

2017.1

juriste

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

Union Internationale des Avocats

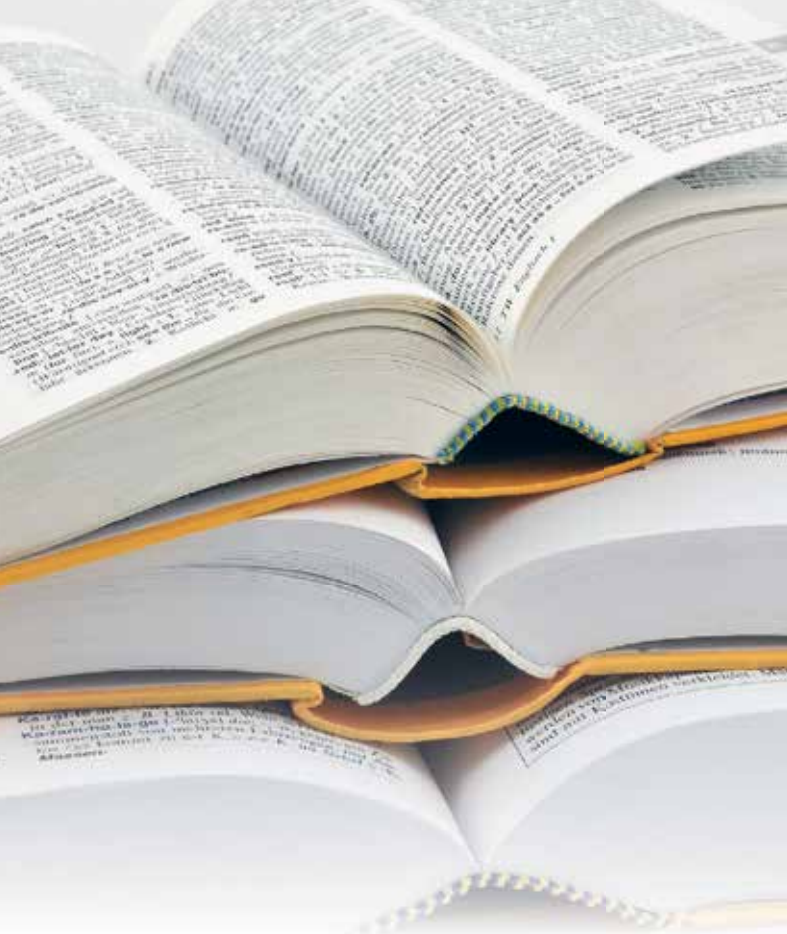
Rassembler les avocats du monde • Bringing Together the World's Lawyers • Reunir a los abogados del mundo



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



LexisNexis®
GLOBAL LEGAL SOLUTIONS PREMIER SPONSOR



Choose the leaders! **Mieux vaut s'adresser au leader!** **¡ Mejor buscar el líder!**



Professional Translators and Interpreters

Specialists In Legal
and Financial Translation

INSTITUTIONS

NOTARIES

LAWYERS



Traducteurs et Interprètes Professionnels

Spécialistes de la Traduction
Juridique et Financière

INSTITUTIONS

NOTAIRES

AVOCATS



Traductores y Intérpretes Profesionales

Especialistas en Traducción
Jurídica y Financiera

INSTITUCIONES

NOTARIOS

ABOGADOS



TRADUCTION & INTERPRETATION

est. 1981

8, rue Rameau / BP 90235 / 78002 Versailles Cedex / France / +33 (0)1 39 24 88 55
catherine.granell@cgtraduction.fr www.societetraduction.fr



Sommaire Table of contents Indice

Canadian flag in front of
a business building in Toronto.

Éditorial ■ 2

President's Editorial ■ 3 Éditorial du Président ■ 4 Editorial del Presidente ■ 5 Hommage à Paul Nemo ■ 7

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

Les acteurs du développement de la médiation internationale ■ 11 Food Law in Europe: Training Course in Paris ■ 13 UIA Winter Seminar in Niseko, Japan ■ 15 Broadening Horizons – Contemporary Family Law Issues in the International Field ■ 16 2017 Toronto Congress ■ 17

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

« American dream », l'envers du décor ■ 23 Au Mémorial de Caen, j'ai fait connaître la cause des « enfants jetables » ■ 25 Anti-Discrimination Law Saves a Convicted Man from the Death Penalty ■ 26 China's Human Rights Lawyers: Challenges and Prospects – Part II ■ 28

La Profession d'Avocat ■ The Legal Profession ■ La Abogacía ■ 32

Le privilège relatif au litige : application canadienne ■ 33 Accès à l'information et secret professionnel : oppositions et priorités ■ 35

Pratique du Droit ■ Legal Practice ■ Ejercicio de la Abogacía ■ 38

Médicaments et responsabilité médicale en Afrique ■ 39 The Italian Torpedo and the New EU Rules on *Lis Pendens* ■ 42 Design Patent Infringement Needs a Free Expression Defense ■ 44 Structuring Foreign Investment in the United States ■ 47 Whose Fare is it Anyway? ■ 49 Is There a Link Between Migration and Terrorism? ■ 52 La CEDH et les troubles de voisinage ■ 55 La remisión de deudas o segunda oportunidad ■ 57 Collective Insolvency and Bankruptcy Proceedings for Enterprises in Difficulty in Greece ■ 60

Spécial droit de la robotique ■ Special law of robotics ■ Especial derecho de la robótica ■ 62

Robots et éthique ■ 63 La privacidad en un mundo robotizado ■ 65 La « personne robot » ■ 67 Autonomously Flying Robots? ■ 70 Connected and Automated Cars: What are the Legal and Practical Challenges with Regard to Data Protection from a European Point of View? ■ 72 La protection des données personnelles appliquée aux robots : enjeux et obligations ■ 76 Liability Issues Related to Robotic Cars ■ 80 Are Autonomous Drones the Future? ■ 81



*Nathan Phillips Square
at night during winter time. Toronto*

Éditorial



Yonge Dundas Square in Toronto.



President's Editorial

I Laurence BORY

The UIA brought its collective and individual members together at the United Nations in Geneva in early June to discuss, on the one hand, the Rule of Law – an indispensable element for the maintenance of peace – and, on the other hand, what the profession can and must do for refugees.

It was an opportunity to recall that there can be no Rule of Law without the respect of the universally recognised human rights and, therefore without the respect of the equal treatment of all individuals, regardless of their gender, race and religion, in particular.

The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women was adopted by the General Assembly of the United Nations in December 1979.

The Convention, ratified by 186 States today, recognises that women are equal before the law and have an identical legal capacity, confirms the obligation of States to eradicate all forms of discrimination against women, particularly in the field of marital and family relations, in political, economic and social life, as well as in matters of nationality, education, employment and health.

Unfortunately, it must be said that the Convention is neither applied nor complied with in several States, which has rather dramatic consequences in many respects.

For example, in the area of nationality, thousands of the children (boys and girls) born each year are not registered by the country whose nationals they are, for the sole reason that their father is not present, since their national law does not allow the name and nationality to be transmitted through the mother, even though the only certain parentage relationship at the time of birth is that between the mother and her baby. These children then become stateless, have no legal existence and therefore enjoy no rights. This is intolerable from the human point of view,

dangerous from a legal point of view and constitutes a serious violation of the Rule of Law.

Equality of rights between all individuals is an absolute necessity and must truly be adopted as a priority combat by all until it becomes a reality all over the world. The rule of law and peace in the world will be greatly strengthened by this.

I call upon the lawyers and barristers of all countries that do not apply the principles of this Convention to take action to ensure that their country complies with its international commitments, if necessary by amending its domestic legislation, so that all discrimination against women is done away with.

The Geneva meetings also kicked off the UIA's 90th anniversary celebrations, which will continue until the Toronto Congress. The gala dinner raised funds for the International Committee of the Red Cross (ICRC) for its displaced persons' and refugee programmes, particularly those related to family reunification and the search for those missing.

Concerned about ensuring that the UIA does something useful for the community on the occasion of its 90th anniversary, I have also proposed to you, in your capacity as legal professionals, to provide to the ICRC (which has received the Nobel Peace Prize four times since its creation in 1863) a concrete support in the 80 countries where it assists millions of displaced persons and refugees, in the form of donating pro bono hours.

At the time of writing, more than 850 hours in some 25 countries have already been donated to the ICRC by UIA's individual and collective members. I would like to express our gratitude to them for their generosity.

Those of you who wish to join this solidarity drive for the most disadvantaged

can still do so by filling in and returning the attached form (included in this issue of *Juriste International*) as soon as possible. The form can also be downloaded from the UIA Website: www.uianet.org.

I look forward to seeing you in Toronto from October 27 to 31 for our annual congress.

Laurence BORY
President of the UIA
president@uianet.org

Éditorial du Président

I Laurence BORY

L'UIA a réuni début juin ses membres collectifs et individuels aux Nations Unies à Genève pour parler d'une part de l'État de droit, élément indispensable au maintien de la paix, et d'autre part de ce que la profession peut et doit faire pour les réfugiés.

L'occasion de rappeler qu'il n'y a pas d'État de droit sans respect des droits de l'homme universellement reconnus et donc sans respect notamment de l'égalité de traitement entre tous les individus, quels que soient leur genre, leur race et leur religion.

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en décembre 1979.

Cette Convention, ratifiée aujourd'hui par 186 États, reconnaît à la femme égalité avec l'homme devant la loi ainsi qu'une capacité juridique identique et confirme l'obligation pour les États d'éradiquer toute discrimination à l'égard de la femme, notamment dans les domaines du mariage et des rapports familiaux, dans la vie politique, économique et sociale, ainsi qu'en matière de nationalité, d'éducation, d'emploi et de santé.

Force est de constater que malheureusement cette convention n'est ni appliquée ni respectée dans de nombreux États, ce qui a des conséquences dramatiques à de nombreux égards.

Par exemple, en matière de nationalité, des dizaines de milliers d'enfants (garçons et filles) naissent chaque année, qui ne sont pas enregistrés par le pays dont ils sont ressortissants, au seul motif que leur père n'est pas présent, leur loi nationale n'autorisant pas la transmission du nom et de la nationalité par la mère et ce alors même que le seul lien de filiation certain, au moment de la naissance, est celui existant entre la mère et son bébé. Ces enfants

deviennent des apatrides, n'ont aucune existence légale et donc aucun droit. Ceci est intolérable du point de vue humain, dangereux du point de vue juridique et constitue une violation grave de l'État de droit.

L'égalité des droits entre tous les individus est une nécessité absolue et doit véritablement devenir le combat prioritaire de tous jusqu'à ce qu'elle devienne une réalité partout dans le monde. L'État de droit et la paix dans le monde s'en trouveront grandement renforcés.

J'appelle ici les avocats et les Barreaux de tous les pays qui n'appliquent pas les principes de cette Convention à agir pour que leur pays respecte ses engagements internationaux, si besoin en modifiant sa législation nationale, afin que toute discrimination envers les femmes disparaisse.

Les réunions de Genève ont aussi donné le coup d'envoi des festivités du 90^e anniversaire de l'UIA, qui se poursuivront jusqu'au congrès de Toronto. Le dîner de gala a permis de récolter des fonds en faveur du Comité International de la Croix-Rouge (CICR) pour ses programmes en faveur des déplacés et des réfugiés, notamment en matière de regroupement familial et de recherche de disparus.

Soucieuse que l'UIA fasse quelque chose d'utile pour la collectivité à l'occasion de son 90^e anniversaire, je vous ai, en outre, proposé, en votre qualité de professionnels du droit, d'apporter au CICR (qui a reçu quatre fois le Prix Nobel de la Paix depuis sa création en 1863) une aide concrète dans les quelques 80 pays où il assiste des dizaines de millions de déplacés et réfugiés, sous la forme de don d'heures *pro bono*.

A l'heure où je rédige ces lignes, plus de 850 heures, dans quelques 25 pays, ont d'ores et déjà été données au CICR par des membres individuels et collectifs de l'UIA. Qu'ils soient ici chaleureusement remerciés de leur générosité.

Ceux d'entre vous qui souhaitent se joindre à cet élan de solidarité en faveur des plus démunis peuvent encore le faire en renvoyant rapidement le formulaire inclus dans ce numéro du Juriste, qui peut également être téléchargé à partir du site Web de l'UIA : www.uianet.org.

Rendez-vous à Toronto du 27 au 31 octobre prochains pour notre congrès annuel.

Laurence BORY
Présidente de l'UIA
president@uianet.org

Editorial del Presidente

I Laurence BORY

La UIA reunió a principios de junio a sus miembros colectivos e individuales en las Naciones Unidas de Ginebra para hablar, por una parte, del Estado de derecho, elemento indispensable para el mantenimiento de la paz y, por otra parte, de lo que la profesión puede y debe hacer por los refugiados.

Fue una ocasión para recordar que no hay Estado de derecho sin respeto de los derechos humanos universalmente reconocidos y, por lo tanto, sin respeto de la igualdad de tratamiento entre todas las personas, cualquiera que sea su sexo, raza y religión.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en diciembre de 1979 la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Esta Convención, ratificada hoy por 186 Estados, reconoce la igualdad entre hombres y mujeres ante la ley así como una capacidad jurídica idéntica y confirma la obligación de los Estados de erradicar cualquier forma de discriminación contra la mujer, específicamente en el ámbito del matrimonio y las relaciones familiares, en la vida política, económica y social, así como en cuestión de nacionalidad, educación, empleo y salud.

Es preciso constatar que esta convención no se aplica ni respeta en muchos Estados, lo cual tiene unas consecuencias dramáticas en muchos sentidos.

Por ejemplo, en materia de nacionalidad, cada año nacen decenas de miles de niños y niñas que no están registrados en el país del que proceden, debido únicamente a la ausencia del padre, dado que su ley nacional no autoriza la transmisión del nombre y de la nacionalidad de la madre cuando la única relación de filiación que existe con toda certeza en el momento del nacimiento, es la que existe entre la madre y su bebé. Estos niños se convierten en apátridas, no tienen ninguna existencia legal y, por lo tanto, ningún derecho. Esto es intolerable desde

el punto de vista humano, peligroso desde el punto de vista jurídico y constituye una violación grave del Estado de derecho.

La igualdad de derechos entre todos los individuos es una necesidad absoluta y debe convertirse realmente en la lucha prioritaria de todos hasta que se convierta en una realidad en todo el mundo. El Estado de derecho y la paz en el mundo se verán sumamente reforzadas.

Hago desde aquí un llamamiento a los abogados y colegios de abogados de los todos los países que no apliquen los principios de esta Convención para que actúen para que su país respete sus compromisos internacionales, si es necesario modificando su legislación nacional, para que desaparezca toda forma de discriminación contra las mujeres.

Las reuniones de Ginebra también dieron comienzo a las celebraciones del 90º aniversario de la UIA, que continuarán hasta el congreso de Toronto. La cena de gala permitió recaudar fondos a favor del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para sus programas a favor de los desplazados y refugiados, sobre todo en materia de reagrupación familiar y búsqueda de desaparecidos.

Preocupada por que la UIA haga algo útil por la colectividad con motivo de su 90º aniversario, les propuse además que, en calidad de profesionales del derecho, aportasen al CICR (lo cual recibió el Premio Nobel de la Paz cuatro veces desde de su creación en 1863) una ayuda concreta en los 80 países aproximadamente donde asiste a decenas de millones de desplazados y refugiados, en forma de donación de horas de asistencia jurídica gratuita.

En el momento de redactar estas líneas, se han recibido ya donaciones al CICR de más de 820 horas en unos 25 países, por miembros individuales y colectivos de la UIA. Desde aquí les agradecemos cálidamente su generosidad.

Aquellos de ustedes que deseen unirse a este impulso solidario a favor de los más desfavorecidos todavía pueden hacerlo enviando enseguida el formulario incluido en este número del Juriste, que también puede ser descargado desde la página Web de la UIA : www.uyanet.org.

Nos vemos en Toronto del 27 al 31 de octubre próximo para nuestro congreso anual.

Laurence BORY
Presidenta de la UIA
president@uyanet.org



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

TORONTO

61ST CONGRESS

#UIATORONTO

SAVE
OCTOBER
27-31,
2017

THE DATE

Register at: www.uianet.org

Union Internationale des Avocats - 25 rue du Jour - 75001 Paris - France
Tel.: +33 1 44 88 55 66 - Fax: +33 1 44 88 55 77 - Email: uiacentre@uianet.org



Hommage à Paul Nemo

Raphaëlle,
Éric,
Grégoire,

Pardon, si je ne vous présente pas mes condoléances car je vis, nous vivons, nous, ses amis, le même malheur qui vous frappe. Vous avez perdu un père, un mari, un beau-père, un grand-père, un frère, un cousin, nous, nous avons perdu un ami et quel ami !

Nous vivons, donc, ensemble avec vous et à vos côtés ces tragiques et pénibles moments et nous partageons le même deuil. Seul Dieu le tout puissant et miséricordieux nous aidera et nous donnera la force de surmonter notre douleur, tant elle est immense et profonde.

Paul ! Tu es parti, en silence dans ton sommeil, un dimanche, le jour du Seigneur car tu es de la race des Seigneurs. Ce même dimanche, institué « Journée de la Connaissance » (Youm El Ilm) en Algérie. Quelle coïncidence !

Combatif et pugnace, tu as vaincu ta maladie que nous avons découverte à Alger. Te souviens-tu que tu m'avais dit alors : « *Décidemment, l'Algérie me colle à la peau. Elle ne veut pas me lâcher pour le meilleur et pour le pire* ». Le pire, tu l'as vécu dans la souffrance, sans jamais te plaindre, malgré la pénibilité de ton traitement lourd, très lourd. Ne dit-on pas que l'Homme se reconnaît et s'affermît dans l'adversité ? Oui, tu es cet homme !

Après ce traitement, je croyais que tu avais eu raison de ce mal, mais la Faucheuse a eu le dernier mot. On n'y peut rien, la volonté de Dieu s'est exercée. Dans ma religion, il est dit « À Dieu nous appartenons, et à Dieu nous revenons ». Ainsi soit-il !

Paul ! Parler de toi, dans une grande émotion, n'est pas facile tant ta vie a été riche. Elle fut une succession d'événements heureux et malheureux. En résumé, et si l'on peut résumer ta vie, tu as bien vécu, pour toi, pour les tiens et pour tous. Tu as réussi ton passage dans ce bas monde. Au

nom de notre amitié sincère et indéfectible, je livre ce témoignage sans complaisance aucune. A cet égard, que notre estimée consœur Laurence Bory, Présidente, Marie-Pierre Richard et Jean-Jacques Uettwiller trouvent ici l'expression confraternelle de ma gratitude pour m'avoir demandé de partager ce témoignage avec tous les membres de l'UIA.

Paul, enfant de la guerre, tu es né à Vichy en 1944 et souvent tu me disais que Vichy est une tâche noire indélébile dans l'histoire de France et du monde tant tu étais un pacifiste, épris de paix. Je te réconfortais en soutenant que tu ne peux pas te rendre responsable de la gouvernance de politiciens égarés comme les qualifiait le Général de Gaulle. Vichy de 1940 n'était qu'un accident de l'Histoire et l'on doit toujours être fier, quel qu'il soit, de son lieu de naissance, surtout s'il est un lieu célèbre ne serait-ce que par ses eaux thermales. T'avais-je convaincu ? Je ne le sais pas, tant ta blessure était grande.

Fils de général, tu aurais, tout naturellement et par tradition familiale, dû prendre l'uniforme et faire une belle carrière. Mais parce que tu étais un pacifiste, épris de paix, au service des autres et des peuples et pour effacer, un tant soit peu cette tâche, tu as choisi l'exact contraire et en soulevant même les foudres paternelles pour être avocat et quel avocat !

Après cette insubordination caractérisée et loin de désertir, tu as choisi en conscience, pour seul uniforme la robe noire, un autre terrain de combat, celui de la loi et le droit, aux armes et contre les armes, au service des justiciables, de l'homme pour la plénitude de leurs droits. C'est ainsi que tu es devenu avocat en prêtant le serment solennel le 11 décembre 1968 à Paris.

Te connaissant, cette date ne pouvant être une simple coïncidence innocente parce que tu as voulu être un digne fils de mai 68, non comme anarchiste mais pour plus de justice, de liberté et de démocratie.

Avocat, tu honores notre profession en donnant plus de sens à l'indépendance, la probité, la loyauté, le désintéressement, la courtoisie et la confraternité, valeurs socles de notre sacerdoce. Jeune avocat, tu as collaboré avec les plus grands du Barreau de Paris comme les bâtonniers Jean-René Farthouat, Philippe Lafarge, Georges Flécheux et Mario Stasi avec qui tu as fondé la Conférence Internationale des Barreaux de Tradition Juridique Commune (CIB) pour le rayonnement du droit français en particulier et de la francophonie en général.

Je me souviens que c'est sur ta recommandation que feu le bâtonnier Stasi m'a ouvert les rangs de cette conférence. A cette occasion, je voudrais m'incliner devant la mémoire de ce grand bâtonnier qui m'a honoré lui aussi de son amitié et qui a marqué l'histoire du barreau parisien et de l'UIA dont il aurait été le président si ce n'était l'empêchement pour des raisons familiales.

Paul ! Respecté et estimé par une majorité de tes consœurs et confrères, tu as été élu membre du Conseil de l'Ordre des avocats de Paris. Tu as contribué aussi à la transparence de la profession en qualité de secrétaire général puis comme Président de l'Union nationale des Carpa.

Pour tes bons et loyaux services rendus à la profession, la France, reconnaissante, t'a élevé au rang de chevalier de l'ordre du Mérite puis à celui de commandeur dans l'ordre national de la Légion d'honneur. Je garde un souvenir ému de la cérémonie de remise de cette décoration à laquelle tu m'as si amicalement invité.

Pourrais-je aussi ajouter que tu as été honoré par de nombreux barreaux dont celui d'Alger et décoré par de nombreux États, notamment Africains. Pardon, il n'est pas dans mon intention d'égratigner ta pudeur et ta modestie, mais le devoir d'amitié implique le devoir de vérité.

Après ce parcours, et après avoir été directeur des droits de l'homme, tu as été élu, tout naturellement, Président de l'Union Internationale des Avocats (UIA). J'ai été heureux, avec de très nombreux consœurs



et confrères de cette consécration parce que tu n'as jamais démérité. Paul, te souviens-tu que mon fils Massyl, petit enfant qui ne comprenait pas le sens du mot Président car pour lui il n'y avait de Président que celui de la république, t'a affectueusement promu au titre de « chef des avocats du monde ».

Présidant aux destinées de notre prestigieuse Union et plus que tout autre, tu en as concrétisé ses lettres de noblesse en affirmant son caractère universel et tu as entrepris la mère des batailles pour l'État de droit. Avec une remarquable efficience, tu as traduit dans les faits et sur le terrain, de manière engagée et volontariste avec persévérance et au quotidien, les caractères internationaux et multiculturels de cette belle et grande famille des avocats. Paul, tu as été élu au congrès de Genève, ville oh combien internationale ! C'est sur les quais du lac Léman que je t'ai offert la casquette de marin « du Capitaine Nemo ». C'est à Fès que tu as tenu ton congrès sous la présidence de notre ami Driss Chater. C'est à ce même congrès dans la magnifique Maison Mokri que tu as bien voulu m'honorer de la médaille de l'UIA, que tu as tenu à remettre à Massyl.

Je la garde et je la garderai précieusement d'autant plus que c'est la seule que j'ai reçue de l'UIA.

