Or, s'agissant de pratiques anticoncurrentielles, cela conduirait à exclure les pratiques restrictives de la concurrence (titre IV du livre IV du Code de commerce) et certaines pratiques déloyales – celles qui ne sont pas à la fois anticoncurrentielles – comme dans le cas notamment du dénigrement, débauchage. En revanche, d'autres pratiques déloyales, dont celles sanctionnées pénalement comme les trompeuses et agressives, pourront faire l'objet d'une action de groupe purement consumériste. La loi précise son applicabilité exclusive aux pratiques anticoncurrentielles « nouvelles », ce qui implique qu'elle ne pourra pas être utilisée pour certains cartels récents, comme ceux mis en œuvre dans le secteur des lessives ou des tubes cathodiques. Enfin, à défaut de dispositions spécifiques, comme il y

en a dans la législation consumériste relative au non-professionnel, seuls les consommateurs pourront obtenir réparation via l'action de groupe. Les PME sont ainsi exclues, ce qui est regretté par une partie de la doctrine⁴ et va à contresens du droit européen⁵.

Par ailleurs, toute action de groupe porte sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels, actant ainsi la différence doctrinale entre dommage et préjudice. Sont ainsi exclus non seulement les préjudices moraux, ce qui peut se comprendre aisément, mais également les conséquences des dommages corporels, au moment où les affaires médicamenteuses font l'actualité. Par conséquent, l'action de groupe n'est pas apte à réparer les dommages à la santé, à l'environnement ou encore à l'égalité. Cette limitation contraste avec la disposition de la loi qui envisage son extension aux domaines de la santé et de l'environnement 30 mois après la mise en place de l'action de groupe, et avec les projets de loi déjà présentés à cet égard. Enfin, une association agréée réclame une action de groupe spécifique en matière immobilière et des doutes, quoique non fondés, se sont levés en matière de services financiers.

2. Qualité pour agir

S'agissant des personnes pouvant introduire l'action, le **monopole de l'action** est réservé aux associations agréées et représentatives au niveau national. Sont exclus les associations non agréées, dont les associations *ad hoc*, les organisations gouvernementales, dont le Défenseur des droits qui joue un rôle parfois essentiel en droit comparé, de même que les consommateurs individuellement, et, partant, leurs avocats.

La même association requérante est habilitée à participer à une **médiation collective**; l'accord est soumis à l'homologation du juge, qui vérifie s'il est conforme aux intérêts de ceux auxquels il a vocation à s'appliquer et lui donne force exécutoire. Cet accord précise les mesures de publicité nécessaires pour informer les consommateurs concernés de la possibilité d'y adhérer. Un bon développement de la médiation collective est à espérer pour notamment éviter les délais et la lourdeur, la complexité et l'aléa du procès judiciaire. Pourront être appelés à jouer un rôle central notamment le Centre de médiation de la consommation ou le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris⁶.

B. Déroulement du procès

Au cœur du procès, il faut distinguer **deux étapes fondamentales**: la déclaration de responsabilité du professionnel et l'indemnisation des préjudices. Entre les deux, il y a un moment clé où les consommateurs doivent adhérer au procès.

Dans la première phase, le juge devra émettre une sorte de jugement avant-dire droit. En effet, il doit statuer sur la **responsabilité du professionnel au vu des cas individuels présentés par l'association requérante**. En droit de la concurrence, les actions de groupe sont dites « consécutives » ou *follow-on actions*; la tâche sera particulièrement aisée pour l'association et le juge puisque, par hypothèse, les *manquements du professionnel* seront réputés établis à l'issue de la décision de sanction des autorités de concurrence, comme évoqué *supra*. En outre, dans le même jugement, le juge déterminera le groupement et l'indemnisation des préjudices, y compris une réparation en *nature*, si cela lui paraît plus adapté.

Pour passer à la deuxième phase, une fois la première décision ferme et définitive, le juge adoptera des **méasures adaptées de publicité** du jugement, à la charge du professionnel, afin d'*informer de la décision* les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe. Le projet a ainsi retenu, sans surprise, l'option d'inclusion (*opt-in*): les consommateurs qui s'estiment victimes de la pratique condamnée devront adhérer au groupe afin d'obtenir l'indemnisation de leur préjudice. Le juge fixera, par conséquent, trois sortes de délais: le premier, entre 2 et 6 mois, pour l'*identification* des consommateurs – directement auprès du professionnel ou par le biais de l'association ou d'un tiers appartenant à une profession judiciaire que l'association pourra s'adjointre avec l'autorisation du juge –; le deuxième, pour la *réparation* des préjudices des consommateurs lésés⁷; le dernier, pour que l'association requérante *saisisse le juge* en représentation des consommateurs insatisfaits, autrement dit, ayant adhéré mais n'ayant pas été indemnisés. Il s'ensuit que les consommateurs n'auront pas à intervenir dans le procès: ce n'est pas devant le juge que les consommateurs adhèrent et perçoivent leurs créances.