A Fès, parce que, au moment où tous les avocats européens n'avaient d'yeux que pour les pays de l'Est, toi, Paul tu as choisi ces deux villes, dès le début de ta Présidence, pour remettre à l'ordre du jour les avocats africains. Pourquoi Fès ? Parce que l'Afrique du nord et *mare nostrum* sont le trait d'union entre nos deux continents.

C'est aussi dans cet esprit que tu as tenu à organiser ton premier comité de direction à Alger. Ce fut, pour tous les avocats algériens, un honneur et un privilège.

Infatigable pèlerin, tu as sillonné le continent africain, toujours présent, là où tous les avocats étaient menacés ou emprisonnés. A ces occasions, tu as noué de nombreuses et solides amitiés comme avec, entre autres, le Bâtonnier Abdelmadjid Silini d'Alger, Yadh Ammar de Tunisie, de Mihai Tanasescu de Roumanie, Yücel Sayman de Turquie. D'ailleurs, ils sont tous ici avec toi dans cette maison de Dieu pour te rendre un ultime hommage.

En Algérie, face au terrorisme intégriste, pendant la décennie noire, tu es venu à Alger, nous témoigner ta solidarité agissante, en frère de combat et jamais en donneur de leçons. Paul, te souviens-tu que lorsque, sortant de l'hôtel Hilton, des rafales d'armes automatiques ont crépité, tu m'avais dit imperturbable : « *Ne t'inquiète pas Rachid. C'est seulement ton ami l'Emir du coin qui me présente les honneurs des armes* ».

Paul, te souviens-tu aussi que lors d'un séminaire à Alger, tu as demandé à notre Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, les yeux dans les yeux, d'abolir la peine de mort tant tu savais que c'était une très grande préoccupation pour moi.

Après ton mandat, comme tous tes prédécesseurs, tu as été nommé Président d'Honneur. Toujours disponible et infatigable, tu as dirigé notre fondation « Magna Carta » et tu t'es investi dans la CIB aux côtés de feu Mario Stasi, de Bernard Vazier, l'actuel secrétaire général de la CIB qui t'a appelé à siéger au Comité des Sages. Ce fut un honneur et un privilège d'y avoir été à tes côtés avec Paul Riquet de Versailles et Djovi Gally, entre autres.

Amoureux de l'Afrique, chevillée au corps et au cœur, tu as transmis ton Amour à Raphaëlle qui a convolé en justes noces avec Ludovic, un Ivoirien, et qui t'ont donné un joli poupon « café au lait » et dont tu étais heureux et fier.

Chers amis de l'UIA,

J'ai dit, *Urbi et Orbi*, ce qu'a été Paul et ce qu'il restera à jamais pour nous tous : un ami sincère et indéfectible, un homme de l'universel. Disons tous, la gorge serrée et les larmes aux yeux : « *Au revoir Paul, repose en paix et rendez-vous dans un monde meilleur* ».

Rachid OUALI
Ancien Président du Comité National Algérien
Ancien Conseiller du Président
Alger, Algérie
ouali-avocat@hotmail.fr

Le printemps qui s'annonce aura été bien cruel.

Discrètement, Paul Nemo nous a quittés. Il s'était retiré à Vichy pour quelques jours et c'est là que la mort l'a saisi.

Paul Nemo aura été de ceux qui ont honoré la profession d'avocat.

Il a été présent dans la vie du barreau depuis qu'il a prêté serment. Il était encore à Tunis, il y a quelques semaines à l'occasion de la rentrée du barreau de Tunisie et plus récemment encore à Paris lors de la dernière réunion du Conseil d'administration de l'union nationale des Carpa.

Cette passion pour la chose publique, il l'a éprouvée depuis toujours. Sans doute est-elle due à l'atavisme. Et l'engagement de son père dans la vie militaire aurait pu le conduire à une carrière politique.

Etudiant à Sciences Po, il se lie d'amitié avec Jacques Barrot et commence une carrière de secrétaire parlementaire avec le sénateur maire de Pontoise, Adolphe Chauvin.

Mais en 1968, il passe le Capa et décide d'exercer la profession d'avocat en devenant le collaborateur de Jacques Fauchon. Il cumulera l'activité d'avocat avec celle de conseiller de l'ombre de Jacques Barrot lorsque ce dernier sera élu député de la Haute Loire, puis secrétaire d'Etat à l'équipement et ministre de la santé en 1974. Il découvre alors la Haute-Loire et jette son dévolu sur la ville d'Yssingeaux. Il aurait pu être un élu de la Haute-Loire si Jacques Barrot avait renoncé à la vie politique.

Mais le barreau finalement le retient. Il sera associé de la société d'avocats Aaron-Fauchon-Nemo et développera le droit de la construction. Spécialiste reconnu, il sera consultant de la Commission Spinetta sur la réforme de l'assurance-construction. Après le départ de Jacques Aaron et de Pierre

Fauchon, il sera associé avec le bâtonnier Lafarge. Après la mort du bâtonnier Lafarge, il poursuit son activité, seul, puis en association avec Hela Kacem et Judith Chapulut à qui il confie le cabinet lorsqu'il sera avocat honoraire le 14 novembre 2013.

Il se marie avec Hélène Fauquez. Trois enfants sont nés de cette union : Raphaëlle mariée à Ludovic M'Bahia Ble, mère de Leopaul (six mois) qui vivent à Abidjan aujourd'hui et qui étaient en Afrique du sud depuis 6 ans ; Raphaëlle qui travaille pour une université sud-africaine dit que ses parents lui ont passé le virus de l'Afrique avec nos déplacements CIB et UIA pendant toute sa petite enfance ; Éric qui vit à Paris avec Julie qui est avocate et Grégoire qui vit à Paris, mais qui veut faire de la géographie de l'espace. En somme, l'héritage est tenace.

La vie professionnelle de Paul Nemo change lorsqu'il rencontre en 1974 Mario Stasi et Jean-René Farthouat qui l'un et l'autre n'étaient pas bâtonniers à cette époque.

Il découvre alors les horizons qui rappellent ceux qu'il avait connus dans son enfance en suivant son père, Grand officier de la Légion d'honneur, qui avait servi à l'étranger et qui a achevé sa carrière d'officier comme général de division de l'infanterie de marine.

Lorsque Jacques Fauchon est devenu Président de l'Institut National de la Consommation puis Sénateur, Paul Nemo finalement s'est investi dans la vie du barreau.

Et c'est là que nos vies se croisent ou se suivent.

Paul Nemo va reprendre le cheminement qui l'avait conduit aux affaires publiques du barreau en suivant le bâtonnier Stasi dans la création de la Conférence Internationale des Barreaux de tradition juridique commune (CIB) en 1985.

Il poursuivra aux côtés du bâtonnier Stasi l'animation de la CIB et développera à cet égard de très nombreuses relations dans le monde francophone.

C'est en 1988 qu'il est élu au Conseil de l'Ordre dans la même promotion que Dominique de la Garanderie. Le bâtonnier Lafarge, connaissant son goût pour l'étranger, l'a envoyé en mission en

république sud-africaine à l'époque de l'apartheid, en vue de nouer des liens avec le barreau et d'aider ce barreau à trouver la voie de la fin de l'apartheid.

A l'issue de nos mandats respectifs de membre du Conseil de l'Ordre, Philippe Lucet, Dominique de la Garanderie et Paul et moi avons ensemble travaillé sur l'avenir du barreau un peu comme des conspirateurs.

Dominique de la Garanderie était avec le bâtonnier Danet au Conseil national des barreaux, Philippe Lucet était toujours très impliqué dans la vie ordinale. Paul Nemo, tout comme moi, étions très proche du bâtonnier Lafarge et du bâtonnier Ader qui lui a succédé.

Il existe des destins qui se croisent.

Paul Nemo m'a succédé comme secrétaire de la Commission financière de l'Ordre puis comme secrétaire-général de la Carpa, puis comme directeur financier de l'UIA.

Je lui ai succédé comme président de l'UNCA. Nous avons ainsi fait équipe et encore aujourd'hui alors que je suis le secrétaire général de la CIB, je le retrouve à la CIB où il est membre du comité des sages.

Mais Paul a eu un engagement plus personnel à l'UIA, tandis que moi je m'occupais du barreau européen. Il a été directeur des droits de l'homme et a été élu président de l'UIA, cette magnifique institution, au congrès de Genève en 2004.

Il a donné un sens à l'exercice de la profession d'avocat. Il a rappelé que les avocats sont tous responsables de l'Etat de droit par le mécanisme de cette solidarité indivisible qui est la nouvelle image de la société universelle.

Dans son discours au congrès de Fès en 2005, il a rappelé que la profession d'avocat se grandirait, si hors des sentiers battus, elle s'attachait à faire connaître le supplément d'âme qu'elle doit apporter à la seule technique du droit et si elle savait faire admettre que la profession d'avocat a un rôle social à jouer dans la société moderne par l'attachement à des valeurs universelles. C'est ce message qu'a porté Paul Nemo en parcourant le monde avec cette simplicité,



cette affabilité, cette courtoisie et cette efficacité.

Derrière ces qualités on devinait aussi l'homme impétueux qui n'hésitait pas à opposer la contradiction. Il le faisait parfois même avec un ton courroucé, le visage dissimulé par une volute de fumée, car Paul Nemo ne quittait jamais sa cigarette.

Dans son attestation de moralité, le sénateur Chauvin a décrit Paul Nemo comme un garçon d'une très vive intelligence, rédigeant avec une très grande facilité, avec un sens aigu des responsabilités en toutes circonstances.

Les qualités mises en valeur par le sénateur Chauvin ne se sont pas dissipées pendant toute sa vie professionnelle. Elles lui ont valu d'être élevé à la dignité de commandeur de la Légion d'honneur.

Paul Nemo est né à Vichy.

Il est décédé à Vichy.

C'est un peu comme un navire majestueux qui rentre au port après avoir brillamment servi.

Le printemps a été bien cruel.

Il a emmené avec lui Paul Nemo.

Mais il aura déposé dans nos cœurs avec la peine que nous ressentons, l'image d'un ami et d'un grand serviteur du barreau au-delà même de notre horizon.

Paris, le 19 avril 2017

Bernard Vatier
Ancien Bâtonnier de Paris
Secrétaire général de la CIB
b.vatier@vatier.com



Actualités de l'UIA
UIA News
Novedades de la UIA





Les acteurs du développement de la médiation internationale

I Fabienne van der VLEUGEL

Le 23^e Forum mondial des Centres de Médiation (Forum) organisé en Pologne, Cracovie, du 27 au 28 janvier 2017 a connu un franc succès.

Avec le soutien du Barreau de Pologne et son Centre de Médiation ainsi que le support logistique offert par la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université Jagiellonienne de Cracovie, près de 60 experts des divers continents ont bravé le froid de l'hiver polonais, pour échanger et étudier le développement de la médiation internationale tout au long des conférences du Forum dont la diversité des sujets n'a eu d'équivalent que leur intérêt professionnel et la perspicacité des conférenciers.

Tous les 9 mois, le Forum, unique en son genre, reste l'assise des experts de la médiation qui se réunissent pour partager de façon transparente, directe et constructive, leurs idées et expériences professionnelles en vue d'améliorer leur pratique.

On le sait tous : la médiation se développe inéluctablement, envahissant tous les domaines du droit et de l'entreprise, les diverses juridictions et les litiges de toute nature à portée nationale ou internationale. La médiation concerne les parties médiées de tous pays, tant les conflits se déploient et frappent les sujets de diverses nationalités avec tellement de facilité.

En tant qu'experts, il convient que nous suivions la pratique de la médiation de près, en gardant notre ouverture d'esprit et en concédant à la médiation sa portée et son envergure internationale qui l'imprègne par nature.

Le Forum et les rencontres internationales qu'il provoque et suscite, conduisent sans nul doute à l'enrichissement du réseau des participants et à l'amélioration des pratiques professionnelles, tout en leur permettant de découvrir un pays nouveau et la culture qui s'y attache – un point fort qui est lié à la pratique de la médiation internationale.

Le Forum, c'est précisément l'opportunité pour l'ensemble des experts, médiateurs, avocats, universitaires, chefs d'entreprises, étudiants, responsables de centres de médiation, représentants d'associations et chercheurs de s'imprégner de leur diversité respective et de leurs expériences pour développer et améliorer la pratique de la médiation.

Sans conteste, le Forum organisé à Cracovie a permis à ses participants d'atteindre ces objectifs.

par les parties. La médiation, c'est aussi – et surtout – l'art du discours. Danielle Hutchinson et Emma-May Litchfield, de leur côté, ont apporté un éclairage avisé sur les premiers résultats que l'on pouvait tirer de la *Global Compound Conference* qui s'est tenue dernièrement à Singapour.

Georges Hanot (Belgique) a dirigé une session fort sensible à propos de la médiation interculturelle au cours de laquelle Roberta Regazzoni (Italie) nous a fait part de sa pratique de la médiation en Chine. Mona Hanna

Le Forum et les rencontres internationales qu'il provoque et suscite, conduisent sans nul doute à l'enrichissement du réseau des participants et à l'amélioration des pratiques professionnelles [...]

Après les quelques mots d'accueil du Professeur Dr. Bartosz Brozek, Vice Doyen des relations internationales de la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université Jagiellonienne, la première session menée par Cezary Rogula (Pologne) était consacrée à un thème fort délicat : la médiation à mener avec des parties vulnérables, qu'il a introduite et développée avec précision. C'est ensuite avec beaucoup de sagacité que Kimberly Schreiber (États-Unis) nous a explicité sa pratique en la matière, et il a été fort intéressant d'entendre Evi Avlogiari (Grèce) nous décrire la manière avec laquelle elle développait la médiation au sein des établissements médicaux. Un sujet fort prenant qui nous interpelle et nous rappelle l'importance de l'empathie et de l'écoute attentive.

La session suivante, liée au pouvoir du verbe et son influence dans la gestion des conflits, animée par nos conférenciers venant d'Australie a juste été extraordinaire, et le mot est bien faible. En peu de temps, Rosemary Howell nous a tous sensibilisés sur l'importance des termes, le pouvoir des mots, l'impact qu'exerce la tournure de nos phrases sur le déroulement même de la médiation et la fixation des solutions

(Liban) nous a ouvert les yeux sur la diversité et la générosité de son pays, et la multiplicité des questions qu'une médiation à mener peut susciter pour des personnes de culture et de religion différentes. Malgorzata Kożuch (Pologne), d'une façon fort pertinente, nous a rappelé les diverses questions pratiques qu'il est bon de se poser en amont, pour qu'une médiation avec traduction soit organisée d'une façon adéquate.

La session suivante, MED-ARB, avec Renate Dendorfer-Ditges (Allemagne), Alan Limbury (Australie) et Joe Behan (Irlande), a été exceptionnelle. Nos trois experts, fort reconnus en la matière, ont parfaitement exposé à l'auditoire leur position sur le sujet en décrivant leurs points de vue divergents, avec humour et délicatesse. Avoir l'opportunité d'échanger sur ce sujet d'actualité, avec nos experts renommés et reconnus, dans une ambiance sereine et propice à l'échange intellectuel, s'est avéré particulièrement enrichissant.

La dernière session de la journée, «Dealing with Mediation», animée par Catherine Leclercq (France) avec Jeff Abrams (USA) et Katarzyna Przyluska-Ciszewska (Pologne) nous a conduits à comparer la pratique des

avocats en médiation en France, en Pologne et aux Etats-Unis. Sans ambages, avec une autocritique éclairée, les conférenciers ont apporté un éclairage sur leurs juridictions respectives et ont déclenché avec l'auditoire des échanges très instructifs.

Après cette journée particulièrement riche en expérience, nous étions tous enthousiastes à l'idée de poursuivre avec la journée du samedi. Ainsi, la 2^e partie du Forum a commencé avec la session consacrée à la médiation de la consommation – sujet incontournable suite à la Directive 2013/11/UE du Parlement Européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extra judiciaire des litiges de consommation. Jocelyne Canetti (France) et Fabienne van der Vleugel (France, médiateur de la consommation IEAM) ont eu l'opportunité d'en présenter les caractéristiques pour l'IEAM. Cezary Rogula (Pologne) a parfaitement résumé la situation actuelle en Pologne et les développements attendus tandis qu'Oreste Calliano (Italie) nous a détaillé la position de l'Italie sur le sujet.

La conférence « ADAPT YOUR WAY » organisée par Andrew Fiddy (UK, CEDR) était consacrée à la mise en œuvre des pratiques de la médiation au sein même des associations. Julie Southcombe (Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement « EBRD », Royaume-Uni) nous a livré en toute transparence des exemples pratiques de mise en œuvre de la médiation au sein de cette organisation internationale, ce qui a suscité de multiples questions et réactions. Par la suite, les divers cas pratiques exposés par Frédéric Petit (Pologne) en prenant appui sur des épisodes réels de son expérience professionnelle, en tant que chef d'entreprise, ont fort impressionné l'auditoire.

La fin du Forum était consacrée à la session habituelle «Mining the Minds» au cours de laquelle Joe Behan (Irlande), Alan Limbury (Australie), Rosemary Howell (Australie), Jeff Abrams (Etats-Unis) et Georges Hanot (Belgique) ont répondu aux multiples questions posées par l'auditoire, avec la rigueur et la simplicité qui les caractérisent, apportant ainsi un vrai « plus » à l'expérience générée par l'interactivité instaurée entre les conférenciers et l'auditoire : le Forum se construit par ces échanges de qualité.

Les sessions du Forum se sont ainsi succédées suivant un rythme bien soutenu, ce qui n'a, au demeurant, pas empêché les participants de profiter pleinement du séjour à Cracovie et de visiter notamment le vendredi soir l'incontournable mine de sel Wieliczka, inscrite sur la liste du patrimoine mondial de l'Unesco, tout en profitant également d'une visite des plus agréables du centre-ville et des divers splendides bâtiments qui font de Cracovie l'une des plus belles villes d'Europe centrale.

L'organisation du Forum avec l'appui de l'Université Jagiellonian et du Barreau, à Cracovie, ville étudiante, fort intéressée par le développement de la médiation, restera ancrée dans la mémoire des participants.

Le prochain Forum sera organisé à Singapour du 12 octobre au 14 octobre 2017, avec le support officiel des grands centres de médiation de Singapour : SIDRA (*Singapore International Dispute Resolution Academy*), SIMC (*Singapore International Mediation Centre*), SIMI (*Singapore International Mediation Institute*), et SMC (*Singapore Mediation Centre*).

Venez en grand nombre, bloquez votre agenda, et profitez de ce 24^e Forum exceptionnel pour visiter Singapour, parfaire votre pratique professionnelle et enrichir votre réseau.

Fabienne van der VLEUGEL
Présidente du Forum Mondial des Centres de Médiation de l'UIA
VDV AVOCATS
Serris – Val d'Europe, France
fabienne@vdrvocats.com

Donnez-nous
votre email !

Gardez le contact
avec l'UIA

> recevez nos communications

> suivez l'actualité de
nos commissions scientifiques

> communiquez avec
les avocats membres de l'UIA

Envoyez votre adresse
email à
uiacentre@uianet.org

ou complétez votre profil
dans votre espace
personnel sur
www.uianet.org





Food Law in Europe: Training Course in Paris

I Stefano DINDO

The first course on the subject of food law called "Food Law in Europe" was held on 3.2.2017 in Paris by Antoine de Brosses, a partner of the Product Law Firm whose offices are in (Paris).

Though the course only extended through just one day, it enabled those attending to obtain an overview of an area of law that remains relatively little developed, but is nevertheless of great interest.

What services may be required of the lawyer who is an expert in food law?

The aim of the legal service could essentially be regarded as managing, from the legal viewpoint, "all aspects of compliance and of product safety".

There may be, above all, a need to establish a general picture of all the laws that apply to the specific client; so as to be equipped then to adequately approach any disputes that arise. This will mean that the lawyer will have to speak with technical and scientific experts in these fields. It may be necessary to handle any crises that might arise if there is, for example, an issue of defective products; as well as being able to offer training courses and set up systems to facilitate company monitoring and, where necessary, correctly handle dealings with governmental authorities.

All of these have to be carried out in a context characterised by very far-reaching regulations, firstly as regards their complexity, (they stretch to over 45,000 pages!) and as regards the fact that new sources of law are continuously arising. There is also the issue of the difficulty of actually accessing all the necessary information. It means that every lawyer in the field would do well to build a "food law library" and ensure that there is a system in place so that he or she can be kept constantly up to date, where "food law is a matter of experience".

To be able to provide legal services in this area, it also becomes necessary to set up a network that will enable the lawyer to

collaborate with technical and scientific experts, as well as with professional associations in the sector and also deal with the industry's trade press. Not least he must be able to relate to the various national and European public administrations.

As regards identifying the sources applicable to the case in hand, it is essential to understand the hierarchy of such sources and the relationships that exist between each of them, especially in relation to the international agreements of the WTO. As regards Europe, the lawyer needs to appreciate the sources of community law, as well as the domestic law as it applies to each country, whose provisions comprise not only laws but also all the numerous decrees and ministerial orders.

Particular function is that played by the "*Codex alimentarius*", a group of rules and regulations worked out by the *Codex Alimentarius* Commission which was instituted in 1963 by the FAO and the World Health Organisation with the aim of safeguarding consumer health, promoting international exchange and ensuring the correct production and conservation of food. The Code is not a source of law in the strict sense, but it has acquired an authority such that it influences national law-making bodies and is also a source of interpretation and reference when a determined country does not have specific legislation in a particular area. The *Codex Alimentarius* has in fact been recognised by the WTO as a point of reference for the appraisal of individual domestic legislations, to see whether these are consistent with the standards and the agreements established by the WTO. If the legislation accords with the provisions of the *Codex Alimentarius*, then there is a presumption of compliance with WTO agreements, while if, on the other hand, the legislation fails to do so, then the country concerned has to justify the reasons why it has departed from the *Codex Alimentarius*.

In the event of a court case in Europe, the Judge will first verify whether there is an EU

Regulation that applies in the case that it is called upon to decide; but where there is no such regulation, the court will take account, among other things, of the content of the Codex when making its decision. Another of the subjects covered in the course is that of Business Organisation with regard to regulatory risk. In certain European countries, such as France, it is possible to delegate the personal criminal liability of the CEO of a company to an employee under certain conditions (employee must have the appropriate skills, authority and means to accomplish the delegated tasks). In others, such as Spain, this is not possible, but it is still possible to adopt a series of measures to mitigate liability. It is essential, in this case, to establish a coherent organisation within the company that can be considered by the court when called upon to decide on matters of liability. The court will in fact assess its adequacy in relation to the specific circumstances of the company.

As regards, then, the relationship with suppliers, equally essential is the requirement for precision in the sense that the more exact and detailed the description of the product or the ingredient, the better the purchaser is protected because, if that is the case, liability will tend to lie solely with the supplier.

Poor information provided by the supplier leads in the end, on the other hand, to the establishment of joint liability between purchaser and supplier which should of course be avoided.

The drafting of a food supply contract that contains, inter alia, a clear statement of the scope of intervention of each operator in the technical specification is therefore a matter of fundamental importance. Similarly important are the clauses that permit, for example, purchaser checks and inspections at the production premises of the supplier, as well as the contractual indication of a testing laboratory acceptable to both parties in the event that any dispute arises.

Another question to be considered is how the lawyer should be prepared to advise clients so that they can best deal with the checks and controls on the part of the public authorities. In this case too, the role of the lawyer can be essential also in terms of training provided, of the drafting of guide lines, of control simulations, and so forth.

In the course, specific attention was then given to the subject of food safety, with an illustration of the basic principle by which it is necessary to ensure food safety through the food supply chain, with safety assured at every stage of production, processing and distribution, with careful consideration given to the relation between safety and information provided in labels and other

information available to the consumer. The subject of labelling was then addressed with a look at some of the details of the provisions of Regulation n. 1169/2011. The issue of product quality was then considered in relation to two particular perspectives: that of the geographical origin of the product and questions of the protected designation of origin (PDO) and of protected geographic indication (PGI), as well as the methods of production. This led to consideration of questions of organic products, traditional guaranteed specialties and national labelling.

The course concluded with an overview of the area of additives, flavourings, enzymes and nutritional additives, and then ended

with the speaker's thoughts on problems relating to transport and to storage.

It was most assuredly a day of intense activity and work that offered much to think about, encouraging all those taking part to look further into this fascinating area of food law.

With heartfelt thanks to the speaker.

Stefano DINDO
President, UIA Food Law Working Group
Dindo, Zorzi e Avvocati
Verona, Italy
studiolegaledindo@studiodindo.it

Publish your photo in the 2018 UIA Directory



To draw more attention to your contact details in our 2018 directory, these options are offered:

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



UIA

www.uianet.org

Informations
& Contact

Noelia Alonso Morán, Development & Partnership co-ordinator

Email: nalonso@uianet.org - Tel.: +33 1 44 88 55 66 - Fax: +33 1 44 88 55 77



UIA Winter Seminar in Niseko, Japan

■ Yoshihisa HAYAKAWA
& Motoyasu HIROSE

First Winter Seminar in Asia in the most beautiful snow resort in Japan

From February 26 to March 3, 2017, we had the 12th winter seminar with great success in Niseko, Hokkaido, Japan. It was remarkable to have UIA's first winter seminar in Asia, which had taken place mostly in Europe and North America over the decade. It was supported by Tokyo Bar Association, a firm member of UIA as well as Sapporo Bar Association (local bar in Hokkaido). It is our great honor that this would reflect Japan's expanding presence and visibility in UIA in recent times, following the one-day UIA seminars launched in Tokyo jointly with the Tokyo Bar Association for three consecutive years.

As was the case in previous years, the topic of the winter seminar was "Corporate Law and Litigation/Arbitration/Mediation-Recent Developments with an Emphasis on Emerging Markets", comprised of reports and discussions among the participants from different continents with particular focus on corporate law and cross-border dispute resolution for the former and latter half, respectively.

On March 6, 2017, UIA Japan National Committee also held, following the winter seminar, a small and informal workshop in Tokyo for promotional purposes where several participants served again as speakers.

This winter seminar appears very unique in several points. Above all, emphasis is placed on interactive discussion among the participants from diversified jurisdictions rather than a one-way presentation in monologue style. That is why the speakers are requested to respect the timeframe in order to allow for sufficient time for subsequent discussions. The choice of topics was flexible and less formalized than traditional seminars, with a view to ensuring frank exchange of views among participants, as more fully mentioned below.

Value of interactive seminars from a Japanese standpoint

In Japan, the conventional image of a legal seminar prevailing among elderly jurists would, typically, consist of a one-way lecture whereby the audience acquires knowledge from the speaker standing on the stage by taking notes on the desk, as they had experienced it in university a long time ago. In their eyes, this winter seminar might appear to be mere extra-professional entertainment. In contrast, the learning method in academia or in more professional settings nowadays has been drastically changing over the decades, gradually replacing the outdated one-way lecture with more participatory sessions. University professors today tend to place more value on the interactive dialogue with students (so-called "Socrates method") or debates, role-playing and presentations where they are commonly required to act as players rather than passive audience.

Looking back on our own past experience, the winter seminar would bring us home to the valuable nature of and symbolizes the remarkable shift of conventional one-way learning method to the communication-based interaction with colleagues with a wealth of backgrounds. The sharing of legal knowledge and approaches from different angles to certain areas of law are all the more activated through casual and convivial activities, namely skiing and snowboarding on the slopes, coupled with the sociable and homelike atmosphere fostered through the dual-directional method employed throughout the seminar lasting for a week. Each day starts with pre-seminar breakfast at around 7:30, followed by the morning session, an "exceptional" break of 6 hours on the slope, the afternoon session and dinner at restaurants ending at around 23:00. The repetition of this cycle over the week would establish a family-like relationship among the participants, voluntarily staying together, by the closing of the seminar.

Frankly speaking, UIA's winter seminar is a breakthrough event. The intensive and multidimensional networking among the participants here moves forward incomparably more effectively than by simple exchange of name cards during the tea break, which would typically take place in traditional legal seminars. While this could appear, on the surface as nothing more than recreation, exchange of academic views among snowy colleagues continued in extremely casual and cracker-barrel settings could, by virtue of synergy with the former sedentary discussions, further be materialized and prone to shed light on the issues of which the speakers themselves had only vaguely been aware a few hours ago, being prone to remain unrevealed in rigidly formal lecture rooms.

We cordially hope that the UIA's annual winter seminar serves as a new mode of learning and networking, and a help to come across the value of interactive seminars combined with activities and consequently trigger more proactive involvement of Japanese and overseas lawyers in similar events in the future.

Yoshihisa HAYAKAWA
President of the UIA National Committee - Japan
Uryu & Itoga
Tokyo, Japan
haya@rikkyo.ne.jp

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



Broadening Horizons – Contemporary Family Law Issues in the International Field

I Alberto MORIZIO

On March 27th - 28th 2017 Farrer & Co. LLP hosted an international family law seminar in London, UK, dedicated to young lawyers, as part of the UIA 2017 Training Courses Programme entitled “Broadening horizons – contemporary family law issues in the international field”.

25 lawyers from Africa (Algeria, Democratic Republic of Congo, Egypt), America (Mexico), Europe (Bulgaria, Belgium, France, Italy, Monaco, Poland, Switzerland, United Kingdom) and Middle East (Lebanon) attended the meeting, offering other colleagues their expertise in their own jurisdiction.

The main issues discussed were:

1. The drafting of pre-nuptial agreements/marriage contracts;
2. Advising on the enforceability of pre-nuptial agreements/marriage contracts on divorce;
3. Advising on financial claims on divorce where there is no pre-nuptial agreement;
4. The court's jurisdiction in international children cases;
5. The relocation of children out of the jurisdiction.

For each area of focus, we developed a case study under the guidance of Farrer & Co. LLP partners and associates, discussing how to extract the most relevant information from the client and solve the main legal issues.

With regard to **pre-nuptial agreements**, historically English judges were reluctant to consider them as enforceable agreements entered into by parties prior to marriage. The role of the judge in the traditional English legal system, responsible for evaluating what is fair and reasonable in case of divorce, was in conflict with the binding nature of the prenuptial agreements.

In 2010, the Supreme Court established a new principle in deciding the *Radmacher*

v. Granatino case: “pre-nuptial agreements that are entered into freely and with a full understanding of the implications are to be given effect unless it would be unfair to hold the parties to it”. The effects of the decision were examined during the Training Session and every participant reported the current situation in his jurisdiction on that subject. For example, in Italy pre-nuptial agreements are generally considered void since they are in contrast with public policy, but many scholars and judges are reconsidering the traditional stance of the Supreme Court. A draft bill (n. 2669) is currently under discussion by the Camera dei Deputati (Parliament's lower chamber) and prenuptial agreements could soon be introduced in Italy by law.

The **financial claims on divorce** were analyzed from a comparative perspective, with an interesting contribution by colleagues from different legal systems.

The English court's general approach is based on three main principles: “needs”, “compensation” and “sharing”, considering all the circumstances of the case. The court gives first (but not overriding) consideration to the welfare of any child of the family who has not attained the age of eighteen.

The lawyers operating in Sharia-based legal systems pointed out the importance of the management of the dowry in marital contracts, also with regard to the financial claims in case of divorce.

The **international issues concerning parental responsibility and children relocation** were studied from a European perspective, as a direct consequence of the Brussels IIR European Council regulation (n. 2201/2003). The primary basis for jurisdiction under Brussels IIR is contained in Article 8(1): the courts of a Member State shall have jurisdiction in matters of parental responsibility over a child who is habitually resident in that Member State at the time the court is seised.

The European Union's Court of Justice (CJEU) established in *Mercredi v. Chaffe* (Case C-497/10) a fundamental principle to be tested: *a child's habitual residence must correspond to the place where he/she has achieved a degree of integration into a social and family environment*.

Another point worth considering is that the welfare of the child is paramount and overbears all other considerations with regard to English and international relocation issues.

Every participant not only improved their knowledge of English and EU law on the most discussed international family law topics, but also developed important skills in managing international cases through a practical and multicultural approach.

Alberto MORIZIO
Studio Legale Morizio
Turin, Italy
info@studiolegalemorizio.it



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

TORONTO

61ST CONGRESS

#UIATORONTO

**OCTOBER
27-31
2017**

Located on the northwestern shore of Lake Ontario, Toronto is Canada's most populous city.

The city is known for its surprising architecture, its museums and galleries, its internationally renowned festivals, and its numerous restaurants and stores.

During your stay in Toronto, do not miss the CN Tower, the tallest free-standing structure in the Western Hemisphere and one of the city's symbols. Enjoy the PATH, the largest underground shopping complex in the world, and take a walk on Queen Street West or on the Entertainment District, the perfect area for restaurants and theaters.



Ce qui vous attend à Toronto

Retrouvez sur notre chaîne Youtube, UIA – Union Internationale des Avocats, le message de la Présidente Laurence BORY ainsi que le mot d'accueil de Jacqueline BART, la présidente du Congrès.



El congreso de la UIA, ¿qué es?

Vivan de nuevo los momentos mayores del congreso de Budapest con este vídeo: sesiones de trabajo, entrevistas de los participantes, veladas...



Scientific Programme and Special Sessions

- 300 speakers
- More than 20 working sessions
- 10 joint sessions
- 12 special sessions including:
 - Law Firms Forum
 - UIA - ABA Session
 - Regional forum sessions (Spanish-Speaking Lawyers, Latin American Lawyers, Portuguese-Speaking Lawyers, Arabic-Speaking Lawyers, Lawyers from Central and Eastern European Countries)
 - Speed Dating for Law Firms



New!
This year, you can attend special sessions:

- On Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA),
- With Defence Offices at the International Criminal Courts,
- For young Canadian Lawyers (in cooperation with the Ontario Bar Association)

Thème principal 1

Exploitation des ressources naturelles : entreprises et droits de l'homme

Ce premier thème a pour objectif d'étudier plusieurs questions environnementales d'un point de vue législatif et réglementaire. Ces questions sont aussi appréhendées sous l'angle des relations contractuelles ainsi qu'au regard des mécanismes de compliance et des différents systèmes de résolution de conflits. Il est aussi question d'aborder le sujet des mécanismes de réparation.

● Samedi 28 octobre 2017 - 9h00 - 12h30 / 14h00 - 17h30

Main Theme 2

Legal Remedies for Victims of Terrorism

This theme concerns the basic question of the potential liability of governments for terrorist acts. It will also deal with the potential liability of third parties, such as communication and social media companies that provide a platform used by terrorist networks for propaganda. We will address the issues of victims' access to courts, to collective or class action procedures, and to enforcement mechanisms.

● Sunday, October 29, 2017 - 9.00 am - 12.30 pm

Tema principal 3

Justicia transicional: estudio de resultados

¿Puede servir la Comisión Verdad y Reconciliación de Canadá como modelo para la resolución de los conflictos? En las situaciones más graves, existe la impresión de que la justicia no podrá ejercer su misión sancionadora, reparadora y de restablecimiento de la paz civil. El congreso en Toronto nos ofrecerá la oportunidad de estudiar la experiencia de la Comisión Verdad y Reconciliación de Canadá y otras experiencias en marcha, y sacar conclusiones.

● Lunes 30 de octubre de 2017 - 9:00 - 12:30

International Bar Leaders' Senate

What disciplinary rules should apply to lawyers operating under mobility rules?

The International Bar Leaders' Senate is the place for discussion and exchange of views between Bar Leaders, Bar Presidents and representatives of local, national and international lawyers' organizations. They meet at least once a year, during the UIA Congress, to reflect together and share their opinions on current issues, relating to the core values of our profession.

● Saturday, October 28, 2017 - 2.00 pm - 5.30 pm

Joint Sessions

This year, several commissions join efforts to foster the debate on hot legal topics dealing with different areas of the law, such as:

- Artificial intelligence (AI) and the Kill Switch – Biotech and High Tech Companies Grow Up
Biotechnology Law / Privacy and Rights of the Digital Person
- Litigating Catastrophies: Handling High-Stakes Litigation – Disasters over Air, Land and Sea
Insurance Law / Litigation / Transport Law / Art Law
- Strategies to Protect against Claims by Spouses and Children, on Death and on Divorce
Family Law / International Estate Planning
- Internal Investigations – Employee Rights and Obligations
Labour Law / Criminal Law

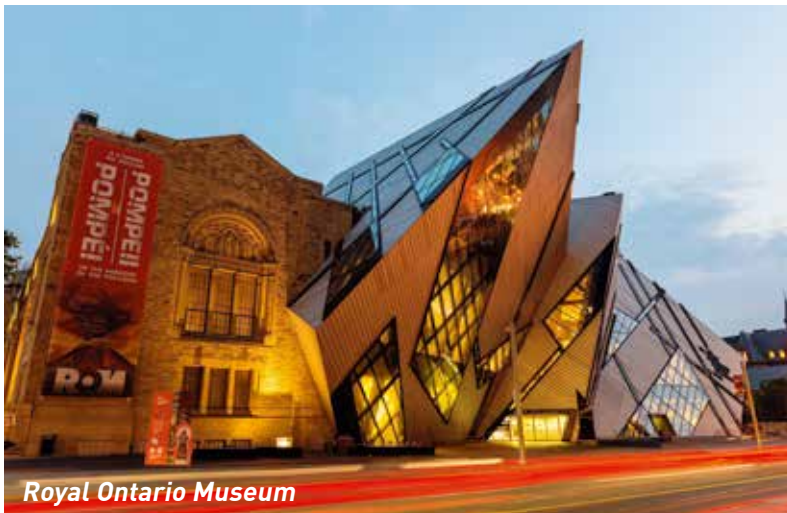
Prix Monique Raynaud-Contamine

Le prix Monique Raynaud-Contamine récompense un orateur du congrès pour le meilleur rapport scientifique.

Le gagnant du prix bénéficie :

- D'une inscription gratuite au congrès de l'UIA de l'année suivante.
- D'une année de cotisation gratuite à l'UIA pour l'année civile suivant la remise du prix.

Le prix Monique Raynaud-Contamine est décerné lors de la cérémonie de clôture.



Royal Ontario Museum

Actividades sociales del congreso

- Ceremonia de inauguración y cóctel de bienvenida en el Hotel Westin Harbour Castle
- Velada informal con cóctel cena en el Hockey Hall of Fame
- Cena de gala en el Royal Ontario Museum
- Ceremonia de clausura en el Hotel Westin Harbour Castle
- Excursión general a las Cataratas del Niágara

Registration Fees

Do not miss the registration early-bird fees!

- **Until July 31, 2017**
- **From August 1 to September 30, 2017**
- **And from October 1, 2017 to the closure of registration**

The registration fee will increase after each period. To benefit from the most preferential rate, register in the congress section at **www.uianet.org** **before July, 31!**

Online registration helps you save time.

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





Visas



- Foreign nationals from the countries listed in the website below will need an Electronic Travel Authorization (ETA) to fly to or transit through Canada.

Exceptions include U.S. citizens, and travellers with a valid Canadian visa.

www.cic.gc.ca/english/visit/eta-start.asp

- Passport holders from other countries than those mentioned above should consult the Ministry of Foreign Affairs website to find out if they need a visa. In that case, participants should contact the Canadian embassy or consulate in their country of residence:

www.cic.gc.ca/english/visit/visas.asp

We strongly advise those who require a visa to proceed with their visa application as early as possible.



Useful Links:

- www.uianet.org
- www.destinationplus-uia.com
- www.westinharbourcastletoronto.com
- mytorontomeeting.com

Cocktail des femmes de l'UIA

- Samedi 28 octobre - 17h30 - 18h30

Cette rencontre permettra aux femmes avocates de se retrouver pour développer leur réseau d'affaires grâce à l'UIA.

Desayuno First Timers

- Sábado 28 de octubre - 8:00 - 9:00

Los oficiales de la asociación podrán darles la bienvenida personalmente a aquellos que participen por primera vez en un congreso de la UIA (que sean miembros o no de la UIA).

Excursion générale Chutes du Niagara / Peller Estates Winery

Vous pourrez admirer les célèbres chutes du Niagara. Situées à la frontière entre le Canada et les États-Unis, elles sont composées d'un ensemble de trois cascades spectaculaires le long d'un fer à cheval de 57 mètres de haut.

Vous déjeunerez ensuite au domaine Peller Estates Winery, réputé pour ses vins – notamment le vin de glace typique de la région du Niagara.

● Mardi 31 octobre – 8h00 – 17h00

*2017 est une année exceptionnelle pour l'UIA !
Elle fête ses 90 ans et a pour la première fois
une présidence féminine.*

Destination Plus' Suggestions for Your Accompanying Persons!

- Walking tour of Toronto
- Day trip to Crawford Lake and St. Jacobs
- Walking tour of Distillery District and whisky tasting
- Relaxation at Her Majesty's Pleasure spa
- Walking tour of Kensington Market and Chinatown
- Visit of McMichael Canadian Art Collection and Bata Shoe Museum
- 1920s "Prohibition" Evening

*Toronto is a vibrant immigrant city. It respects
the rule of law, it assists refugees and it is the
center of the financial district in Canada.*



Retrouvez sur Twitter toutes les informations relatives au congrès ! Participez aux débats et aux discussions à l'aide du hashtag #UIAToronto ! La communauté UIA vous attend, et compte sur vous pour animer les réseaux avant, pendant et après le congrès. Vous pouvez aussi accéder à toutes les informations sur nos comptes Facebook et LinkedIn.

UIA 90th Anniversary

For its 90th Anniversary, the UIA promises you many surprises and special events!



Actividades deportivas

¡Se han previsto actividades para que disfrute al máximo su estancia en Toronto!

¡Participe en el footing a orillas del Lago Ontario!



*Es EL evento para los abogados
que traspasan fronteras.*

Jeunes Avocats

Deux sessions pour les jeunes avocats seront proposées lors du congrès à Toronto :

- Session conseils pratiques pour jeunes avocats : Finances, Networking, Marketing, Management et Leadership
- Session pour les jeunes avocats canadiens (en collaboration avec le Barreau de l'Ontario)



A D O P T I O N

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





« American dream », l'envers du décor

I Ashkhen HARUTYUNYAN

Lauréate du
28^e Concours du
Mémorial de Caen

Savez-vous ce que c'est qu'un enfant ?

Étymologiquement, le terme « enfant » vient du latin *infans* qui signifie « celui qui ne parle pas ».

Mais cet enfant qui ne parlerait pas, il saurait aimer, sentir, rêver.

Savez-vous ce que c'est que le rêve d'un enfant ?

Savez-vous ce que c'est que le rêve d'un enfant brisé ?

Je vous le dit, ce rêve brisé a un visage.

Celui de Nita, 19 ans.

Vous me direz qu'à 19 ans, on n'est plus un enfant.

Alors, je vous répondrai que même à 1 an Nita n'en était pas un. Nous lui avons offert une enfance mais nous l'avons privée de son droit d'être un enfant.

Son enfance s'est résumée à une attente, celle de trouver une famille. Une attente de 13 ans au sein d'un orphelinat en Haïti.

Après ces 13 longues et difficiles années passées dans cet orphelinat, le rêve de Nita, de l'enfant qu'elle n'est plus, semble se réaliser.

Une famille américaine décide de l'adopter. Et voilà qu'elle va quitter son orphelinat pour aller dans ce pays, riche de belles promesses, vers les États-Unis.

Elle va intégrer une famille. A 13 ans elle prononcera pour la première fois le mot « maman ». Cette maman, elle en a tellement rêvé qu'elle l'aimera malgré tout. Mais cet amour ne sera jamais réciproque. A peine quelques mois après son adoption, la mère de Nita décide de la céder à quelqu'un d'autre, à n'importe quelle personne qui répondrait à son annonce de trois lignes publiée sur Internet : « *Nous avons une fille de 14 ans que nous avons adoptée en Haïti.*

Malheureusement, nous devons lui trouver une autre famille. »

Les protagonistes des droits de l'homme ou tout simplement les esprits naïfs croyant toujours en l'humanité, auraient certainement pensé que l'annonce de la mère de Nita serait supprimée une heure après sa publication et qu'elle serait aussitôt sanctionnée pour tentative d'abandon d'enfant.

Mais dans ce monde absurde, il existe des sites Internet où les enfants sont donnés ou échangés comme des marchandises. Cet abandon d'enfant légitimé s'appelle *rehoming*, la réadoption.

Dans un dictionnaire d'anglais contemporain le mot *rehoming* est défini comme le fait de trouver un nouveau propriétaire à un animal de compagnie.

Dans le dictionnaire d'un humain dépourvu d'humanité, le *rehoming* c'est la revente d'un enfant.

prétendue institution fondamentale que certains osent appeler famille.

Ces enfants, on les appelle les enfants jetables.

Un terme qui n'existait pas, mais que l'humain a inventé. Cet humain qui organise des défilés d'enfants une fois par an, de véritables défilés de modes semblables aux marchés aux esclaves, permettant aux enfants de se vendre pour trouver une famille, un père ou une mère, quelqu'un ou quelque chose à qui s'accrocher pour commencer à vivre, à vivre dignement.

Les rêves de ces enfants en mal de parents sont beaux. Ils sont légitimes mais se brisent contre ce système bouleversant et choquant.

Des enfants qui défilent sous les regards de ces adultes, ou plutôt à travers les écrans froids et sans vie de leurs smartphones, s'appellent Lola, Alina, Frank. Frank qui se décrit comme un garçon sensible et

Les rêves de ces enfants en mal de parents sont beaux. Ils sont légitimes mais se brisent contre ce système bouleversant et choquant.

Oui, aux États-Unis, première puissance économique mondiale où tout semble possible, nous pouvons adopter un enfant et publier une annonce sur un site pour s'en débarrasser. On y trouve des milliers de photos d'enfants, des filles, des garçons, des petits ou des grands, des blancs ou des noirs, des enfants détruits mais pleins d'espoir, des visages qui sourient encore : ce sont les visages de ce cauchemar américain.

Un quart des enfants adoptés aux États-Unis sont abandonnés chaque année.

25 000 enfants par an. Nous ne connaissons pas leur histoire et ne pourrions qu'essayer d'imaginer l'horreur qu'ils vivent au quotidien au sein de cette parodie, cette

respectueux. Ce Frank qui est à la recherche de nouveaux parents depuis deux ans, est venu défiler dans ce monde d'adultes, parmi lesquels se trouverait son père potentiel. Le défilé aura porté ses fruits, Frank a été accueilli dans la famille de son nouveau père, mais accueilli pour une période d'essai, non pas pour Frank, mais pour ces adultes qui se sont inventés un droit à l'enfant, un droit à l'enfant jetable.

6 mois plus tard Frank se retrouvera à nouveau à la case départ, à la recherche d'une nouvelle famille, la quatrième en 14 ans.

Ce phénomène choquant et scandaleux est pratiqué aux États-Unis, le pays qui est appelé par la communauté internationale à

intervenir pour sauver les enfants d'autres pays, mais qui abandonne si cruellement les enfants sur son propre sol en autorisant la réadoption.

L'État américain devient complice de ces citoyens qui vendent ou échangent leurs enfants sur un marché d'enfants.