Pour le Conseil constitutionnel, saisi notamment d'une possible atteinte aux garanties constitutionnelles⁸, les dispositions de

la loi n'ont pas pour effet d'attraire des consommateurs sans qu'ils aient été en mesure d'y consentir en pleine connaissance de cause. Par ailleurs, l'action de groupe n'a pas pour effet de limiter les droits du professionnel: il peut, lors de la première étape de la procédure, faire valoir, outre les exceptions relatives à la recevabilité de cette action, tous les moyens de défense relatifs à la mise en cause de sa responsabilité, à la définition du groupe de consommateurs, aux critères de rattachement à ce groupe, à leur montant ou aux éléments permettant leur évaluation. Après l'adhésion des consommateurs au groupe, le professionnel peut faire valoir, devant le juge saisi, tous les autres moyens de défense relatifs à l'indemnisation individuelle des consommateurs intéressés. Ensuite, aucune disposition ne limite le droit des parties à l'instance d'exercer les voies de recours selon les règles de procédure civile. Enfin, le fait que la première étape se déroule sans qu'aient été déterminés au préalable le nombre et l'identité des consommateurs qui demanderont à être indemnisés dans les termes du jugement rendu à l'issue de cette étape ne méconnaît pas les droits de la défense⁹.

Le projet de loi a également prévu une **action de groupe « simplifiée »**, pour les cas où les consommateurs seront identifiés et leur *nombre connu* ainsi que le montant du préjudice identique. Il n'y a pas d'adhésion préalable; l'indemnisation, fixée par le juge, est réglée directement par le professionnel. Les consommateurs insatisfaits ne peuvent que s'adresser à l'association requérante afin qu'elle soulève les réclamations devant le juge.

Les consommateurs étant indemnisés, l'on arrive ainsi au **dénouement de l'instance collective**. Les nouvelles dispositions entraînent l'interdiction d'introduire une nouvelle *action de groupe* ayant le même objet que celle déjà jugée, y compris par une association différente: la règle de la triple identité de l'autorité de la chose jugée est ainsi modifiée. En revanche, les consommateurs pourront agir individuellement, non seulement pour les préjudices qui n'ont pas fait l'objet d'une *action de groupe* mais également si l'*action de groupe* est rejetée.

Et c'est justement sur l'autorité de la chose jugée qu'il convient d'achever ces commentaires pour dire que l'*action de groupe* entraîne des dérogations très importantes, implicites ou explicites. **Sur la technique**

législative, le projet de loi semble constituer un *petit pas* destiné à « tester » le marché des actions collectives. Cependant, l'*absence d'articulation* de l'*action de groupe* avec les actions existant dans le Code de la consommation est regrettable, de même que l'*absence de prise en compte* des lignes fixées par la Commission européenne¹⁰, spécialement concernant les exceptions à l'*opt-in*. **Sur le fond**, l'on ne peut que se réjouir de l'arrivée en France de l'*action de groupe*. La volonté de faciliter l'accès à la justice des consommateurs doit être saluée. Or, mobiliser les consommateurs à récupérer leurs créances semble difficile à propos de sommes infimes pour chacun, mais considérables prises globalement. Aussi tout le procès perd-il du sens... Car, la *somme globale* (autrement dit, celle qui correspondait à tous les membres du groupe) ne sera attribuée à personne, elle demeure chez le professionnel indélicat! Et c'est ici où se trouve, à mes yeux, le problème principal de la loi, qui compromet le succès de l'*action de groupe*.

Pour réformer le *statu quo*, il faut songer, enfin, à la confiscation des gains illicites, sans laquelle l'*action de groupe* est insuffisante pour la collectivité. L'*action de groupe* étant une procédure particulière en responsabilité, elle doit veiller à remplir sa *finalité réparatrice*, mais également servir une *finalité préventive* et dissuasive, nécessaire aux consommateurs et au respect de la légalité.

Maria José AZAR-BAUD¹¹
Maître de conférences, Université Paris-Sud
Avocate au barreau de Buenos Aires.
mjabaud@yahoo.fr



Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
União Internacional de Advogados



THESSALONIKI CHAMBER
OF COMMERCE AND INDUSTRY

WORLD FORUM OF MEDIATION CENTRES

FRIDAY, SEPTEMBER 26 & SATURDAY, SEPTEMBER 27, 2014

THESSALONIKI GREECE



Information and online registration
at www.uianet.org

Forum organised by the UIA Mediation Commission with the support of the Mediators' Training Institute of Thessaloniki

¹ P. HILT, « L'action de groupe consacrée par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation: peut-on s'en satisfaire? Actes de colloque, Gaz. Pal., éd. spéc., n°110 à 114, p. 30.