En entendant ce mot, j'ai mal à mon humanité. J'ai mal à mes droits de l'homme qui sont bafoués dans un pays comme l'Amérique, sans que personne au gouvernement ne prenne l'initiative d'y mettre fin. Et au Congrès, seulement deux députés luttent contre ce système, ce marché noir, en pensant à tous ces prédateurs sexuels qui sont là prêts à se servir de ces enfants.

James Langevin, l'un de ces députés, est l'auteur d'un projet de loi qui interdirait la réadoption. Or, pour que ce projet de loi soit mis en œuvre, il faudrait que le Congrès valide le déblocage d'un fond de 50 millions d'euros.

Un coût trop élevé au goût du congrès américain pour interdire que des enfants soient marchandés dans leur pays.

Il n'est pas étonnant que ce pays fuie ses responsabilités et n'ait toujours pas ratifié la Convention internationale des droits de l'enfant, un texte fondamental en matière de protection des enfants.

Ceci étant, les États-Unis ont ratifié la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, qui proclame que :

« Les États signataires de la présente Convention, Reconnaissant que, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, l'enfant doit grandir dans un milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension (...), Reconnaissant que l'adoption internationale peut présenter l'avantage de donner une famille permanente à l'enfant pour lequel une famille appropriée ne peut être trouvée dans son État d'origine ».

Mais les États-Unis ne respectent pas cet engagement. Ils ne prennent pas de mesures appropriées pour donner une famille permanente à un enfant adopté, bien au contraire : cet État autorise des

pratiques permettant d'abandonner un enfant adopté et ceci pour des raisons telles qu'une incompatibilité d'humeur, ou du simple fait que l'enfant a été jugé trop caractériel ou trop effacé au sein de la famille.

C'est pour cette fameuse incompatibilité d'humeur que Nita a été offerte à un inconnu qui, un soir d'hiver, est venu la chercher à l'école.

Elle intégrera la famille de cet inconnu pendant un mois jusqu'au moment où ils se réuniront pour voter : Nita, doit-elle rester ou doit-elle partir ? Pendant ce vote, on entendait une respiration de moins dans la pièce, c'était celle de Nita, qui attendait, pétrifiée, les résultats du vote, la réponse à son sort.

Le verdict est tombé. Nita est renvoyée chez ses parents adoptifs, qui gardent l'autorité parentale tant qu'une autre famille n'a pas décidé de l'adopter à la suite de la période d'essai.

Cette tentative de réadoption s'est reproduite 5 fois, dans cinq familles différentes au sein desquelles Nita ne s'attachait qu'à sa valise, prête à repartir à chaque instant. « Comme on envoie un colis postal », selon elle.

Dans ces cinq pseudo familles Nita a vu le pire : l'indifférence, la violence, et pendant un an et demi elle a vu un de ses nouveaux pères violer et abuser sexuellement ses quatre filles, elles aussi adoptées ou plutôt achetées à vil prix sur internet.

Epuisée, aujourd'hui Nita n'est plus à la recherche d'une famille. Elle habite dans un foyer. Sa chambre est vide, ce qu'elle transporte avec elle ce sont des blessures et pas mal de rêves d'enfant brisés.

Savez-vous ce que c'est que le rêve d'enfant brisé ?

Désormais, vous le saurez. Vous saurez que le rêve d'enfant brisé a un visage, c'est celui de Nita, de Frank, de Lola et de milliers d'autres enfants américains que vous n'avez jamais rencontrés mais que vous reconnaîtrez où que vous soyez et même si des milliers de kilomètres et un océan vous séparent. Comme moi, vous

parlerez d'eux pour que leur cause soit entendue et reconnue et pour que leurs rêves d'enfant vivent et fleurissent, enfin.

Ashkhen HARUTYUNYAN

Avocate

Marseille, France

ashkhen1.harutyunyan@gmail.com

Au Mémorial de Caen, j'ai fait connaître la cause des « enfants jetables »

Interview de Ashkhen Harutyunyan, lauréate du 28^e Concours du Mémorial de Caen

Juriste International (JI) : *Quelles sont les raisons qui ont motivé votre participation au Concours de plaidoiries du Mémorial de Caen ?*

La raison principale de ma participation au Concours de plaidoiries du Mémorial de Caen a été la cause que j'ai choisie de défendre, à savoir celle de Nita et de plusieurs milliers d'enfants américains victimes d'une pratique inadmissible et choquante telle que le *rehoming*, la réadoption. Il s'agit d'enfants qui peuvent être abandonnés par leurs familles adoptives pour être réadoptés par d'autres familles, et ce, pour des périodes d'essai. Cette pratique n'étant malheureusement pas bien connue en Europe, j'ai voulu en informer le public et soulever son indignation.

Outre l'envie de faire connaître la cause des « enfants jetables », j'ai voulu participer à ce concours pour pouvoir retourner au Mémorial de Caen (j'avais déjà participé au concours des élèves-avocats en 2015), un lieu où le langage commun concerne les droits de l'homme et où règne une énergie incroyable.

Jl : *Qu'est-ce qui motive le choix du «rehoming» aux États-Unis, le cas que vous avez traité au Concours ?*

Il s'agit d'un choix spontané. Dès que j'ai découvert l'existence de cette pratique aux États-Unis, première puissance mondiale, j'ai voulu traiter ce sujet dans le cadre du Concours de plaidoiries du Mémorial de Caen. Je ne peux, dès lors, pas parler d'une motivation, mais plutôt des émotions telle que la surprise, l'indignation, la colère qui m'ont conduite à rédiger mon texte et à l'envoyer au Mémorial. En effet, la découverte de cette pratique permettant

de reléguer l'enfant au rang d'objet et de l'échanger comme une marchandise, constitue le motif principal de mon choix.

Jl : *Le concours de plaidoiries donne aux finalistes l'occasion de transmettre un message au travers de la défense d'un cas, comment résumeriez-vous le vôtre ?*

A mon avis, il s'agit d'un message d'alerte : d'une part, nous devons nous informer d'une manière plus complète sur ce qui se passe dans le monde entier et, d'autre part, nous devons rester vigilants et agir, car rien n'est acquis en matière de défense des droits de l'homme et des droits de l'enfant et ce, même dans des pays développés.

Jl : *Si vous étiez vous-même membre du jury, quelles seraient les qualités que vous rechercheriez dans la plaidoirie ?*

Outre le talent oratoire et la force de conviction, j'aurais recherché la sincérité de l'avocat plaidant : il est très important de sentir que l'avocat plaide une cause qui lui tient sincèrement à cœur.

Jl : *En quoi votre expérience au Mémorial se distingue-t-elle de votre pratique quotidienne d'avocate ?*

Au quotidien, le résultat de mon travail et de ma plaidoirie a une réelle incidence sur le destin de la personne que je représente ou que j'assiste. Au Mémorial de Caen, j'ai fait connaître la cause des « enfants jetables » et j'en suis satisfaite. Mais j'aurais également aimé que ma plaidoirie ait une incidence sur la pratique du *rehoming* aux États-Unis.

Jl : *Pourquoi encourageriez-vous vos confrères et consœurs du monde entier à participer à ce concours ?*

Avant toute chose, pour les raisons qui m'ont conduite à y participer, à savoir la possibilité de choisir une cause qui nous tient à cœur, de la défendre et de ressentir

un sentiment de justice, celle rendue par des personnes renommées et par le public.

Ensuite, il est important de préciser que nous passons 2/3 jours très agréables et enrichissants grâce à l'accueil très sympathique du personnel du Mémorial de Caen et grâce aux rencontres faites avec des confrères venus des quatre coins du monde et les membres du jury.

Enfin, pour les jeunes avocats, il s'agit d'une opportunité de gagner de la reconnaissance auprès d'autres confrères.

Interview réalisée
par Romina BOSSA ABIVEN
Assistante Projets Droits de l'Homme et
Profession de l'UIA
Paris, France
rbossa@uianet.org



Anti-Discrimination Law Saves a Convicted Man from the Death Penalty

I Bruno MICOLANO

An Important U.S. Supreme Court Ruling of May 23, 2016, in *Foster v. Chatman*, 578 U.S. (2016)

First of all, the author is of the opinion that the text would be clearer for the European reader if some of the mentioned legal institutions of Anglo-Saxon tradition are briefly defined without any ambition of exhaustiveness.

The reported decision is the end of a proceeding known as “petition for writ of certiorari” and, therefore, in the text we find the expression “certiorari ruling”.

Such a proceeding consists of a petition for an order by a superior court to annul a decision or any other measure adopted in violation of the law by an inferior court. It is said that such a proceeding is residual.

In fact, it is practicable when no other means of appeal is available.

Moreover, the decision discussed below will certainly become a leading case in anti-discrimination law.

We are talking about a specific part of the law that had its origin in the United States several years ago and, subsequently, found its way to Europe through the case-law of the European Court of Human Rights of Strasbourg and in the decisions of the Court of Justice of Luxembourg as a consequence of the adoption of the EU Charter of Fundamental Rights ratified in Nice on December 7, 2000. It has become legally binding on the EU with the entry into force of the Treaty of Lisbon in December 2009.

The importance of this decision is significant not only for the case itself – the petitioner has been detained for more than 30 years in death row – but also for subsequent developments and for the influence it may have as a leading precedent for European Courts and the community of civil law lawyers.

Timothy Foster, who confessed to murder, was sentenced to death by the local courts of Georgia.

The sentence was confirmed by the State Supreme Court.

Timothy Foster is an African-American.

At his trial, four prospective black jurors were rejected on grounds of their representing the Afro-American community.

The Court in Washington granted *certiorari*, ruling that there had been a violation of the law that prohibits all forms of discrimination, including on the basis of race.

The death sentence – a very rare example in the case law of the Supreme Court – was reversed and the trial was remanded to another local court for further proceedings.

Among the noteworthy details, we note that the sole dissenting opinion was expressed by Judge Thomas, who is black.

under Georgia law for Foster to pursue an appeal. We granted *certiorari* and now reverse.

On the morning of August 28, 1986, police found Queen Madge White dead on the floor of her home in Rome, Georgia. White, a 79-year-old widow, had been beaten, sexually assaulted, and strangled to death. Her home had been burgled. Timothy Foster subsequently confessed to killing White, and White’s possessions were recovered from Foster’s home and from Foster’s two sisters. The State indicted Foster on charges of malice murder and burglary and he faced the death penalty once again. *Foster v. State*, 258 Ga. 736, 374 S. E. 2d 188 (1988).

District Attorney Stephen Lanier and Assistant District Attorney Douglas Pullen represented the State at trial. Jury selection proceeded in two phases: removals for cause and peremptory strikes. In the first phase, each prospective juror completed a detailed questionnaire, which the

Moreover, the decision discussed below will certainly become a leading case in anti-discrimination law.

Petitioner Timothy Foster was convicted of capital murder and sentenced to death in a Georgia court. During jury selection at his trial, the State exercised peremptory strikes against all four prospective black jurors qualified to serve. Foster argued that the State’s use of those strikes was racially motivated, in violation of the decision in *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986). The trial court and the Georgia Supreme Court rejected Foster’s *Batson* claim.

Foster then sought a writ of *habeas corpus* from the Superior Court of Butts County, Georgia, renewing his *Batson* objection. That court denied relief and the Georgia Supreme Court declined to issue the Certificate of Probable Cause necessary

prosecution and defence reviewed. The trial court then conducted a juror-by-juror *voir dire* of approximately 90 prospective jurors. Throughout this process, both parties had the opportunity to question the prospective jurors and lodge challenges for cause. This first phase whittled the list down to 42 “qualified” prospective jurors. Five were black.

In the second phase, known as the “striking of the jury,” both parties had the opportunity to exercise peremptory strikes against the array of qualified jurors. Pursuant to state law, the prosecution had ten such strikes; Foster twenty. See Ga. Code Ann. § 15-12-165 (1985). The process worked as follows: The clerk of the court called the qualified,

prospective jurors one by one and the State had the option to exercise one of its peremptory strikes. If the State declined to strike a particular prospective juror, Foster then had the opportunity to do so. If neither party exercised a peremptory strike, the prospective juror was selected for service. This second phase continued until 12 jurors were accepted.

The morning the second phase began, Shirley Powell, one of the five, qualified, black, prospective jurors, notified the court that she had just learned that one of her close friends was related to Foster. The court removed Powell for cause. That left four prospective black jurors: Eddie Hood, Evelyn Hardge, Mary Turner and Marilyn Garrett.

The striking of the jury then commenced. The State exercised five of its ten allotted peremptory strikes, removing all four of the remaining prospective black jurors. Foster immediately lodged a *Batson* challenge. The trial court rejected the objection and empanelled the jury. The jury convicted Foster and sentenced him to death.

Following sentencing, Foster renewed his *Batson* claim in a motion for a new trial. After an evidentiary hearing, the trial court denied the motion. The Georgia Supreme Court affirmed, 258 Ga., at 747, 374 S. E. 2d, at 197, and we denied *certiorari*, *Foster v. Georgia*, 490 U. S. 1085 (1989).

Foster subsequently sought a writ of *habeas corpus* from the Superior Court of Butts County, Georgia, again pressing his *Batson* claim. While the state *habeas* proceeding was pending, Foster filed a series of requests under the Georgia Open Records Act, see Ga. Code Ann. §50-18-70 to 50-18-77 (2002), seeking access to the State's file from his 1987 trial. In response, the State disclosed documents related to the jury selection at that trial. Over the State's objections, the state *habeas* court admitted those documents into evidence. They included the following:

(1) Four copies of the jury list. On each copy, the names of the black, prospective jurors were highlighted in bright green. A legend in the upper right corner of the lists indicated that the green highlighting "represents Blacks." See, e.g., App. 253. The letter "B" also appeared next to

each black, prospective juror's name. See, e.g., *ibid*. According to the testimony of Clayton Lundy, an investigator who assisted the prosecution during jury selection, these highlighted lists were circulated in the district attorney's office during jury selection. That allowed "everybody in the office"-approximately "10 to 12 people," including "[secretaries, investigators, [and] district attorneys" – to look at them, share information, and contribute thoughts on whether the prosecution should strike a particular juror. Pi. Exh. 1, 2 Record 190, 219 (Lundy deposition) (hereinafter Tr.). The documents, Lundy testified, were returned to Lanier before jury selection. *Id.*, at 220.

(2) A draft of an affidavit that had been prepared by Lundy "at Lanier's request" for submission to the state trial court in response to Foster's motion for a new trial. *Id.*, at 203. The typed draft detailed Lundy's views on ten, black, prospective jurors, stating "[m]y evaluation of the jurors are a[s] follows." App. 343. Under the name of one of those jurors, Lundy had written:

"If it comes down to having to pick one of the black jurors, [this one] might be okay. This is solely my opinion. . . . Upon picking of the jury after listening to all of the jurors we had to pick, if we had to pick a black juror I recommend that [this juror] be one of the jurors." *Id.*, at 345 (paragraph break omitted).

That text had been crossed out by hand; the version of the affidavit filed with the trial court did not contain the crossed-out language. See *id.*, at 127—129. Lundy testified that he "guess[ed]" the redactions had been done by Lanier. Tr. 203.

(3) Three handwritten notes on prospective black jurors Eddie Hood, Louise Wilson, and Corrie Hinds. Annotations denoted those individuals as "B41," "B#2," and "B#3," respectively. App. 295-297. Lundy testified that these were examples of the type of "notes that the team- the State would take down during *voir dire* to help select the jury in Mr. Foster's case." Tr. 208—210.

(4) A typed list of the qualified jurors remaining after *voir dire*. App. 287—290. It included "Ns" next to ten jurors' names, which Lundy told the state *habeas* court "signifi[ed] the ten jurors that

the State had strikes for during jury selection." Tr. 211. Such an "N" appeared alongside the names of all five, qualified, black prospective jurors. See App. 287-290. The file also included a handwritten version of the same list, with the same markings. *Id.*, at 299-300; see Tr. 212. Lundy testified that he was unsure who had prepared or marked the two lists.

(5) A handwritten document titled "definite NO's," listing six names. The first five were those of the five qualified prospective black jurors. App. 301. The State concedes that either Lanier or Pullen compiled the list, which Lundy testified was "used for preparation in jury selection." Tr. 215; Tr. of Oral Arg. 45.

(6) A handwritten document titled "Church of Christ." A notation on the document read: "NO. No Black Church." App. 302.

(7) The questionnaires that had been completed by several of the prospective black jurors. On each one, the juror's response indicating his or her race had been circled. *Id.*, at 311, 317, 323, 329, 334.

In response to the admission of this evidence, the State introduced short affidavits from Lanier and Pullen. Lanier's affidavit stated:

"I did not make any of the highlighted marks on the jury venire list. It was common practice in the office to highlight in yellow those jurors who had prior case experience. I did not instruct anyone to make the green highlighted marks. I reaffirm my testimony made during the motion for new trial hearing as to how I used my peremptory jury strikes and the basis and reasons for those strikes." *Id.*, at 169 (paragraph numeral omitted).

Pullen's affidavit averred:

"I did not make any of the highlighted marks on the jury list, and I did not instruct anyone else to make the highlighted marks. I did not rely on the highlighted jury list in making my decision on how to use my peremptory strikes." *Id.*, at 170-171 (paragraph numeral omitted).

Neither affidavit provided further explanation of the documents, and neither Lanier nor Pullen testified in the *habeas* proceeding.

After considering the evidence, the state *habeas* court denied relief. The court first stated that, "[a]s a preliminary matter,"

Foster's *Batson* claim was "not reviewable based on the doctrine of *res judicata*" because it had been "raised and litigated adversely to [Foster] on his direct appeal to the Georgia Supreme Court." App. 175. The court nonetheless announced that it would "mak[e] findings of fact and conclusions of law" on that claim. *Id.*, at 191. Based on what it referred to as a "*Batson* ... analysis," the court concluded that Foster's "renewed *Batson* claim is without merit," because he had "fail[ed] to demonstrate purposeful discrimination." *Id.*, at 192, 195, 196.

The Georgia Supreme Court denied Foster the "Certificate of Probable Cause" necessary under state law for him to pursue an appeal, determining that his claim had no "arguable merit." *Id.*, at 246; see Ga. Code Ann. §9-14-52 (2014); Ga. Sup. Ct. Rule 36 (2014). We granted *certiorari*. 575 U.S. (2015). It will be interesting to see how this case unfolds.

Will the Georgia Court hand down another death sentence, even with a different jury, or will the convicted man be saved from lethal injection?

A last, important detail: the facts date back to 1986: Foster has been on death row for thirty years!!!

One cannot help thinking of the famous decision of the Strasbourg Court in the Soering case (July 7, 1989, *Soering v. UK*), in which the European judges refused the extradition of the accused to the USA, which was demanding it, since the period of time spent on death row would in itself be a form of psychological torture contrary to Article 3 of the European Convention on Human Rights.

Bruno MICOLANO
Counsellor to the UIA President
Studio Micolano
Bologna, Italy
micolano_avv.bruno@iol.it



China's Human Rights Lawyers: Challenges and Prospects – Part II¹

I Yiu Leung CHEUNG

In this article we shall examine some features of the predicament of the Chinese judiciary and lawyers.

For years the Chinese government has been stuck in a dilemma it authored: Every top leader who in his inauguration speech routinely assures the country that his administration will adhere to the national law, ensure all government officials will act according to law and safeguard the rule of law and the constitution, etc. When President Xi Jinping came to power in 2012, he stressed, "*handling state affairs according to law, controlling political power according to law, implementing law-based administration and promoting all of the above together*". Despite the rhetoric, does or does China not seriously intend to uphold the rule of law (in its genuine sense)? Is China willing to allow a credible justice system, independent of the Party's control, to be implemented in accordance with its constitution?

Some years ago, in a private meeting a judge expressed his complaint to me that in a Chinese court no one is allowed to cite and make reference to any constitutional provisions in support of their cases, nor can the court determine a case with reference to or base its decision upon a provision of the constitution. In other words, in real life the constitution is not to be cited and taken into account in a court proceeding. Some years ago a judge in a provincial court lost her job after she had determined a case in favour of a citizen who sued the local government on the ground that the latter's administrative decision had violated his rights and was unconstitutional. Subsequent to her dismissal an internal directive from the judiciary was circulated to the effect that such reference to the constitution in a court proceeding must not happen. The Chinese Ministry of Justice adopted a zero-tolerance policy on the judges who would rule on issues of constitutionality or entertain any arguments about constitutional rights.

The Chinese Ministry of Justice adopted a zero-tolerance policy on the judges who would rule on issues of constitutionality or entertain any arguments about constitutional rights.

For present purposes the 1980^s is the place to start for us to understand the development of China's legal system. The current Chinese constitution, promulgated in 1982, is the fourth version since 1954. Here are some provisions worthy of attention.

Article 35 provides: "*The citizens of the People's Republic of China do have freedom of speech, publication, assembly, association, procession and demonstration*".

Article 125 provides: "*All cases dealt with by the people's courts, except for those involving special circumstances as stipulated by law, shall be heard in public. A defendant has the right of defence*".

Article 126 provides: "*The people's courts shall, in accordance with the law, exercise judicial power independently and are not subject to interference by administrative organs, public organisations or individuals*".

It follows that any claim for constitutional protection of the people's political rights as well as judicial independence enunciated in the above constitutional provisions will never find its way into the judicial process of the court. There is no constitutional court in China, nor is the judiciary empowered to interpret let alone enforce the constitutional provisions. Effectively, the constitutional safeguard for human rights is for display only.

At all levels of the Chinese court there is a judicial committee whom judges consult or seek advice from whenever there are 'immense and complex cases' (in particular when there are politically sensitive elements in cases involving civil and political rights), which the trial judge would rather pass. A judicial committee is composed of the

senior judges of the court in particular the Party committee members (i.e. the leaders) of the court. The judicial committee's decision or advice to the trial judge would invariably become the final ruling of the case. It is hard to imagine that a judge would depart from the judicial committee's decision. The anomaly of this regime is twofold: A trial judge who presides over the court proceeding, hearing the evidence and arguments submitted by the parties, may opt out from making a decision, whereas the final judgment of the case may effectively lie in the hand of some senior judges who never sit in and preside over the court proceedings. Secondly, if a party feels aggrieved by the court's judgment, his appeal will, once again, go into the same hands of those senior or appellate judges of the same court who have previously sat in the judicial committee and delivered exactly the same ruling which is being appealed against!

The rules are that a Chinese judge has no immunity if he makes errors in the course of performing his duty. That is to say, a Chinese judge *may* be held to bear personal responsibility if he has done something wrong in handling a case. There are never clear rules and guidelines as to under what circumstances a judge may be held to bear personal responsibility. A judge, like everyone else, is certainly not immune from the sanction of the national law. But absent criminal conduct will he be subject to adverse consequences if he errs in the course of discharging a judge's normal duty? There is no clear answer to this. In the case of *'immense and complex cases'*, the safest way to protect his position is for a judge to refer the case to and seek guidance from the judicial committee. By doing so a judge who defers the decision to his 'leaders' would rid himself of any future risk hence responsibility, as the case may be. Often a Chinese judge would rather rubber stamp the instructions from above than put himself at risk, that is, in the same way that Pontius Pilate washed his hands. This might be as far as judicial (in) dependence would go.

Rampant judicial corruption at all levels of the court system is another factor which cannot do any favours for the courts' credibility.

From the 1980^s onwards, China gradually recovered from the ruin of the Cultural

Revolution. The judiciary, the procurators and the lawyers were all defined as 'the state's legal workers'; these were all deemed to be members of state institutions. Later in 1997, the legislation of Law on Lawyers defined a lawyer as *'a practitioner who provides legal services to society'*. The Articles of the All China Lawyers' Association, adopted in April 1999, start out by laying down the Association's objective *"to uphold the leadership of the Communist Party of China, and to lead members in solidarity under the great banner of Socialism with Chinese Characteristics"*.

according to the guidance of 'the leaders', in the context of China the Communist Party through the Ministry of Justice. For several years there has been a noise of discontent amongst the legal profession that the members cannot freely nominate and elect their executive committees; the discontent has grown when it becomes very clear that the lawyer's associations are no more than a political wing of the Party put in place to manage the legal profession. Throughout decades of the human rights lawyers' struggle for their constitutional right in particular to act in rights cases,

Universal values such as upholding the rule of law and administering justice without fear and prejudice, are nowhere to be seen.

In 2008, the new legislation stipulated that a lawyer is *'a practitioner who provides legal service to clients'*. In practice, lawyers have never obtained an independent status. In 1996, the Ministry of Justice required *'any law firm with more than three party members must establish a party branch within it, and law firms with fewer than three party members should establish a party branch with other law firms'*. Also in the same year, the Organisation Bureau of the Communist Party Central Committee and the Ministry of Justice restated the same requirements.

In 2012, the Ministry of Justice laid down the code requiring lawyers to take the following oath within three months of receiving their practice licence:

"I pledge to faithfully fulfil my solemn duty as a legal practitioner under Socialism with Chinese Characteristics, to be loyal to the mother country and to its people, and to support the leadership of Communist Party of China and the socialist system".

Universal values such as upholding the rule of law and administering justice without fear and prejudice, are nowhere to be seen.

Apart from the said All China Lawyers' Association, there are also lawyer's associations at provincial and municipal levels. Elections of the executive committees are controlled and overseen by the Ministry of Justice; the management of the lawyer's associations can only be conducted

the lawyer's associations have never been seen to have acted in defence of their members' lawful rights; in recent years, often the lawyer's associations tow the political line of 'harmonising' the discontent. ("Harmony" is a popular term in China; originally a value advocated by the central government but now vivaciously used to mean eliminating factors of contradiction, discontent, differences, dispute, or any potential crisis which may lead to wider civil unrest; in the context of Chinese society, when dissenting voices are put down under pressure, people will cynically call it *"being harmonised"*). There are many things that the lawyer's associations may do to harmonise the legal profession: They may issue guidelines to law firms as to what cases they ought *not* to take (mostly rights defence or cases of political sensitivity), they may (sometimes) offer personal advice to individual law firms or a lawyer that they should 'stay on the same line' as government policy, that they should 'heed undesirable social influence' as a result of the way they (or, elect to) conduct a case, etc. This is generally called a *'warm gentle reminder'* (*'wen xin ti shi'*) with implicit political pressure. Any rights lawyers with experience in the peasants' land confiscation cases, religious rights cases, torture cases, environmental cases, toxic food cases, AIDS, etc., will have hundreds of similar stories to tell.

This is one typical way in which lawyer's associations harmonise the legal profession's

growing discontent. There is no surprise that China's lawyer's associations lack credibility.

In China there are many law firms with solid Party presence. In many remote regions where there are hardly any lawyers, local governments help set up law firms there. These local law firms are born, brought up, taken care of and overseen by and under the wings of the government and so for obvious reasons cannot be expected to serve the public and practice law independently.

There are a handful of nationwide big names having an inbuilt Party committee in their law firms, mostly with an overwhelming majority of the lawyers as party members. Given an unrivalled Party background these law firms do have the privilege of a long list of blue-chip state enterprises and international clientele in this less than open business market of China. Every now and then or during the time when the Communist Party has had a major plenary meeting, following such plenum there would

be propounded resolutions, new policies, future goals, etc. The law firms would in demonstration of loyalty to the Party hold internal 'study sessions' to enable the lawyers to learn the 'spirit of the Party plenum'. Unsurprisingly, these law firms, fully engaged in the country's lucrative legal business, would refrain from acting in rights cases.

There is an annual inspection requirement and practice licence system. A law firm is required to have its annual practice licence renewed in or around May of each year. Likewise, each lawyer needs an annual practice licence; and professionally he is bound to practice in a law firm. A rights lawyer's law firm would face pressure or even threat to discontinue the firm's licence if any individual lawyer(s), in defiance of advice or warning, should continue to act in rights cases. The consequences will be that either the law firm or the individual lawyers or both will have their practice licences discontinued or revoked if they disobey the order. Many law firms and

lawyers succumb to the pressure, although a significant number of rights lawyers would still maintain their rights practice but adopt a less direct or less confrontational approach. This is a strategically clever response in the face of pressure from the government. It is unclear how many there are, but we believe this sector of rights lawyers is a significant power, who would practice either alone or in clusters whilst maintaining a less noticeable profile, quietly keeping the rights movement alive.

Consequently, over the years, we have seen a few hundred human rights lawyers who openly defy the Chinese Government's pressure to act in rights cases becoming the target of a brutal crackdown under the state's grinding machine.

Yiu Leung CHEUNG
Hong Kong
ylchhwch@gmail.com

I. Part I of this article was published in *Juriste International* n° 2016-1, p. 28-30.

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



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

- > The UIA offers you various partnership options, such as:
 - openings for promotional products;
 - financing a social event.
- > Link your firm with a prestigious international lawyers' organisation accredited by several international judicial institutions and organisations
- > Gain recognition among major personalities in legal circles and lawyers active at an international level



UIA

www.uianet.org

Informations
& Contact

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



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



**In defence
of endangered lawyers**

**In support
of the abolition of death penalty**

**In support
of imprisoned defenders**



The UIA serving the Rule of Law

The UIA Institute for the Rule of Law (UIA-IROL) aims to bring together and coordinate actions taken by the UIA in order to:

- promote the Rule of Law
- ensure respect for human rights and the right of defence
- defend the legal profession and its fundamental principles.

Through the UIA-IROL, the UIA continues its commitment to protect lawyers by taking action to

support lawyers who are prosecuted or intimidated in the practice of their profession.

The UIA-IROL supports the profession – its principles and its representative organizations – anywhere that it is threatened.

UIA-IROL is also driving long-term campaigns to promote and reinforce the Rule of Law, support the independence of the judiciary and advocate the abolition of the death penalty. All our actions are funded by contributions and personal donations.

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

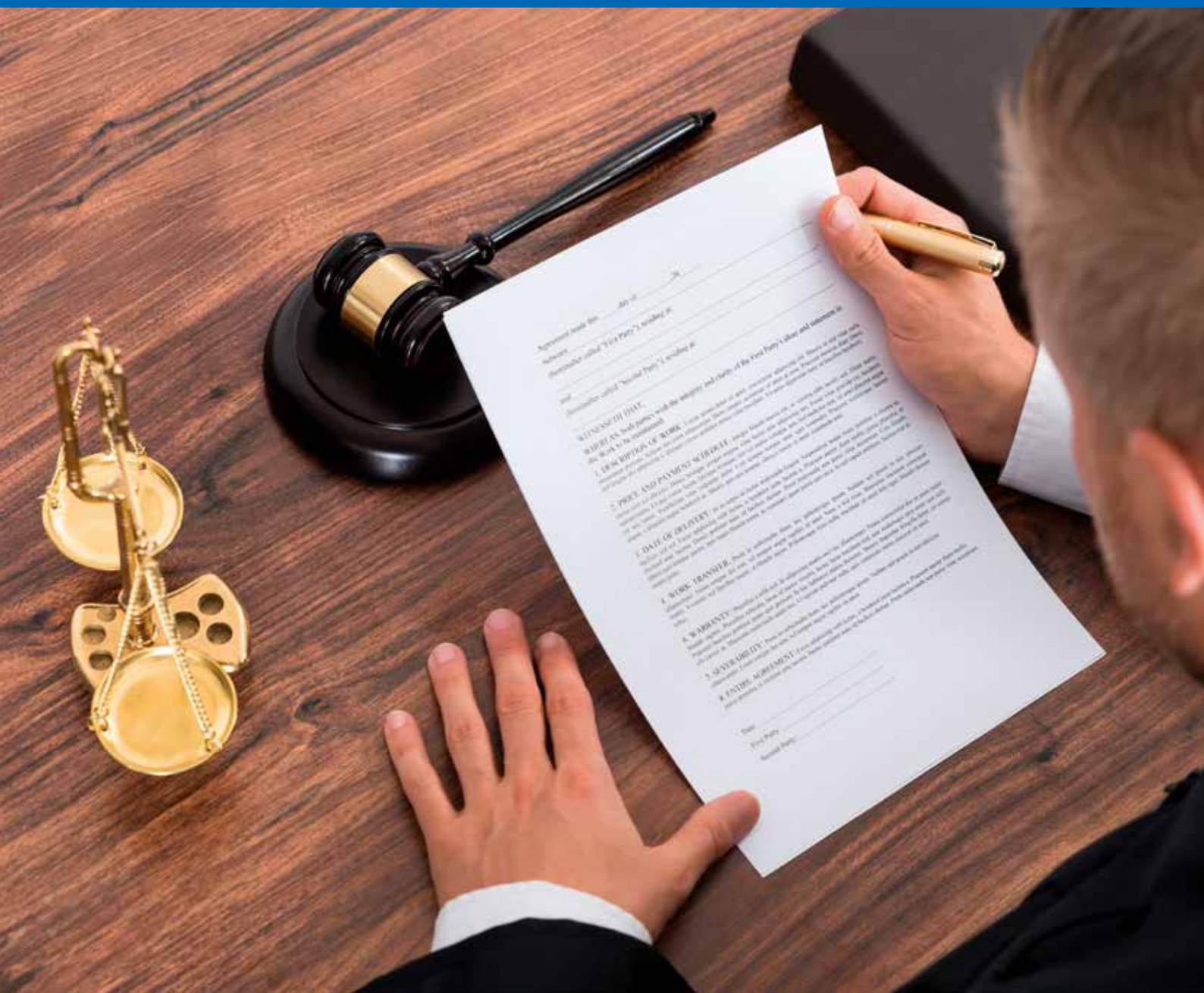
Contact the UIA by email uiacentre@uianet.org, by phone +33 1 44 88 55 66
or visit our website www.uianet.org > Section "The Actions"



La profession d'avocat

The Legal Profession

La Abogacía





Le privilège relatif au litige : application canadienne

I Claude G. LEDUC

Introduction

La Cour suprême du Canada rendait, le 25 novembre 2016, son arrêt dans l'affaire *Lizotte c. Aviva*¹ (*Lizotte*), dix ans après celui rendu dans l'affaire *Blank c. Canada* (Ministre de la Justice)² (*Blank*), les deux portant sur le privilège relatif au litige.

Nous voulons par la présente dresser un portrait de ce que constitue, au Canada, le privilège relatif au litige en désignant son objet, ses caractéristiques et conditions d'existence pour aussi le distinguer du privilège avocat-client que l'on dénomme le secret professionnel.

Le privilège relatif au litige

Évidemment par son titre, ce privilège prend sa source dans le litige : il doit exister un litige, réel ou appréhendé, pour être en mesure de le soulever.

Dans l'affaire *Lizotte*, les différents tribunaux qui ont eu à analyser ce dossier ont fait face à une trame factuelle assez simple : une assurée, à la suite de l'incendie de sa résidence, réclame sa perte auprès de son assureur Aviva. Un expert en sinistre enquête sur cette perte et en fait rapport à l'assureur Aviva. Par la suite, *Lizotte*, à titre d'enquêtrice de l'organisme qui voit à la discipline des experts en sinistre, reçoit une information reprochant des manquements, erreurs ou omissions de l'expert en sinistre et dans le cadre de son enquête, elle demande à Aviva une copie complète du dossier de réclamation, lequel inclut les rapports de l'expert en sinistre.

Lizotte appuie sa demande envers Aviva sur un texte de loi qui énonce qu'« un assureur doit transmettre tout document ou tout renseignement qu'il [l'enquêteur] requiert sur les activités [d'un expert en sinistre]³. »

Le texte de loi ne crée pas d'ambiguïté sur l'intensité de l'obligation des assureurs de transmettre les renseignements pouvant

être demandés par un enquêteur qui a pour mission d'enquêter sur les agissements d'un représentant en assurance, dont les experts en sinistre. L'utilisation de l'impératif « doit » forcer l'assureur à remettre tout ce qu'il lui est demandé.

Or, voilà qu'Aviva, bien qu'il ait remis certains documents et renseignements, refuse d'en communiquer d'autres, arguant qu'ils sont protégés par le privilège relatif au litige.

L'assurée concernée avait alors entrepris à l'encontre d'Aviva un recours judiciaire afin d'être indemnisée de sa perte à la suite de l'incendie de sa résidence, que l'assureur Aviva contestait. Il y avait donc un véritable litige entre l'assurée et son assureur.

et communications dont l'objet principal est la préparation d'un litige⁴. »

Dans l'affaire *Blank*, cette même Cour avait énoncé que ce privilège vise la création et la préservation d'une « zone protégée destinée à faciliter, pour l'avocat, l'enquête et la préparation du dossier en vue de l'instruction contradictoire⁵. Notamment, cette zone de confort devrait empêcher que « l'avocat de la partie adverse ou ses clients [préparent et] plaident leur cause en 'se servant des capacités intellectuelles de l'adversaire' »⁶.

Le privilège relatif au litige permet donc à l'avocat de préparer sa cause sans craindre que les documents qu'il prépare puissent être retirés de son dossier et versés en preuve sans qu'il ne le désire.

Le détenteur du privilège doit donc démontrer que le document qu'il déclare être protégé par le privilège a été principalement préparé pour un litige.

Cette affaire nous aide à comprendre les possibles cas de litiges appréhendés ou futurs. En effet, ce ne sont pas toutes les réclamations dirigées à l'encontre d'un assureur qui font l'objet de procédures judiciaires, mais les tribunaux ont déterminé que la protection accordée par le privilège relatif au litige s'étend à la période de temps antérieure aux procédures judiciaires lorsqu'il est possible de prétendre qu'un litige puisse survenir ultérieurement. Donc, par exemple, l'enquête menée par un expert en sinistre à la suite d'une perte, serait protégée par le privilège relatif au litige et ce, même s'il n'y a pas de litige réel. Nous verrons plus loin quand prend fin le privilège relatif au litige.

L'objet du privilège relatif au litige

La Cour suprême du Canada s'exprime comme suit :

« [19] Le privilège relatif au litige crée une immunité de divulgation pour les documents

Il s'agit donc essentiellement d'une zone privée⁷ favorisant, à l'abri des autres, la préparation de litiges.

L'autre caractéristique de ce privilège est qu'il vise des documents spécifiques, à savoir ceux « dont l'objet principal est la préparation d'un litige⁸ ». Le détenteur du privilège doit donc démontrer que le document qu'il déclare être protégé par le privilège a été principalement préparé pour un litige. Sur ce seul critère, une contestation peut naître et peut faire l'objet d'un débat judiciaire et, par conséquent, d'un jugement décidant si le document que l'on tente de protéger a été principalement préparé aux fins d'un litige.

Évidemment, les rapports soumis par un expert en sinistre à son client ou à l'assureur constituent des documents principalement préparés en vue d'un litige ou pour prévenir et régler un litige. Les tribunaux canadiens en avaient ainsi décidé, même avant l'affaire *Lizotte*.

Si bien que ce qui était vraiment en litige dans l'affaire *Lizotte* était de déterminer si, malgré les mots du législateur (« l'assureur doit communiquer »), le privilège relatif au litige était opposable à l'enquêtrice *Lizotte*.

Pour ce faire, on se devait de déterminer l'intensité du privilège relatif au litige et le distinguer du privilège avocat-client, soit le secret professionnel, ce dernier ayant été déclaré comme constituant un privilège générique. Au Canada, il existe deux types de privilège : les privilèges génériques et ceux reconnus au cas par cas. Les premiers bénéficient d'une présomption de non-divulgation une fois que les conditions de leur application sont établies, si bien qu'il n'est pas possible de tenter de les redéfinir et de les adapter au cas par cas. Les deuxièmes privilèges, ceux reconnus au cas par cas, permettent justement de les définir selon les circonstances et selon une analyse menée pour chaque cas qui se présente.

Dans la jurisprudence canadienne, il y avait une ambiguïté quant à la véritable nature du privilège relatif au litige, que la Cour suprême a définitivement tranché en énonçant qu'il se qualifie comme privilège générique, ne pouvant être repoussé que par des exceptions bien définies et qu'il est opposable aux tiers, y compris à un enquêteur possédant de larges pouvoirs d'enquête, dont des pouvoirs de contraindre une personne à fournir des documents. Cette qualification faisant en sorte que le privilège relatif au litige ne doit pas être analysé au cas par cas, implique qu'il ne peut être mis de côté ou abrogé par inférence, c'est-à-dire par une interprétation de la loi. Au contraire, le législateur doit s'exprimer expressément par une disposition claire et non équivoque à l'effet que le privilège relatif au litige ne s'applique pas. Par conséquent, dans l'affaire *Lizotte*, le texte de loi qui stipule qu'un assureur **doit** transmettre tout document n'est pas suffisamment explicite et clair pour abroger le privilège relatif au litige et l'assureur Aviva a eu raison d'opposer le privilège relatif au litige à l'enquêtrice et il n'avait pas à communiquer les documents qui avaient été principalement préparés pour le litige qui l'opposait à son assurée.

La Cour suprême du Canada déclare que le privilège relatif au litige « demeure une règle fondamentale pour l'administration de la justice

*qui se situe au cœur du système judiciaire, tant au Québec que dans les autres provinces. Il s'agit d'un privilège générique qui empêche la divulgation forcée des communications ou documents qu'il couvre, sauf si l'une des exceptions restreintes à leur non-divulgation s'applique »*⁹.

Ces exceptions sont restreintes, car elles s'apparentent à celles prévues pour le secret professionnel, soit les exceptions relatives à la sécurité publique, à la démonstration de l'innocence d'une personne et aux communications de nature criminelle, telles que comploter pour commettre un crime ou préparer un faux témoignage. Dans l'affaire *Blank*, la Cour suprême avait déjà identifié comme exception la divulgation d'éléments de preuve qui révéleraient un abus de procédure.

Toujours dans *Blank*, elle avait aussi décidé que le privilège relatif au litige prenait nécessairement fin avec le litige et qu'il a donc une durée de vie limitée. Lorsque le litige a été réglé entre les parties ou qu'un jugement a été rendu, décidant du litige, le privilège prend fin.

Traçons quelques distinctions entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel.

Le secret professionnel et le privilège relatif au litige : Qui l'emporte ?

Le secret professionnel s'est vu accorder une protection sans précédent en droit canadien et en droit québécois où il a acquis un statut quasi constitutionnel. Le privilège relatif au litige a été confondu avec celui-ci, tant en *Common Law* qu'en droit québécois souligne la Cour suprême dans l'affaire *Lizotte* et elle en profite pour expliquer les points qui les différencient.

Dans l'affaire *Blank*, la Cour suprême avait identifié que ces deux privilèges se distinguent par leur portée, leur durée de vie et leur signification. Alors que le secret professionnel sert à protéger une relation, soit la relation avocat-client, le privilège relatif au litige sert à assurer l'efficacité du procès dans le cadre d'un débat contradictoire. Le secret professionnel est permanent, alors que le privilège relatif au litige s'éteint avec le litige, il ne lui survit pas

et il s'applique aux parties non représentées par avocat. La Cour avait aussi établi la possibilité que le privilège puisse s'étendre à un litige connexe.

En fait, le privilège relatif au litige « n'a pas pour cible les communications entre un avocat et son client¹⁰ » et, comme nous l'avons vu, il couvre plutôt des documents dont l'objet principal est la préparation d'un litige.

La Cour précise que bien qu'il y ait des similitudes entre ces deux privilèges, on se doit de les distinguer et que dans l'état actuel du droit canadien, il n'est plus acceptable de confondre ces deux privilèges.

La Cour suprême réitère que le secret professionnel a une importance unique et fondamentale dans le système judiciaire canadien, qui doit demeurer aussi absolu que possible afin d'assurer la confiance du public.

Le secret professionnel a donc le haut du pavé, mais ils sont tous les deux considérés comme étant des privilèges génériques, pour lesquels les législateurs doivent s'exprimer en termes clairs, express et non équivoques pour être écartés.

Dura lex sed lex.

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

1 *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, 2016 CSC 52.

2 *Blank c. Canada (Ministre de la justice)*, 2006 CSC 39.

3 *Lizotte c. Aviva*, précité note 1, par. 7.

4 Précité note 1, par.19.

5 Précité note 2, par.40.

6 Ibid, par.35.

7 *General Accident Assurance Co. v. Chrusz*, [1999] O.J. N° 3291 (QL) (Ont CA).

8 Précité note 2, par.59.

9 Précité note 1, par.4.

10 Précité note 2, par.27



Accès à l'information et secret professionnel : oppositions et priorités

I Sylvie F. LÉVESQUE

Le droit d'accès à l'information et surtout, la possibilité d'alimenter les débats publics par l'exercice de ce droit, souvent revendiqué par la communauté journalistique, est certainement un des éléments importants d'une société libre et démocratique.

Comme l'a déjà mentionné la Cour suprême du Canada, « l'accès à l'information détenue par les institutions publiques peut accroître la transparence du gouvernement, aider le public à se former une opinion éclairée et favoriser une société ouverte et démocratique »¹.

Dans le droit canadien, plusieurs provinces, tout comme le gouvernement fédéral², se sont dotées de lois consacrant ce droit d'accès aux documents détenus par les organismes publics assujettis, dont notamment le Québec par l'adoption, dès 1982, de sa Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels³.

À l'article 168, le législateur y consacre son caractère prépondérant, ce qui a mené les tribunaux à lui consacrer le statut de loi à caractère quasi-constitutionnel⁴.

L'article 9 de cette loi pose le principe que « Toute personne qui en fait la demande a droit d'accès aux documents d'un organisme public ».

Sans étonnement toutefois, ce droit d'accès n'est pas absolu et doit parfois céder le pas à des impératifs encore plus importants dans notre système de droit. C'est ce qui nous mène à discuter de l'étendue du droit d'accès à l'information consacré législativement, lorsque confronté à une restriction d'accès visant le respect du secret professionnel de l'avocat.

Lequel de ces droits a préséance sur l'autre ?

Pour répondre adéquatement à cette question, il faut d'abord qualifier le droit d'accès : est-ce un droit fondamental, comme certains veulent le prétendre, en assimilant le droit d'accès à la liberté

fondamentale d'expression consacrée dans nos Chartes canadienne⁵ et québécoise⁶ ?

La Cour suprême fut saisie de la question et a conclu que la Charte canadienne des droits et libertés garantit la liberté d'expression, mais non pas l'accès à tous les documents détenus par le gouvernement.

Bien que le droit d'accès à l'information ait été reconnu comme une « composante » de la liberté d'expression dans un contexte judiciaire⁷, il n'en fera pas partie dans d'autres contextes, à moins qu'il ne soit démontré que l'accès à certains documents « est nécessaire à la tenue d'une discussion significative sur une question d'importance pour le public »⁸, et toujours sous réserve des privilèges protégés, comme en l'espèce, le secret professionnel de l'avocat⁹.

doit demeurer aussi absolu que possible et qu'on ne doit y porter atteinte qu'en cas de nécessité absolue (Chambre des notaires, par. 28, citant Lavallee, par. 36-37, McClure, par. 35, R. c. Brown, 2002 CSC 32 (CanLII), [2002] 2 R.C.S. 185, par. 27 Goodis, par. 15). Dans le cas, par exemple, de la preuve offerte dans une poursuite criminelle, on a jugé que l'assimilation du secret professionnel de l'avocat à une règle de fond faisait en sorte qu'il ne cède le pas que « dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas » (McClure, par. 35). Ces circonstances, qui ne se présentent que rarement, comprennent celles où l'accusé a droit à une défense pleine et entière (McClure; Brown) et celles où la sécurité publique est en jeu (Smith).¹²

En cours d'évolution des principes applicables au secret professionnel, il est arrivé que des

Le débat soulevé par la restriction d'accès basée sur le secret professionnel de l'avocat s'est tout de même poursuivi devant la plus haute Cour du pays [...]