² Juridique car les notions d'intérêt collectif et de la somme des intérêts individuels (ou intérêts individuels homogènes) n'est pas claire ni étanche; judiciaire car la technique processuelle classique n'est pas apte à résoudre les problèmes que soulèvent les intérêts collectifs *lato sensu*.

³ CJUE, 20/9/2001, aff. C-453/99, Courage et Crehan; CJUE, 16/7/2006, aff. C-295-04 à 298/04, Manfredi.

⁴ Not. Avis du 21/9/2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles. B. LASERRE, audition au Sénat.

⁵ Voy. Dir. 17/4/2014; Résol. 2/2/2012 pour une « Approche cohérente... ».

⁶ L'expérience de ce dernier fut intéressante dans l'affaire du Crédit foncier.

⁷ En effet, l'adhésion au groupe **vaut mandat** aux fins d'indemnisation au profit de l'association requérante, car c'est celle-ci qui **reçoit** les indemnités qui sont dues aux consommateurs. La somme doit être immédiatement versée en compte de dépôt, à la Caisse des dépôts et consignations. Ce compte ne peut faire l'objet de mouvements en *débit* que pour le versement des sommes dues aux intéressés. Puisque lors de l'action de groupe l'association **représente**, sans mandat, les consommateurs à plusieurs reprises afin de l'indemnisation, l'action a été qualifiée d'action en substitution qui devient représentative à ce stade. E. Jeuland, « Substitution ou représentation? - À propos du projet d'action de groupe », JCP G, 2013, 9/9/2013, n° 37.

⁸ Cons. Const., déc. 13 mars 2014, n°214-690-DC.

⁹ Nous avons traité la distinction entre un lien d'instance collectif et un lien d'instance individuel dans le cadre de l'action de groupe (ou d'un procès collectif) dans notre thèse: M.J.Azar-Baud, « Les actions collectives en droit de la consommation. Étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé », Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, avril 2013 (Préface-Directeur : M. Loïc Cadet) et de nombreux articles notamment *L'action de groupe au service des consommateurs*, Petites affiches, parution mai 2014, *L'introduction d'une action de groupe en droit de la consommation*. Gaz. Pal., 3/9/2013 », p. 16 à 25; *L'entrée triomphale (?) de l'action de groupe en droit français*, Point de vue, Recueil Dalloz, n°2/ 2013, 30 mai 2013, 1489, p. 1487 à 1498.

¹⁰ Commission Européenne - IP/13/524 11/06/2013; Recommandation de la Commission C(2013) 3539/3 ; Proposition de directive du PE et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, Directive du 17/4/2014.

¹¹ Maria José AZAR-BAUD, Maître de conférences, Université Paris-Sud, Avocate au Barreau de Buenos Aires, Auteure de la thèse « Les actions collectives en droit de la consommation. Étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé », Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, avril 2013 (Préface-Directeur : M. Loïc Cadet) et de nombreux articles notamment *L'action de groupe au service des consommateurs*, Petites affiches, parution mai 2014, *L'introduction d'une action de groupe en droit de la consommation*. Gaz. Pal., 3/9/2013 », p. 16 à 25; *L'entrée triomphale (?) de l'action de groupe en droit français*, Point de vue, Recueil Dalloz, n°2/ 2013, 30 mai 2013, 1489, p. 1487 à 1498.

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@uionet.org
Site Web : www.uionet.org

EQUIPE DE REDACTION / EDITORIAL TEAM / EQUIPO DE REDACCIÓN

Bénédicte QUERENET-HAHN,
Rédacteur en Chef / Chief Editor / Redactor Jefe

Jerome ROTH,
Rédacteurs en Chef Adjoint / Deputy Chief Editors / Redactors 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 MATTIA

Droits de l'Homme et de la Défense / Human Rights and Defence of the Defence /
Derechos Humanos y de la Defensa
Carlos FÁTÁS 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

SEEP - Régis LAURENT
7, rue du Général Clergerie - 75116 Paris - France - Tél.: +33 1 47 27 50 05

MAQUETTE ET EDITION / DESIGN AND EDITIONS / MAQUETA Y EDICION

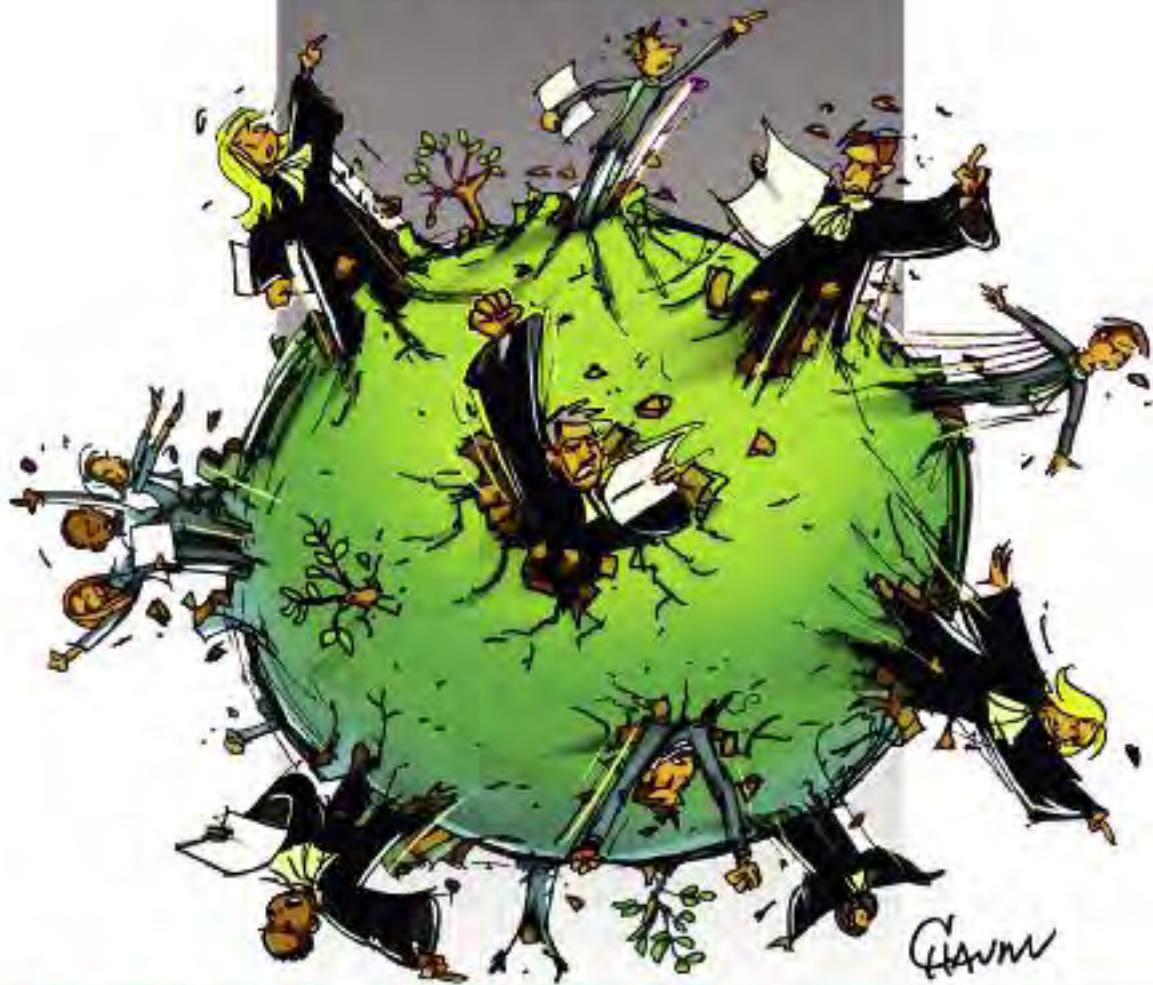
APPS FRANCE - fpicard@appsfrance.com

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

Crédit photos / Photos credit / Crédito fotos

- ©Jeremy Woodhouse/Radius Images@Masterfile: couverture → ©ilona_mages@Fotolia → ©Guillaume Piolle: 2
- ©Mike Randolph/Radius Images@Masterfile: 2 → ©stocker1970@Shutterstock: 10
- ©mandritoiu@Shutterstock: 10 → ©hugo lebrun@Fotolia: 14 → ©Alain Grosjean: 15
- ©Anastasios71@Shutterstock: 17 → ©Mikadun@Shutterstock: 22 → ©Luciano Mortula@Shutterstock: 23
- ©javi_indy: 24@Shutterstock → ©peruciatti: 24 → ©Oxana Denezhkina: 24 → ©pisaphotography@Shutterstock: 26
- ©Iacopo Barontini@Shutterstock: 30 → ©JaroPienza@Shutterstock: 30 → ©Ulkastudio@Shutterstock: 48
- ©Anton Oparin: 48 → ©Ivan Smuk@Shutterstock: 62 → ©Masterfile: 62

**LE CONCOURS
INTERNATIONAL
DE PLAIDOIRIES**
POUR LES DROITS DE L'HOMME



AVOCATS VENEZ DÉFENDRE LES DROITS DE L'HOMME

INSCRIPTION AVANT LE 11 NOVEMBRE 2014
FINALE DIMANCHE 1^{er} FÉVRIER 2015

avocats@memorial-plaidoiries.fr

SOFTWARE FOR LEGAL DEPARTMENTS



CICERO
LawPack®