Il ressort de ces enseignements que le droit d'accès à l'information, même s'il peut parfois être revendiqué au nom de la liberté d'expression, se confrontera tout de même à une restriction d'accès basée sur le secret professionnel de l'avocat.

Rappelons à cet égard qu'au Canada, le privilège rattaché au secret professionnel de l'avocat est passé de simple règle de preuve à l'origine, à une règle de fond ayant « une place exceptionnelle dans notre système juridique »¹⁰. En raison de son statut fondamental, la Cour a souvent indiqué qu'on ne doit y porter atteinte que dans la mesure où cela est « absolument nécessaire », étant donné que le secret professionnel doit demeurer aussi absolu que possible¹¹.

Très récemment, la Cour suprême réitérait ce principe, en ces termes :
La Cour a maintes fois confirmé que, à titre de règle de fond, le secret professionnel de l'avocat

justiciables requièrent de la Cour qu'elle pondère le secret professionnel de l'avocat en faveur du droit d'accès invoqué au nom de la liberté d'expression. Nous sommes d'opinion que de tels litiges devraient être beaucoup moins nombreux à l'avenir, puisque les enseignements récents de la Cour suprême sur le caractère nettement prépondérant du secret professionnel de l'avocat devraient mettre un terme à ce débat.

Le débat soulevé par la restriction d'accès basée sur le secret professionnel de l'avocat s'est tout de même poursuivi devant la plus haute Cour du pays sous un autre angle, puisque dans le cadre des fonctions dévolues aux commissaires chargés de réviser les décisions refusant l'accès à des documents, ces commissaires (de tribunaux administratifs) sont généralement investis de pouvoirs visant à contraindre la communication de documents pour

examen, et ce, sans exception expresse relative au secret professionnel.

Dans l'affaire *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*¹³, la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée a ordonné la production de documents à l'égard desquels l'Université avait invoqué le secret professionnel de l'avocat. La Commissaire basait son ordonnance sur le par. 56 (3) de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*¹⁴, se lisant comme suit :

Powers of Commissioner in conducting investigations or inquiries

56(1) In conducting an investigation under section 53(1)(a) or an inquiry under section 69 or 74.5 or in giving advice and recommendations under section 54, the Commissioner has all the powers, privileges and immunities of a commissioner under the *Public Inquiries Act* and the powers given by subsection (2) of this section.

(2) The Commissioner may require any record to be produced to the Commissioner and may examine any information in a record, including personal information whether or not the record is subject to the provisions of this Act.

(3) Despite any other enactment or any privilege of the law of evidence, a public body must produce to the Commissioner within 10 days any record or a copy of any record required under subsection (1) or (2). (...)

Après avoir rappelé les principes rattachés au secret professionnel, la Cour suprême a jugé que la mention « *malgré toute autre loi ou tout privilège que reconnaît le droit de la preuve* » de l'article 56 ne saurait englober le secret professionnel de l'avocat qui est considéré maintenant comme une règle de fond et non plus comme un simple privilège de preuve.

La Cour rappelle que le secret professionnel de l'avocat s'applique au bénéfice du client et que dans la perspective du client, « *la communication forcée à un fonctionnaire constituée à elle seule une atteinte au privilège* ». Elle ajoute :

[35] (...) La communication forcée de documents au commissaire afin qu'il

vérifie l'application du secret professionnel de l'avocat porte donc atteinte en soi au privilège, que le commissaire communique ou non par la suite les documents à l'auteur de la demande.

Aussi, dans l'affaire *Blood Tribe*¹⁵, rendue quelques années auparavant, la Cour suprême avait jugé qu'un pouvoir général d'une commissaire à la protection de la vie privée visant la production de documents nécessaires à l'examen d'une plainte ne pouvait davantage avoir préséance sur la restriction d'accès visant le respect du secret professionnel de l'avocat.

Dans cette affaire, la Cour suprême rappelait que des termes « *exprès* » étaient nécessaires pour permettre à une autorité administrative de passer outre au secret professionnel de l'avocat, ce qui n'était manifestement pas le cas de l'article en question de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*¹⁶, qui se lisaient comme suit :

12. (1) Le commissaire procède à l'examen de toute plainte et, à cette fin, a le pouvoir :

a) d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître devant lui, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment **et à produire les documents ou pièces qu'il juge nécessaires pour examiner la plainte dont il est saisi, de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives ;**

b) de faire prêter serment ;

c) **de recevoir les éléments de preuve ou les renseignements – fournis notamment par déclaration verbale ou écrite sous serment – qu'il estime indiqués, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux ;**

Il ressort de ce qui précède qu'en principe, et à moins d'une disposition législative mettant expressément de côté la restriction basée sur le secret professionnel de l'avocat, les documents protégés par ce privilège ne devraient pas être communiqués dans le cadre d'une demande d'accès, même si formulée en vertu d'une loi ayant un caractère quasi-constitutionnel et au nom de la liberté d'expression :

[2] (...) le secret professionnel de l'avocat ne peut être écarté par inférence, mais seulement au moyen d'un libellé législatif clair, explicite et non équivoque (...).¹⁷

Il faut conclure que, dans une démocratie où l'ouverture et la transparence des organismes publics sont préconisées, la protection relative au secret professionnel de l'avocat est encore plus fondamentale que le droit d'accès aux documents des organismes publics.

Sylvie F. LÉVESQUE

Deveau Avocats

Laval, Québec, Canada

slevesque@deveau.qc.ca

1 *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, [2010] 1 RCS 815, 2010 CSC 23, par. 1; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [2011] 2 RCS 306, 2011 CSC 25, par. 78 et ss (juge Lebel).

2 *Loi sur l'accès à l'information*, LRC 1985, c A-1.

3 RLRQ c.A-2.1.

4 *Conseil de la magistrature du Québec c. Commission d'accès à l'information*, [2000] C.A.I. 447 (C.A.)

5 Article 2^b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, édictée comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.-U.) 1982, c. 11.

6 Article 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

7 « Le public a le droit d'être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux » : *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, 1989 CanLII 20 (CSC), [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1339.

8 *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, [2010] 1 RCS 815, 2010 CSC 23, par. 31.

9 *Id.*, par. 39.

10 *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, [2016] 1 RCS 336, 2016 CSC 20, par. 28.

11 *Id.* Au même effet : *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31 (CanLII), [2006] 2 R.C.S. 32, par. 15.

12 *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, par. 43.

13 2016 CSC 53.

14 RSA 2000, c. F-25.

15 *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, [2008] 2 RCS 574, 2008 CSC 44.

16 L.C. 2000, ch. 5, art. 12.

17 *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53.



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

8TH INTERNATIONAL JACQUES LEROY PRIZE

SUBJECT 2017

**NATURAL
RESOURCE
EXPLOITATION
AND RESPECT
FOR HUMAN
RIGHTS**

Student Competition

THE INTERNATIONAL JACQUES LEROY PRIZE

is awarded each year to a law student
for his/her written paper
(trial argument, study or commentary
on a practical case)
on a topic linked to the recognition
of human rights
in the world of business.

COMPETITION RULES 2017

The competition is open to all
law students under 30.

The complete rules can be downloaded
from the UIA website.

Send your submission to the UIA
(uiacentre@uianet.org)
no later than July 31, 2017.

#UIALeroy

WHAT DOES THE WINNER RECEIVE?

Free registration for the UIA congress in Toronto, free membership in the UIA for 2018, plus a cash prize of € 1,000.



Pratique du Droit
Legal Practice
Ejercicio de la Abogacía





Médicaments et responsabilité médicale en Afrique

I Supermann N'GANN

Introduction

Les 30 juin et 1^{er} juillet 2017, l'Afrique, à travers le Cameroun, s'est honorée d'accueillir un séminaire UIA sur le droit médical.

Encore le droit médical ! Serait-on tenté de s'exclamer, et plus précisément : encore la responsabilité médicale ! Car le thème en est : « *La responsabilité médicale du fait de la fabrication, de la mise sur le marché et de la distribution du médicament. Le cas de l'Afrique* ».

Il n'est pas excessif d'affirmer, y compris à travers le Juriste International, que nous n'en faisons même pas suffisamment.

Convenons-en d'entrée de jeu, la notion de responsabilité renvoie au devoir et au pouvoir de répondre de ses actes, d'en assumer les conséquences voulues ou non.

La notion de responsabilité médicale renverra donc quant à elle, au devoir de répondre des actes professionnels que l'on pose à l'occasion de la conservation ou du rétablissement de la santé, ou encore dans une autre mesure, de la conservation de la vie à travers, non seulement l'administration des soins médicaux, mais d'abord et en amont, la fabrication et la mise du médicament ou du vaccin à la portée du malade ou du malade potentiel.

A ce jour, l'intérêt du thème du séminaire de Yaoundé, se situe au-delà de la responsabilité du seul médecin qui, somme toute, n'administre finalement que des produits qu'il connaît moins que son fabricant. On parlera, désormais et plutôt, de la responsabilité médicale tout court, en se donnant pour table d'écoute l'Afrique.

Il s'agira donc de cette responsabilité qui a trait à la fabrication, à la mise sur le marché et à la distribution du médicament. Dans le plaidoyer introductif, on pourra comprendre aisément pourquoi « le cas de l'Afrique ».

Lorsque l'on sait qu'actuellement dans le monde, le trafic de faux médicaments rapporte à ses auteurs une fois et demi plus d'argent que le trafic de drogue ; qu'il n'est pas, jusqu'aux fabricants de médicaments les plus prestigieux, aux laboratoires médicaux les populairement « cotés » à s'y être sérieusement investis... Il y a lieu de plaider pour l'Afrique, de l'aider à réparer cette autre injustice.

Etant acquis qu'à côté du droit à la vie qui est le premier droit humain, il y a le droit à la santé qui lui est connexe, l'UIA ne devait-elle pas s'y intéresser avec le courage qu'on lui connaît depuis bientôt un siècle ?

I - Le tableau est véritablement gris

Ce qui vient à l'esprit en premier lieu lorsqu'on évoque l'Afrique aujourd'hui, ce n'est plus qu'il s'agit du berceau de l'humanité, mais plutôt que les premiers cas d'Ébola ont été découverts en Afrique, que le SIDA vient d'Afrique et que le paludisme y est perpétuellement et exclusivement ancré.

Ce tableau de statistiques et de peintures macabres qu'est devenue l'Afrique n'a heureusement pas jusque-là, occulté le fait que ce continent est devenu le théâtre d'essais tantôt hasardeux, tantôt osés, mais toujours dangereux et généralement à son détriment.

Pour ce qui est du médicament proprement dit, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) considère comme faux médicament ou médicament contrefait, celui « dont l'identité et/ou l'origine est délibérément et frauduleusement falsifiée », qu'il s'agisse de produits de marque déposée ou de génériques. Et dans certaines régions d'Afrique, d'Asie et d'Amérique latine, plus de 60 % des médicaments vendus sont, d'après l'OMS, des contrefaçons.

Observateur averti et privilégié du phénomène en Afrique, le Pr. Edmond

Bertrand estime, quant à lui, que les médicaments falsifiés représentent « 30 % à 70 % des produits vendus en Afrique subsaharienne dans les rues ou sur les marchés en raison de leurs prix attrayants pour les malades souvent pauvres. Les falsifications concernent surtout les antibiotiques, les antipaludiques, les antituberculeux, les anti-diarrhéiques et les médicaments contre le sida. Autant dire que les contrefacteurs sont des assassins. En Europe, environ 50% des médicaments vendus sur les sites illégaux sont falsifiés. Ce sont surtout des produits de confort – amaigrissants, dopants, facilitateurs de l'érection –, mais aussi des médicaments très chers, comme les anticancéreux. Le commerce favorise ces tromperies car il permet de contourner les frontières et les règlements en restant dans l'anonymat. En Europe, près de 50 % des sites de vente sont illégaux ; ce taux passe à 90 % dans les pays en développement. »

Selon l'Organisation mondiale de la santé (OMS), toujours, 15 % des médicaments en circulation dans le monde sont faux et cent vingt-trois pays sont touchés par les faux médicaments.

Selon The Institute of Research Against Counterfeit Medicines¹ (2) (IRACM – www.iracm.com/en) – pour 1 000 \$ investis, le trafic d'héroïne rapporte environ 20 000 \$, tandis que la même somme investie dans le trafic de faux médicaments peut rapporter entre 200 000 \$ et 450 000 \$, soit 20 à 45 fois plus que le trafic de drogue.

On trouvera ainsi, et généralement hors d'Afrique des groupes de criminels organisés qui vous proposeront de la craie écrasée ou de la farine d'amidon en lieu et place d'un comprimé, d'une pilule ou d'un flacon d'antibiotique. Et dans la pratique, il est quasi impossible de savoir, à simple vue d'œil, s'il s'agit d'un « faux », les conditionnements étant souvent imités à la perfection.

Pour donner une idée du volume de la circulation des faux médicaments ou médicaments de contrefaçon, on

remarquera qu'il pèse près d'un milliard de dollars, et que c'est bien en Afrique, hélas une fois de plus, que ce crime a trouvé sa terre de prédilection.

Toujours d'après l'OMS, près de 100 000 décès par an sont liés au commerce de médicaments contrefaits.

Le groupe de réflexion britannique International Policy Network² estime quant à lui, que les faux antituberculeux et antipaludiques sont à l'origine de 700 000 décès par an dans le monde, l'équivalent de « quatre avions gros-porteurs remplis de passagers s'écrasant chaque jour ».

Les ravages que font les faux médicaments sur le continent africain deviennent chaque jour d'autant plus fatals que d'après une étude publiée en 2012 par The Lancet³ la détection est maintenant plus difficile, en raison de « la plus grande habileté des contrefacteurs à reproduire les hologrammes et autres procédés d'impression complexes. Certains vont même jusqu'à ajouter des ingrédients actifs qui satisfont au contrôle de qualité sans procurer aucun bénéfice au consommateur ».

C'est ainsi qu'en 1995, au Niger, un faux vaccin distribué lors d'une épidémie de méningite a fait 2 500 morts.

En 2009, au Nigeria, un sirop toxique contre la toux provoquait plusieurs dizaines de décès. Deux ans plus tard, 3000 malades étaient touchés par des antirétroviraux falsifiés au Kenya.

L'Angola, le Togo, le Cameroun et le Ghana sont les pays où les saisies ont été les plus spectaculaires ces derniers temps. La grande majorité de ces cargaisons de la mort provenait d'Inde, de Dubaï ou... de Chine.

Les statistiques fournies par l'Organisation mondiale des douanes⁴ (OMD) semblent dépeindre avec plus de réalisme, ce tableau qui fait blêmir.

Du 11 au 20 juillet 2012, une opération de lutte contre la fraude menée par l'OMD, a permis de saisir 82 millions de médicaments de contrebande ou contrefaits dans seize grands ports africains : antibiotiques, antipaludéens, antiparasitaires, contraceptifs ou traitements contre la stérilité.

Il faudrait de notre modeste point de vue, non pas deux jours, mais des mois de séminaires, colloques et rencontres internationales pour dépeindre la réalité et les ravages que causent en Afrique, la fabrication et la distribution de faux médicaments.

Pourtant chaque fois qu'il y a eu une communication médicale, même à l'UIA, tout s'est passé comme si « responsabilité médicale » signifiait « responsabilité du médecin ».

Le séminaire de Yaoundé ne semble pas s'inscrire dans cette logique.

II - La responsabilité médicale n'est pas que la responsabilité du médecin

C'est véritablement désormais et plutôt de la responsabilité médicale qu'il faudra parler.

Aussi convenons-nous avec le Pr. Roberto M. López Cabana⁵, que « La conception traditionnelle concernant la responsabilité du professionnel exerçant en libéral commence à être dépassée mais, de toute façon des critères spéciaux concernent les professionnels dans un sens large. Dans divers congrès de droit, il a été soutenu que le professionnel était celui qui, au-delà des autres signes distinctifs, est expert dans un domaine de connaissance scientifique, technique ou pratique ».

Dans l'espèce qui nous intéresse, cette question relève de la responsabilité liée à la chaîne de fabrication, de mise sur le marché (délivrance des AMM) et de la distribution.

Il est désormais urgent de toucher du doigt et avec courage, les problématiques concernant cet aspect de la responsabilité médicale.

L'on ne saurait donc plus éviter les redoutables « laboratoires » criminels qui fabriquent en toute connaissance de cause ces pilules, sirops et vaccins de la mort. On ne saurait plus ménager les redoutables pharmaciens d'industrie, ni s'abstenir de dénoncer les administrations qui délivrent les autorisations de mise sur le marché de complaisance, moyennant des pots-de-vin.

L'on ne saurait plus, sans en devenir de véritables complices, se comporter en

victimes résignées face aux administrations des douanes qui ferment honteusement les yeux devant les cargaisons de la mort parce que les criminels les ont corrompus.

Lorsque le médecin africain prescrit ou administre un traitement de cinq flacons d'antibiotique et/ou un flacon d'antipaludéen à un patient qui s'est présenté à sa clinique, il ne devrait avoir aucune raison de soupçonner que dans ces flacons, c'est de la craie écrasée et conditionnée en Inde ou du polyéthylène soigneusement emballé en Chine qui sont arrivés sur son territoire africain via le port maritime usité, au nez et à la barbe de douaniers sans foi ni loi.

Et lorsque ce malade va nécessairement rechuter, parce que mal, ou pas du tout soigné, cette responsabilité ne saurait plus être celle du seul médecin.

La responsabilité est véritablement médicale à tous points de vue, bien que n'engageant pas seulement les actes posés par le médecin.

Lorsque telle autorité administrative ou politique en charge de la santé publique en Afrique délivre des AMR au mépris de tous les protocoles scientifiques et techniques rigoureusement établis, tout simplement parce que le directeur commercial de tel « laboratoire » a débarqué de New Delhi et lui a rendu une « visite de courtoisie », il ne faudrait plus aller chercher la responsabilité qui en découle chez le seul médecin.

Cette responsabilité devient systémique. Elle devient africaine.

III - Les implications sur les plans économique, social, sanitaire et même politique sont catastrophiques

Il devient dès lors trivial d'affirmer que la fabrication, la mise sur le marché et la distribution de faux médicaments sont indubitablement, à l'origine de plusieurs maux majeurs dont souffre l'Afrique.

Responsables évidents de l'augmentation de souches pharmaco-résistantes de plusieurs maladies telles que la tuberculose et le paludisme, lesquelles en se développant comme pathologies opportunes au SIDA augmenteront le nombre de malades et morts du SIDA, les faux médicaments

endolorissent atrocement l'Afrique et sont pour beaucoup responsables de son retard socio-économique.

Parmi les médicaments faux ou falsifiés, en effet, on notera que certains ne contiennent aucun principe actif, que d'autres contiennent des principes actifs édulcorés ou sous-dosés, d'autres encore des substances carrément toxiques.

Un malade bien soigné par un médicament authentique ayant un principe actif au point, recouvrera plus rapidement la santé que celui qui rechute toutes les deux semaines parce qu'on ne lui a inoculé que de la farine ou un principe actif édulcoré à 75 %.

Lorsque l'on ajoute à cela le fait que l'achat de médicaments dans les pays africains – où l'assurance-maladie est encore embryonnaire – constitue toujours une charge lourde pour le patient africain, alors on atteint le fait du dol criminel lorsqu'on lui fait faire cette dépense, qui, en réalité, le condamne à une mort lente peut-être, mais certaine.

Les conséquences économiques et sociales pour les familles sont dans ces conditions incommensurables.

Le patient à qui il aura été administré un médicament dangereux ou faux, et échappant à tout contrôle, fera davantage d'arrêts maladies, sera improductif, constituera jusqu'à sa mort une charge pour son pays.

Il se trouve ainsi que la mise sur le marché de tels produits constitue à la fois une menace pour la sécurité des populations, un scandale moral et un défi pour les acteurs du développement.

IV - Faut-il se comporter en victimes résignées face à ce phénomène ou plutôt avoir le courage moral, politique et juridique pour les combattre sincèrement ?

Le laxisme dans le contrôle de la fabrication, dans la mise sur le marché et la distribution du médicament n'a pas pu laisser indifférent le défenseur majeur des droits de l'homme qu'est l'UIA. Le droit à la santé est un droit de l'homme connexe au premier des droits humains. Le droit à la vie.

Il ne faut donc ménager aucun effort pour combattre par tous les moyens ce crime transnational des temps modernes qui fait du citoyen du monde en général et de l'Africain en particulier, une victime devant avoir droit à réparation.

V - Des solutions ont été envisagées

1) La sensibilisation

Tout en suggérant « *une réplique sanitaire, policière et juridique forte et sans pitié* », le Pr. Edmond Bertrand, déjà cité plus haut, a préconisé la nécessité « *d'informer correctement* ». Il estime que cette « *information est une condition du succès... et qu'elle doit être répétitive et permanente, utiliser tous les médias : presse écrite, radio (très efficace dans les pays pauvres), Internet, télévision. L'information la plus efficace, ajoutez-il, à moyen et long terme est celle donnée à l'école depuis le très jeune âge et renouvelée chaque année dans les programmes d'hygiène. Elle est d'autant plus utile qu'elle est diffusée dans les familles.* »

2) La prévention

Il va sans dire que la simple sensibilisation ne saurait suffire pour combattre efficacement ce véritable fléau planétaire qui a fini par faire son lit en Afrique. La police, la diplomatie, les politiques d'éducation de masse devraient être mises à contribution pour, si ce n'est l'éradiquer, du moins en réduire les conséquences néfastes.

La Chine, fabricant mondial de médicaments génériques qui produit l'artémisinine, antipaludique reconnu, s'est jointe aux efforts de guerre contre les faux médicaments. Selon l'agence de presse Xinhua, la Chine place actuellement « un dispositif d'identification et de traçabilité sur ses médicaments » et des étiquettes anti-contrefaçon sur chaque emballage. Les établissements pharmaceutiques chinois renforcent également la coopération avec les gouvernements et distributeurs pharmaceutiques africains afin d'identifier l'origine des médicaments importés.

Une nouvelle technologie est, par ailleurs, en train de révolutionner la lutte contre la contrefaçon en Afrique. Il s'agit de TruScan, un spectromètre portable utilisé dans les

aéroports et les postes frontaliers pour analyser la composition chimique des médicaments, ce qui permet de détecter les « mauvais médicaments » en quelques secondes.

En outre, des SMS gratuits permettent de vérifier l'authenticité des médicaments. Grâce à de nouvelles entreprises, mPedigree Network et Sproxil, les fabricants pharmaceutiques homologués peuvent faire figurer sur leurs emballages un code crypté. Les consommateurs n'ont qu'à gratter l'étiquette de l'emballage et envoyer gratuitement le code par SMS à la société qui gère le système. La réponse, envoyée instantanément, informe le consommateur de l'authenticité du médicament.

Des pays comme le Ghana, le Nigéria et le Kenya ont intégré à leur réglementation le système de vérification par téléphonie mobile. Ce système est aussi adopté en Asie. Les consommateurs ont ainsi les moyens de se protéger. Mais surtout cette innovation rudimentaire contribue à rétablir la confiance du public dans le secteur de la santé.

3) Répression administrative et judiciaire

Ceux qui s'enrichissent de la commission d'un crime doivent être contraints par la loi et judiciairement à en supporter les conséquences de tout ordre, sur les plans pénal, civil et pécuniaire.

Il est proprement scandaleux que dans un monde qui dispose de moyens de contrôle et de vérification de plus en plus sophistiqués, on continue à faire un ponce-pilatisme de mauvais aloi au mépris de la vie humaine.

Que de véritables "laboratoires de la mort" continuent impunément au vu et au su de tous, à fabriquer du poison pour le destiner principalement à la partie du monde la plus économiquement et socialement vulnérable, relève tout simplement du scandale.

Mais qui dit sanctions, dit nécessairement législation permettant de sanctionner.

Les États africains devraient donc en procédure d'urgence, – à distinguer de la précipitation – se doter de législations aussi fermes, ciblées que répressives à l'égard des

auteurs et/ou complices de fabrication, de délivrance des autorisations de mise sur le marché de complaisance et de distribution de faux médicaments.

Celles-ci devraient être de mise en pratique aisées ne laissant aucune possibilité au juridisme stérile.

Un Haut Conseil Africain du Médicament⁶ (HCAM) en assurerait la mise en application, le contrôle et le fonctionnement.

Puisse l'Union Internationale des Avocats y apporter son appui ! Puisse le séminaire de Yaoundé en juin 2017 en être l'univoque *deus ex-machina* !

Supermann N'GANN

Avocat

Président du comité national UIA du Cameroun

Yaoundé, Cameroun

ngannsupermann@yahoo.com

1 The Institute of Research Against Counterfeit Medicines (IRACM).

2 Le groupe de réflexion britannique : International Policy Network.

3 Etude publiée en 2012 par The Lancet, (V. The Lancet.com).

4 L'Organisation mondiale des douanes (OMD).

5 In Travaux de l'association Henri Capitant : « La responsabilité. Aspects Nouveaux. Journées panaméennes » ; Tome L/1999, Rapport argentin sur La responsabilité médicale.

6 Un Haut Conseil Africain du Médicament (HCAM). Proposition de l'auteur que l'UIA pourrait mettre à l'étude ou adopter.



The Italian Torpedo and the New EU

Rules on *Lis Pendens*

Choice of Forum and Parallel Proceedings Under the New Regulation EU 1215/2012

■ Fabio BORTOLOTTI

On January 10, 2015 Council Regulation (EU) n. 1215/2012 of December 12, 2012 on the jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, which replaces Regulation 44/2001 entered into force.

The new Regulation introduces a **substantial change** with respect to the effectiveness of choice of forum clauses in case the same dispute is brought before courts of different countries.

Choice of forum clauses are quite usual in international contracts. The contracting parties wish to increase certainty and foreseeability with regard to possible future disputes, by determining from the outcome which court will be entitled to decide future disputes between them.

Especially with regard to contracts of sale it is common practice that the exporter includes in his general conditions of sale a clause providing for the exclusive jurisdiction of its own courts for possible future disputes. This contractual provision answers a quite understandable desire on the part of the exporter to be able to bring a claim against his foreign counterpart before its own courts and, even more important, to prevent the counterpart suing before its own courts, considering the disadvantage of defending itself before a foreign judge, in a foreign language, etc.

In trade relations with counterparts established outside the European Union, jurisdiction clauses in favour of the exporter will often be ineffective in the country of the foreign party, i.e. the courts of that country will in several cases be able to affirm their jurisdiction notwithstanding the clause reserving jurisdiction to the other party. When this is the case, the clause may nevertheless be of interest to the exporter: although it will not prevent the other party from bringing a claim before its own courts, it will normally have the effect that the foreign judgment will not be recognisable and enforceable in the exporter's country.

Within the European Union a choice of court clause is fully effective, provided the clause

complies with the requirements of Regulation 1215/2012 (especially as concerns the written form). This means that the other party cannot bring a claim before its own court (or any court other than the court designated in the clause).

The problem of *lis pendens*

It may however happen that the other party disregards the jurisdiction clause and decides to bring a claim before its own courts notwithstanding the clause.

This choice may be a decision simply **not to comply with the clause in order to delay the proceedings**: the respective party knows about the clause perfectly well, but does not mention the clause in its claim; or, the party itself does not tell its lawyer about the clause. Of course, in these cases the counterpart will object to the jurisdiction of the court seized and the latter should in principle recognise the existence of the clause and refuse jurisdiction.

In practice, however, the situation is far less simple, mainly for two reasons.

First, even when the effectiveness and validity of the jurisdiction clause is undisputable, it may take some time to get to a final decision, especially in countries where justice is slow and where counsels have many means for delaying the process.

Second, in many cases the existence, validity and effectiveness of the choice of court clause is **objectively disputable**. This can give the other party a strong argument for asking the court to disregard the clause and to affirm its jurisdiction notwithstanding the clause in question.

A typical situation of this type arises when the jurisdiction clause is included in general conditions of sale of the seller and it is disputed whether there has been a valid reference to such conditions in the agreement between the parties; or, when the buyer objects that the agreement containing the clause has not been accepted in writing or in another form required by Article 23 of Regulation 44/2001

(now Article 25 of Regulation 1215/2012). In situations of this kind a court may have good reasons to decide that the clause is not valid and should not be respected.

Within the previous Regulation 44/2001, bringing a claim before a court other than the court indicated in the choice of jurisdiction clause had the effect of preventing any other court from dealing with the same claim **until the court first seized decided to refuse jurisdiction**. Now, this type of solution, justified by the need to avoid conflicting judgments on the same matter, could be used for the purpose of circumventing choice of court agreements by bringing a claim before another court and claiming the invalidity of the jurisdiction clause before that court.

Of course, the court first seized must decline jurisdiction in favour of the court designated in the choice of court clause as soon as it ascertains the existence and validity of such clause. However, this may take time and may give the party which disregarded the choice of court clause the possibility of avoiding the jurisdiction of the designated court for a long period of time.

Now, the possibility of claiming first before the court of a country where justice is slow (like, for instance, Italy: for this reason, this strategy was called the “Italian torpedo”), in order to avoid the jurisdiction of the court designated in the forum selection clause, has been heavily criticized. This is why the new Regulation has tried to overcome the problem by introducing the rule according to which the jurisdiction of the court designated in the choice of court agreement always prevails over that of other courts.

This principle is stated in Article 31(2) of Regulation 1215/2012, where it is said that: “... Where a court of a Member State on which an agreement as referred to in Article 25 confers exclusive jurisdiction is seized, any court of another Member State shall stay the proceedings until such time as the court seized on the basis of the agreement declares that it has no jurisdiction under the agreement.”

This means that, when a party wishing to avoid the court designated in the jurisdiction agreement brings a claim before another court and thereafter the other party seizes the court designated in the agreement, the first one must stay proceedings and the designated

court will have the exclusive jurisdiction to decide whether the choice of court agreement is valid and effective.

Finally, Article 25 of the new Regulation expressly provides that the designated court will decide on the substantive validity of the agreement under its own law (the *lex fori*).

Impact of the new rules on contractual strategies

No doubt the new rule **strengthens the effectiveness** of jurisdiction clauses, not only against those who disregard them without any valid reason (i.e. for the sole purpose of delaying proceedings), but also against those who have sound, objective reasons to believe that the clause is ineffective.

Now, this gives a substantial advantage to the party that has been able to include a choice of jurisdiction clause in the contract, especially in cases where it is disputable whether this clause has become part of the agreement between the parties.

Let us take, for instance, the classical example of a clause contained in general conditions of the seller. The seller claims that he has annexed the general conditions to the order confirmation sent to the buyer and accepted in writing by the latter, but the buyer denies having received them or says that the reference to the general conditions was not precise enough; or, the general conditions have been included in the contract proposal, but the buyer has never accepted them in writing. In situations of this type, it will be the seller's court which will decide on these crucial questions (on the basis of its own law), which certainly constitutes an important tactical advantage.

The other side of the coin is, obviously, that the other party is in a weaker position than before (under Regulation 44/2001) because it loses the option to claim the invalidity of the clause before its own courts.

Considering all this, parties which conclude contracts through exchanges of offers and acceptances will have a stronger interest in including their own choice of forum clauses in all communications with their counterparts, knowing that, even in cases where the effectiveness of such inclusion may be disputable, the mere existence of the clause

may justify the jurisdiction of their own courts. In any case, there remains an open question arising within the classical “battle of the forms” situation when both parties refer to their choice of forum clause claiming the invalidity of the clause of the other party. Since both courts would in principle have jurisdiction in this case, this might become an interesting question for the Court of justice in the future.

Finally, I would like to mention another disputed question regarding the possible impact of **internationally mandatory rules** (overriding mandatory provisions) on the validity of forum selection clauses. The issue in this case is whether a choice of court agreement can be considered abusive and, consequently, invalid, due to the fact that it deprives the courts of the country which enacted overriding rules, to enforce them. Here too, the position of national courts is not uniform: some courts have decided for the invalidity of clauses of this type; others have stated that the purpose of excluding the application of internationally mandatory rules cannot be a reason to be considering the choice of forum clause as abusive and/or invalid, since the issue of the validity of the jurisdiction clause is a question to be decided independently from the rules applicable to the merits. It is obvious that in this context the fact of reserving for the designated court the competence to decide this issue on the basis of its own law, as provided under the new Regulation, is of paramount importance.

Conclusions

The new rules on *lis pendens* in Regulation 1215/2012 adequately protect choice of court clauses against possible abuses by parties which try to disregard them for purely tactical reasons. This is certainly an improvement which should be welcomed.

At the same time, however, this system risks favouring invalid or ineffective choice of forum clauses, especially in contracts concluded by reference to general conditions, because of the tactical advantage obtained by the contracting party which can invoke the choice of court clause before its own courts in cases where its validity is disputable.

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



Design Patent Infringement Needs a Free Expression Defense



■ Richard J. PELTZ-STEELE & Ralph D. CLIFFORD

La infracción de patentes de diseño necesita una defensa de libre expresión

Las patentes de diseño se propagan en abundancia en el derecho de la propiedad intelectual. Mientras tanto, las patentes de diseño enfrentan desafíos legales aún inexplorados. Enfocándose en la ley estadounidense, este artículo postula que las patentes de diseño violan los derechos fundamentales si no hay una defensa a la infracción fundada en la libertad de expresión. Diseño es único entre las patentes debido a su capacidad expresiva. Por lo tanto, debe acomodarse a la libertad de expresión con defensa de uso o trato justo, comparable a la ley de los derechos de autor.

As elsewhere in the world, design patents are propagating copiously in U.S. intellectual property law. Notwithstanding their fertility, design patents face potentially prohibitive and as yet unexplored legal challenges. One possibility is that the U.S. Congress might lack the very power to authorize design patents. Another possibility – our subject here, with implications for design patents in Europe and around the world – is that design patents violate fundamental rights if there is not a defense to infringement founded in the freedom of expression.

Design patent

Design patents are unique among patents because of their expressive capacity. For

this reason, there must be a free expression defense based in public policy and fundamental rights, akin to the fair use or fair dealing defense in copyright law. The defense would ensure that patent law does not subvert legal protection for art, commentary, parody, and criticism, especially when the subsequent user of a patented design is not an economic competitor of the design owner. The IP trade-off in such cases – the public grant of exclusive property rights as reward and incentive for continuing productivity and ultimate contribution to the public domain – is outweighed by the public interest in the subsequent use.

doctrine, like its fair dealing and public interest relatives in Europe, provides the best fit with design patents and should be incorporated into design patent law.

The concept of balance between IP, authorized by the IP Clause of the U.S. Constitution, and freedom of expression, guaranteed by the U.S. First Amendment, is now entrenched in American constitutional law. The 1791 absolutist command that the government “make no law... abridging the freedom of speech, or of the press,” negated neither the 1789 IP Clause nor the federal Commerce Clause. But the

The fair use analysis complements “total concept” and “total feel” approaches already known in copyright and design patent.

A hybrid creature, design patents have little in common with utility patents, some in common with trademarks, and much in common with copyrights. When examining the competing public policies of IP and free expression, commonalities with copyright dominate the analysis because the use of a patented design constitutes *expression* – communication of ideas between people – in a way that the use of a utility-patented thing or process does not. Thus policy dictates that when allegedly infringing use of a patented design is expressive, the infringement analysis must account for countervailing free expression norms in a way that utility patent infringement need not. In U.S. law, the copyright fair use

U.S. Supreme Court has recognized the need to balance IP and free expression, especially through a body of case law in copyright in the last century. We focus here on copyright law, principally because of its shared rationale with design patent law under the IP Clause.

In the U.S. Constitution, copyrights exemplify the incentive rationale for IP. Copyrights are in inherent tension with freedom of expression, because the statutory definition of that which may be copyrighted requires fixation in a tangible medium of *expression*. An author’s or owner’s assertion of copyright, for its duration, necessarily subtracts from the range of permissible expression for all

others in the society. Copyright law the world over recognizes the need for balance with free expression. The fair use doctrine in U.S. law employs four codified factors: the purpose and character of the use, the nature of the copyrighted work, the amount and substantiality of the use in relation to the whole, and the effect of the use on market value of the original¹.

Parody is especially problematic at the juncture of IP and free expression, because for a parody to be successful, the author must republish enough of the original to evoke the resemblance in the perception of the audience – even better to create, for a moment, the mistaken impression that the audience is perceiving the original. At the same time, parody is a political tradition, so lies at the heart of free expression for social commentary. On the latter fair use factor, the U.S. Supreme Court observed that even when “a lethal parody, like a scathing theater review, kills demand for the original,” there may be no copyright infringement².

Infringement

U.S. law admits of simultaneous enforcement of copyright and design patent. For example, the Federal Circuit remanded for trial a case involving copyright and design patent infringement claims regarding ornamental features carved into the plaintiff's wood furniture³. The copyright claim reached artistic elements, such as a lion's paw. The design patent claimed the “ornamental design for a bed frame.”

It is instructive to compare the analyses, which both strive to differentiate the utilitarian, as not protected, from the artistic, as protected⁴. Copyrights require originality, though upon a trifling threshold, just past “sweat of the brow.” As to scope, copyrights focus on originality. Expert examination of particular features is complemented by a lay “total feel” approach. The copyright claim is narrative and specific as to scope, as if the protected design elements were “writings” in the classic sense. Design patents meanwhile focus on novelty. The analysis is big-picture, appropriate to the examination of ideas, as if there were a useful invention at issue. Protected content arises in the delta from prior art, and a design is otherwise viewed as a whole. Both analyses focus infringement

analysis on similarity, that is, the copying of expression or the taking of idea. Neither analysis will find infringement without testing for some kind of mistake or interchangeability from an observer's perspective.

Copyrights structurally protect free speech, both in definitional foundation and in fair use defense to infringement. But in design patents, free expression is missing in action for a number of reasons. First, insofar as design patents protect commercial products, infringement is likely to involve the misleading or false expression of a competitor. Second, design patent holders are less likely to seek enforcement against a non-commercial infringer than against a competitor. Third, design patents are still relatively new in judicial experience. Unexplored contours mean unpredictable outcomes in litigation, especially when lay jurors are the deciders, so litigation is deterred.

Looking to the defense, the Internet has only relatively recently opened up a global market for infringing commercial and artistic products through new channels of communication that expose infringers. Global fair use in copyright is still an infant concept; design patents have far to go before norms emerge around questions as nuanced as the IP-free speech balance. Making matters worse, the absurd ease with which design patents can be attained looks more like the ease of obtaining copyright than the infamous arduousness of utility patent prosecution. But design patents lack the inversely tempering derogation of fair use.

Free expression

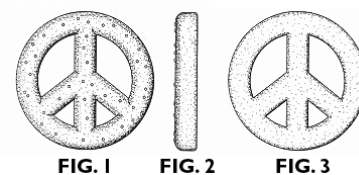
While there is no body of free expression doctrine in design patent law, free expression has not been excluded consciously. Its omission likely is an oversight, corollary to the non-deliberate location of design protection in the patent regime (or *sui generis* in the EU) rather than in copyright. Had historical tides rested design protection in copyright, where it started in 18th-century England, there would be little serious question today that fair use would pertain as a defense. Significantly, free expression seems immaterial to the usual case of utility-patent infringement, because the offense arises in the construction of a machine or execution of a process, almost always involving no expressive conduct.

In contrast, the reiteration of a design is inherently expressive. Even when design patent infringement is accomplished most immediately through conduct, such as the sale or import of infringing goods, there is a free expression dimension to the problem, as when copyrights were allegedly infringed in a U.S. Supreme Court case concerning the re-sale and import of textbooks.⁵

There is nothing structural about design patents that makes them incompatible with fair use; to the contrary, the similarity between copyrights and design patents makes fair use a good fit. Public interest is paramount in either case. The defendant in a simple case of unfair competition readily flunks the fair use test, if the defendant can assert expressive interest at all. Cases of artistic merit – say an architect designing a museum of technology borrowed the patented glass staircase of an Apple store⁶ – could be tested for purpose and character of use, nature of original, amount and substantiality of taking, and effect on the market for the original. In fact, the protected design might be copyrighted simultaneously and subject to fair use analysis just the same. The fair use analysis complements “total concept” and “total feel” approaches already known in copyright and design patent. As in copyright, commercial gain from subsequent use pushes design patent analysis toward infringement, and transformation in subsequent iteration pushes the analysis away from infringement.

Peace Pretzels

A federal case in 2013, closed upon voluntary dismissal without judicial opinion,⁷ helps to demonstrate the need for a fair use defense in design patent law. Until the expiration of its 14-year term in 2014, patent D423, 184 protected this “pretzel,” which we call the Peace Pretzel:



Plaintiff Friend purchased the design patent after the inventor passed away. Friend's attorneys told media that Friend planned to start a pretzel business. Meanwhile Massachusetts pretzel purveyor Laurel Hill

Foods sold pretzel *chips* in the shape of a peace sign. Friend sued Laurel Hill, seeking royalties or profits, damages, attorney's fees, and injunction.

A symbol such as the peace sign can qualify for copyright insofar as it constitutes a graphic work⁸. For example, the courts recognized the copyrightability of a stylized letter omega⁹. Even though the peace sign has existed since 1958, a particular representation of it still can be copyrighted. For instance, Peace Frogs, Inc., claims copyrights in various combinations of frogs and peace symbols¹⁰. The scope of copyright reaches the expression not the idea, so copyright affords no monopoly over the concept of twisting an actual, edible pretzel into a peace-sign shape.

But design patent rides to the rescue. The "inventor" of the Peace Pretzel did not have to worry about the idea-expression dichotomy in copyright law; instead, after an apparently easy process to claim a design patent with little or no scrutiny for qualifying novelty, an enforceable monopoly for 14 years was created. The patent protection was not limited to combating commercial confusion (trademark), nor to the contents of particular artistic expressions (copyright); rather, more broadly, the patent precluded the making, using, or selling of a pretzel in the shape of a peace sign¹¹.

The missing piece in *Friend*, and the unresolved problem in design patent, is fair use. In contrast with copyrights, design patents lack the structural safeguard of the idea-expression dichotomy and are not limited in scope to fixed expression. At minimum, the generic intermediate scrutiny of the U.S. First Amendment, for content-neutral government regulations that incidentally affect speech, must come into play when the violation of a design patent is expressive.

Change the defendant to a non-commercial user, and *Friend* takes on a different cast. Imagine a city rally for Ukrainian-Russian peace at which a sponsoring ethnic bakery makes and gives away peace-sign-shaped pretzels. Or suppose a German-American citizens group decides to counter community angst over immigration by uniting persons in Oktoberfest beer gardens to dialog over homemade peace-sign-shaped pretzels.

Peace-sign-shaped cookies might offend, too, as the diagrams say nothing about ingredients. Farther afield, suppose shaped pretzels become *objets d'art*. A latter-day Andy Warhol or redirected Thomas Forsyth might comment on the inequality of food distribution around the world, even employing bread dough as ironic medium.

Without the structural safeguards and fair use defense that shape copyright, design patents exclude activists and artists from political advocacy and social commentary. If design patents can be perverted to freeze out this speech, then public policy is left wanting. Human dignity is compromised by restraint on free expression. The marketplace of ideas is hobbled in the attainment of truth. With opinion bottled up, self-governance is impaired, and the expressive safety valve is constricted, putting the society at risk of unhealthy volatility. The IP-free speech balance is flouted.

Conclusion

In sum, balance between IP and free expression requires an affirmative defense to design patent infringement. The doctrinal similarity between design patent and copyright suggests the appropriateness of a fair use doctrine. The flexible test may be adapted readily to design patent, requiring examination of (1) the purpose and character of the allegedly infringing making, using, offer, or sale, including its commercial purpose, or its educational, political, artistic, or other noncommercial purpose; (2) the nature of the patented design, focusing on its points of novel ornamentation; (3) the amount and substantiality of the portion of design used in relation to the patented design as a whole; and (4) the effect of the allegedly infringing making, use, offer, or sale upon the potential market for or value of the product or products that bear the patented design. It is incumbent on the courts to effect such a balance.

Richard J. PELTZ-STEELE
rpeltzsteele@umassd.edu

Ralph D. CLIFFORD
relifford@umassd.edu

Professors
at University of Massachusetts Law School
North Dartmouth, MA, United States

Note: Richard J. Peltz-Steele and Ralph D. Clifford explore this subject in detail in their recent *Constitutionality of Design Patents*, 14 Chi.-Kent J. Intell. Prop. 553 (2015), <https://ssrn.com/abstract=2584118>.

1. 17 U.S.C. § 107 (2012).
2. *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 591-92 (1994).
3. *Amini Innovation Corp. v. Anthony California, Inc.*, 439 F.3d 1365, 1368 (Fed. Cir. 2006).
4. The distinction in copyright is at issue in *Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc.*, No. 15-866 (U.S. argued Oct. 31, 2016).
5. *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 133 S. Ct. 1351, 1357 (2013).
6. U.S. Patent No. D478, 999^s (filed July 15, 2002).
7. Notice of Voluntary Dismissal, *Friend v. Keystone Pretzels*, No. 2:13-cv-01028 (W.D. Pa. filed Nov. 18, 2013).
8. 17 U.S.C. § 102(a)(5) (2012).
9. *Omega S.A. v. Costco Wholesale Corp.*, 541 F.3d 982 (9th Cir. 2008), *aff'd by an equally divided court*, 562 U.S. 40 (2010), *abrogated on different grounds by Kirtsaeng*, 133 S. Ct. 1351.
10. Complaint, *Peace Frogs, Inc. v. K-Mart Corp.*, No. 4:14 cv 22, 2014 WL 938739 (E.D. Va. filed Feb. 26, 2014).
11. 17 U.S.C. § 154(a)(1).



Structuring Foreign Investment in the United States

I Jacob STEIN

Investment in U.S. real estate or a business should be structured to afford privacy, asset protection and minimization of U.S. taxation. Because the U.S. taxes on worldwide income, tax structuring often drives the transaction.

Privacy and liability

Most foreign investors are concerned with privacy. To achieve privacy, U.S. assets should be acquired either by a trust, or by an LLC. If using a trust, the investor should not be the trustee and the trust should have a generic name. If using a legal entity, a generic should also be used. Ownership of legal entities is never publicly disclosed in the U.S., but management often is. In Delaware, the name of the LLC owner or manager is not required to be disclosed and it is a preferred state for LLC formation.

Corporations, limited partnerships and LLCs will afford their individual owners a liability shield for any liability arising from the assets or the business of the entity. Interests in limited partnerships and LLCs are not attachable by creditors, making them a more effective asset protection vehicle than corporations. For example, when a creditor obtains a judgment against an individual who owns an apartment building through a corporation, the creditor can force the debtor to turn over the stock of the corporation, resulting in the loss of all corporate assets. If the debtor owns the apartment building through an LLC or a limited partnership, the creditor's remedy is limited to a charging order – a court order that places a lien on distributions actually made from the LLC or the limited partnership.

The U.S. has one of the strongest banking secrecy laws in the world and appears to be the only nation that does not share banking information with the tax authorities of other countries. This has attracted a significant inflow of bank deposits. Similarly to investing in U.S. real estate or businesses, specialized structuring is required for U.S. bank accounts of foreign investors.

Income taxation

A person we colloquially refer to as a “foreigner” is often referred to as a “non-resident alien” (“NRA”) for U.S. federal income tax purposes. An NRA is defined as a either a foreign corporation or a person who is (1) physically present in the U.S. for less than 183 days in any given year, (2) less than 31 days in the current year, (3) physically present for less than 183 total days for a three year period (using a weighing formula), and (4) does not hold a permanent resident status (a green card or an EB5 visa). A foreigner receiving a green card will become a U.S. tax resident from that day forward. A foreigner who is deemed a U.S. tax resident based on the number of days test, will be deemed a U.S. tax resident for the entire calendar year in which such test is met.

An NRA is taxed on income *effectively connected* to a U.S. trade or business under the same rules as all other U.S. taxpayers and must file a U.S. income tax return. Income may be reduced by appropriate deductions (connected to the U.S. trade or business) and standard U.S. tax rates apply. An NRA will be engaged in a U.S. trade or business if the NRA is a general or limited partner in a U.S. partnership engaged in a trade or business.

A separate regime known as “FIRTPA” taxes the disposition of an interest in U.S. real property as if the NRA were engaged in a U.S. trade or business. This means that the traditional income tax rules that apply to U.S. taxpayers will also apply to the NRA. Purchasers who acquire real estate from an NRA are obligated to withhold 17.5% of the amount realized on the disposition, even if the property is sold at a loss.

The author frequently advises his NRA clients to own U.S. assets through an irrevocable trust. This both affords asset protection and avoids the U.S. estate tax on death.

Income tax rules applicable to NRAs can be quite complex. As a general rule, an NRA pays a flat 30% tax on U.S. source “fixed or determinable, annual or periodical” (“FDAP”) income that is not effectively connected to a U.S. trade or business, and which is subject to tax withholding by the payor. The rate of tax may be reduced by an applicable tax treaty to anywhere between zero and 15%.

FDAP income includes primary passive income, like interest, dividends, royalties and rents. Note that the NRA is subject to this tax but does not pay it. The 30% FDAP tax is withheld by the payor at the time of payment and remitted to the U.S. Treasury. The NRA receives the remaining 70%.

NRAs are generally not taxable on their capital gains (gain from the sale of a capital asset) from U.S. sources – an exception is carved out for real estate (see below).

Estate and gift tax

For U.S. estate tax purposes, the test is completely different in determining who is an NRA – the inquiry centers around the decedent's domicile. This is a more subjective test, that looks primarily at intent, and will also consider factors such as the length of stay in the U.S. and frequency of travel, size and cost of home in the U.S., location of family, participation in community activities, participation in a U.S. business, and ownership of assets in the U.S. and voting.

The estate tax (at a 40% tax rate) is imposed only on the part of the NRA's gross estate that at the time of death is situated in the U.S. These harsh rules may be ameliorated by an estate tax treaty. The U.S. does not maintain as many estate tax treaties as income tax treaties, but there are estate

tax treaties in place with most Western European countries, Australia and Japan.

U.S. situs property includes real estate in the U.S. and tangible personal property, like an interest in a U.S. corporation, works of art and cars. U.S. situs property does not include life insurance proceeds paid on the life of the NRA, bank accounts and shares of stock in a foreign (non-U.S.) corporation.

Advance planning can eliminate or reduce the U.S. estate tax obligations of NRAs. For example, U.S. real estate owned by the NRA through a foreign corporation is not included in an NRA's estate. This effectively converts U.S. real property into a non-U.S. intangible asset. The author frequently advises his NRA clients to own U.S. assets through an irrevocable trust. This both affords asset protection and avoids the U.S. estate tax on death.

Gift taxes are imposed on the donor. An NRA donor is not subject to U.S. gift taxes on any gifts of non-U.S. situs property gifted to any person, including U.S. citizens and residents.

Gifts of U.S. situs assets are subject to gift taxes, with the exception of intangibles (like interests in legal entities), which are not taxable. Tangible personal property and real property are sited within the U.S. if they are physically located in the U.S.

The primary thrust of estate tax planning for NRAs is through the use of (i) foreign corporations to own U.S. assets, or (ii) the gift tax exemption for intangibles to remove assets from the U.S.

If the NRA dies owning shares of stock in a foreign corporation, the shares are not included in the NRA's estate, regardless of the situs of the corporation's assets. Shares in U.S. corporations and interests in partnerships or LLCs are intangibles. Consequently, real estate owned by the NRA through a U.S. corporation, partnership or an LLC may be removed from the NRA's U.S. estate by gifting entity interests to family members, gift tax free.

Ownership structures for foreign investors

Direct investment (assets owned by the NRA) is a simple ownership structure

and is subject to only one level of tax on the disposition. The disadvantages of the direct investment are: no privacy, no liability protection, the obligation to file U.S. income tax returns, and if owned at death, the U.S. asset is subject to U.S. estate taxes.

Ownership of U.S. assets through a domestic corporation will afford privacy and liability protection, allow lifetime gift tax free transfers, and obviate the foreigner's need to file U.S. income tax returns. Engaging in a U.S. trade or business requires a U.S. tax return; ownership of stock will not trigger a return filing obligation.

There are three disadvantages to the ownership of U.S. assets through a domestic corporation: (1) corporate level taxes will add a second layer of tax, (2) dividends from the domestic corporation to its foreign shareholder will be subject to 30% withholding, and (3) the shares of the domestic corporation will be included in the U.S. estate of the foreign shareholder.

Foreign corporation ownership offers the following advantages: (1) liability protection, (2) no U.S. income tax or filing requirement for the foreign shareholder, (3) shares in the foreign corporation are non-U.S. assets not included in the U.S. estate, (4) dividends are not subject to U.S. withholding, (5) no tax or filing requirement on the disposition of the stock, and (6) no gift tax on the transfer of shares of stock.

The disadvantages of using the foreign corporation are: (1) corporate level taxes if the foreign corporation is engaged in a U.S. trade or business; and (2) the foreign corporation will be subject to the branch profits tax, the largest disadvantage of ownership of U.S. real estate through a foreign corporation.

The most advantageous structure for ownership of U.S. assets by NRAs is through the foreign corporation U.S. corporation structure. Here, the NRA owns a foreign corporation, which in turn owns a U.S. LLC taxed as a corporation. This structure affords privacy and liability protection, escapes U.S. income tax filing requirements, avoids U.S. estate taxes, allows for gift tax free lifetime transfers and avoids the branch profits tax. Distributions from the U.S. subsidiary to the foreign parent are

subject to the 30% FDAP withholding, but the timing and the amount of such dividend is within the NRA's control.

Conclusion

Properly structuring foreign investment in the United States takes into account corporate law, liability protection, privacy and tax planning. The structure is primarily driven by tax considerations, and an incorrect structure can have catastrophic tax results. In addition to the federal tax consequences discussed above, there may also be state income tax issues, which are beyond the scope of this article. Every investor and their professional advisor are strongly encouraged to seek local counsel in the United States for structuring and tax advice.

Jacob STEIN, Esq.
Aliant, LLP
Los Angeles, CA, United States
jstein@aliantlaw.com



Whose Fare is it Anyway?

A Twist in the Road for the Gig Economy

I **Geoffrey W. RICHARDS**

Introduction

What is the legal status, and what are the legal rights, of the person who:

- drives my taxi/mini-cab, or
- washes my car at the local car wash, or
- brings me my meal from a local takeaway, or
- delivers books or household goods ordered via the Internet, or
- works in an office in the school/university holidays – ie a (probably unpaid) intern?

Is that person an employee or self-employed or, in these more complex times when we have an intermediate category, at least a worker?¹ That is, someone who works for X, carries out that work personally and is not carrying on a business/profession of which X is a customer/client.

The answer is important. An employee has many, often valuable, statutory rights in addition to those derived from his/her contract (eg the right not to be unfairly dismissed and the right to a lump sum payment if made redundant). And those rights are in addition to all the rights granted to workers (e.g. national minimum wage and paid holidays). The self-employed must rely on such rights as are contained in their contracts.

These distinctions have been brought into particular focus again by the rise of the so-called gig economy – an environment in which temporary positions are very common and organisations contract with individuals on a short-term basis; i.e. just as jazz musicians were hired to perform slots (gigs) in the 1920s, when this meaning of the word seems to have been coined.

Those working in the gig economy may be people working on zero-hours contracts, but many of those who work on such contracts will be workers; and many (e.g. students and the retired) choose to work on such a basis, as it may suit their

particular needs². However, the concern about drivers, car washers and many delivery people is that they have little or no choice in the contractual terms available to them, and indeed that those terms may bear little affinity to the way in which the relationships between the parties to particular transactions operate in fact.

That was the issue in the recent case involving *Uber* drivers in the Central London Employment Tribunal, decided during the course of the recent UIA Congress. It was not in fact the first case of its kind in England, nor was it the first case to be decided regarding the status of *Uber* drivers.

In *Autoclenz Limited -v- Belcher and others*³, the Supreme Court agreed with the Employment Tribunal (ET) that the claimant car valeters were, despite the express

Uber's case that it was a technology company and not in the business of providing transportation services. As the court put it: “*Uber* does not simply sell software; it sells rides. *Uber* is no more a “technology company” than *Yellow Cab* is a “technology company” because it uses CB Radios to dispatch taxi cabs”.

The *Uber* case (*Aslam, Farrar and Others -v- Uber BV* [“UBV”], *Uber London Limited* [“ULL”] and *Uber Britannia Limited: Case Nos 2202550/2015 and others*)

The hearing⁶ involved the claims of two employees (selected from 19 claimants) against three *Uber* companies, of which one – UBV – is a Dutch company. There were said to be 30,000 *Uber* drivers in the London area and 40,000 in the UK as a whole.

However, the ET found that, when the App was switched on, the legal analysis was different.

terms under which they worked, employed by *Autoclenz* as “workers” for the purposes of the Working Time Regulations (WTR). Indeed, they were found to be employees. Their contracts included terms that they were sub-contractors, that they had to provide their own materials, that there was no obligation on them to provide any services and that they were free to provide substitutes to carry out work on their behalf. The ET had found that the terms did not reflect the true agreement between the parties⁴. Lord Clarke (in the Supreme Court) noted the importance of the relative bargaining power of parties to a contract, particularly in the sphere of employment relationships.

The North California District Court in *O'Connor -v- Uber Technologies, Inc*⁵ rejected

Having set out how the *Uber* system worked⁷, the ET embarked on a detailed analysis of:

- (a) the written terms between *Uber* and passengers (“Rider terms”) and
- (b) the written terms (called “Partner” or “Customer” terms⁸) between UBV and drivers

and also examined the process for recruiting (which *Uber* called “onboarding”), instructing and managing drivers.⁹ It also looked at the regulatory/licensing regime. ULL held a Private Hire Vehicles licence granted by Transport for London (TfL).

The ET heard evidence from Miss Bertram, UK Regional Manager for *Uber*, and from the two test claimants. In a section of the decision headed “*Uber's Use*

of *Language Generally*” the ET pointed to many illustrations of the point that Uber was in reality providing a transportation service. For example, in response to a TfL consultation ULL wrote, “Every single person that gets into an Uber [car] knows that our responsibility to him doesn’t end when they get out of the car”, and in a Twitter feed Uber described itself as “everyone’s private driver. Braving British weather to bring a reliable ride to your doorstep...”. While Uber offers a range of services – X, XL, EXEC, LUX, etc – most drivers provide only one (X – the cheapest).

While Miss Bertram denied drivers had jobs with the organisation, in its submission to the GLA Transport Scrutiny Committee ULL had boasted of “providing job opportunities” to people.¹⁰

The Claimants said that the written terms between UBV and themselves misrepresented the position. They worked for Uber; not the other way round. As workers they were employed by ULL, and they were workers when they were working, or at least when they had the App switched on. On the other hand, Uber said that their contractual terms were valid and fairly defined their relationship with the claimants. [If the claimants were workers their employer was UBV and their contracts were subject to Dutch law.] Uber said, and the ET accepted, that drivers were not obliged to switch on the App and, while the App was switched off, they were under no obligation to provide driving services. There was no “umbrella” contract.¹¹

However, the ET found that, when the App was switched on, the legal analysis was different. It concluded that any driver who (a) has the App switched on, (b) is within the territory in which he is authorised to work, and (c) is able and willing to accept assignments¹² is, while those conditions are satisfied, working for Uber (ULL in particular) under a worker contract.

The ET found that Uber’s documents were highly contrived and do not correspond to practical reality. It was crucial to Uber’s case that there was no contract for the provision of transportation services between the driver and any Uber entity, so that drivers had to agree that any contract for such services was between them and passengers.

As the ET put it:

“Uber’s case is that the driver enters into a binding agreement with a person whose identity he does not know (and will never know) and who does not know and will never know his identity, to undertake a journey to a destination not told to him until the journey begins, by a route prescribed by a stranger to the contract (UBV) from which he is not free to depart (at least not without risk), for a fee which (a) is set by the stranger, and (b) is not known by the passenger (who is only told the total to be paid), (c) is calculated by the stranger (as a percentage of the total sum) and (d) is paid to the stranger. Uber’s case has to be that if the organisation became insolvent, the drivers would have enforceable rights directly against the passengers. And if the contracts were ‘worker’ contracts, the passengers would be exposed to potential liability as the driver’s employer under numerous enactments such as, for example, NMWA. The absurdity of these propositions speaks for itself”.

The express Partner/Customer contract is between the driver and UBV, but the ET found that there was a contract with ULL. UBV was a Dutch company, whose central functions were to exercise and protect legal rights associated with the App and process passengers’ payments. It did not have regular contact with the drivers. There was simply no reason to characterise it as their employer.

As to Uber’s argument that the drivers were workers, their employer was UBV and that Dutch law applied, the ET held that the express choice of law clause in the Partner/Customer terms did not apply to the inferred worker contracts with ULL, to which English law would apply under Rome I. But it went on to consider the position if it was wrong on that point. Rights under the WTR (derived from European Community Law) must apply, since Article 3(4) of Rome I provided for non-derogation. The position relating to the NMWA and the whistle-blowing provisions derived from the Public Interest Disclosure Act 1998 was more complicated, but the ET felt, on the basis of Articles 8 and 9 of Rome I, that the relevant rights were mandatory and so would apply.

The parties were given until 2 December 2016 to achieve as much common ground as possible before a further case management hearing was held.

Other Developments and Considerations

Claims for holiday pay under the WTR or for insufficient pay under the NMWA, or whistle-blowing claims, are not easy or cheap to bring¹³. That is even more so where an organisation has (or at least its lawyers have) determinedly set about protecting its position. The Uber drivers had been supported by a trade union, GMB. Another union, Unite, has said it will be setting up a special “bogus self-employment unit”. In the case of Deliveroo riders the Independent Workers Union of Great Britain has made a claim for recognition, which is being referred to the Central Arbitration Committee, the body which determines recognition claims under the statutory scheme introduced by the Employment Relations Act 1999. They may hope to achieve via collective bargaining what others are litigating to achieve.

The Uber litigation may drag on for some time before individual cases are determined by employment tribunals or settled. Cases against other employers will turn on their particular facts. There may be different outcomes. I cannot, therefore, provide a simple answer to the questions posed at the beginning of this article. Meanwhile, the UK Government, no doubt prompted by a Commons Select Committee, has begun a review of the gig economy and into the impact of “disruptive” businesses such as Uber and Deliveroo.

Of course, there is a real concern for governments, and indeed all of us as taxpayers, about the gig economy. In the UK income tax for employees and workers is deducted at source under PAYE. Tax from the self-employed is collected at a later stage, and the self-employed are able to claim a wider range of deductions from their income. The gig economy affects Government revenues. The Office for Budget Responsibility has estimated that in 2020/21 it will cost the Treasury £3.5^{bn}.

And what is the position of lawyers? It is not just Uber and Deliveroo who operate in a way designed to provide maximum flexibility for the organisation. Should lawyers be drafting contracts whose terms seem so far from reality?

Uber indicated in the immediate aftermath of the decision that it would appeal against

the ET's decision; it had little choice from a PR perspective.

There are various interesting technical questions of English law which the case touched. For example, whether working time for the purposes of the WTR is necessarily time which counts for the purposes of the NMWA, but they lie beyond the scope of this article.

Geoffrey W. RICHARDS
Farrer & Co LLP
London, United Kingdom
geoffrey.richards@farrer.co.uk

1 There is more than one definition of 'worker' under English statutory law, but the main definition (see s 230 Employment Rights Act 1996) is this:

"(3) In this Act "worker" (except in the phrase "shop worker" and "betting worker") means an individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under)-

- (a) a contract of employment, or
- (b) any other contract, whether express or implied and (if it is express) whether oral or in writing, whereby the individual undertakes to do so or perform personally any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual.

And any reference to a worker's contract shall be construed accordingly."

2 Of course, this possibly benign view of zero-hours contracts is not universally held. Such contracts can be, and sometimes are, vehicles for exploitation. English law outlawed exclusivity terms in such contracts from May 2015.

3 [2011] ICR 1157.

4 Until *Autoclenz* it was thought that courts could only disregard contractual terms if they were a sham; ie that both parties intended to misrepresent the true nature of their obligations to one another.

5 Case 3:13-cv-034260^{EMC} [11 March 2015].

6 Technically a preliminary hearing to determine status and jurisdiction issues in claims under the WTR, National Minimum Wage Act 1998 ("NMWA") and whistleblowing provisions.

7 The writer assumes the system in London/UK operates in much the same way as elsewhere. Passengers, who are 18 or over, provide certain personal information, including credit or debit card details. They book rides by logging on via an App. They may receive a fare estimate. Uber then locates the nearest driver, informs him [most drivers are male] of the request and gives him the first name of the passenger. He then has 10 seconds in which to accept the trip. The driver and passenger are put into direct telephone

contact through the App, but neither has access to the number of the other. The driver learns the destination when he collects the passenger and presses the start trip button. At the end of the trip the fare is calculated by Uber from GPS data and charged to the passenger's account. It is Uber which pays the driver.

8 The terms were amended in October 2015, and drivers had to accept the new terms. While there were changes in terminology (drivers became customers and not partners; customers became users, and commission became a service fee) the ET found the substance of the contract remained the same.

9 Or dismissal, which Uber called "deactivation".

10 We should perhaps spare a thought for Miss Bertram, forced under the common law cross-examination system to defend what the ET found was indefensible.

11 An umbrella contract is a contract (either express or implied) which exists to preserve continuity of employment in the gaps between individual short-term contracts.

12 i.e. not just when driving passengers, but when waiting for passengers. It was essential for Uber's business that there were drivers free to pick up new passengers.

13 The Uber case had an initial reading day, two days of oral evidence, a day for leading counsel to refine their submissions and supplementary oral argument and two days in which the ET considered the case. The written decision was issued 16 days later.

Since December there have been further developments, including:

- (a) in *Dewhurst* an ET found a bicycle courier was a "worker", despite contractual documents describing her as a self-employed contractor;
- (b) in *Pimlico Plumbers v Smith* the Court of Appeal upheld an ET decision that a plumber who was self-employed for tax purposes was nonetheless a worker for the purposes of the WTR, and also an employee (in the extended sense - really the equivalent of worker) for the purposes of the disability discrimination legislation;

(c) the text of Uber's appeal (which will be heard in September) has become available. One argument is that there was no basis for the wholesale rejection of the written contracts as not corresponding with the practical reality.

Whether the cases are about tripartite relationships (Uber, the driver and the passenger) or bipartite ones (courier company and cyclist) they are going against "employers". Increasing political concern about such arrangements is perhaps inevitably reflected in ET and appellate court decisions.

Call
for articles

juriste

L'équipe du *Juriste International* vous invite à devenir rédacteur !

Faites-nous parvenir vos propositions d'articles en français, anglais ou espagnol sur les sujets qui vous intéressent en matière de droits de l'Homme, de pratique générale du droit ou sur la profession d'avocat.

Juriste International invites you to become an author!

Send us your proposed articles in English, French or Spanish on a subject of your choice in the fields of human rights, substantive legal issues or the legal profession.

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

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

Informations

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

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



Is There a Link Between Migration and Terrorism?

■ Barbara BANDIERA

Au cours du séminaire UIA sur “L’immigration dans l’Union européenne - Les règles et la pratique judiciaire. Le rôle de l’avocat”, organisé à Sofia (Bulgarie) du 10 au 12 novembre 2016, les thèmes suivants ont été étudiés : les liens entre migrants/réfugiés et terrorisme/financement du terrorisme/blanchiment de capitaux, et, en particulier, le trafic d’êtres humains et de migrants et les services de transfert de fonds ou de valeurs. Selon les organisations internationales, les migrants/réfugiés ne sont pas des terroristes, mais ils sont très souvent les premières victimes de la terreur.

Preliminary Remarks and Definitions

During the session “Forced removal to the border. Right to sanctuary. AML/CFT rules” at the UIA seminar “Immigration in the European Union - Rules and Legal Practice. The Role of the Lawyer” organized in Sofia, Bulgaria, from November 10 to 12, 2016, my speech focused, among other things, on the relationship between migrants/refugees and terrorism/terrorist financing/money laundering.

In particular:

- “Migrant” is a broader term of an immigrant and emigrant that refers to a person who leaves from one country or region to settle in another, often in search of a better life. Migrants may move to improve their lives by finding work, or in some cases for education, family reunion, or other reasons. They may also move to alleviate significant hardships that arise from natural disasters, famine, or extreme poverty. People who leave their countries for these reasons would not usually be considered refugees under international law;
- “Refugees” are people outside their country of origin because of feared persecution, conflict, violence, or other circumstances that have seriously disturbed public order, and who, as a result, require “international protection”. Their situation

is often so perilous and intolerable, that they cross national borders to seek safety in nearby countries, and thus become internationally recognized as “refugees” with access to assistance from States, United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), and relevant organizations. They are so recognized precisely because it is too dangerous for them to return home, and they therefore need sanctuary elsewhere. These are people for whom denial of asylum has potentially deadly consequences. Blurring the terms “refugees” and “migrants” takes attention away from the specific legal protections refugees require;

acquired by legitimate means. Typically, this involves the conversion of cash-based proceeds into account-based forms of money (source: Organisation for Economic Cooperation and Development).

Migrants / Refugees and Terrorism

Key international organizations (e.g. the UNHCR, the European Parliament, the European Commission and the United Nations) do not think we should equate refugees, asylum seekers, and migrants on the one hand with terrorists on the other.

Migratory flows have increased both away from and towards the conflict zones, involving those seeking safety and those lured into the conflict as foreign terrorist fighters, further destabilizing the regions concerned.

- “Terrorism”, in the absence of a generally accepted definition under international law, can be defined as the intentional and systematic use of actions designed to provoke terror in the public as a means to certain ends. Terrorism can be the act of an individual or a group of individuals acting in their individual capacity or with the support of a State. It may also be the act of a State, whether against the population (human rights violations such as forced labour, deportation, genocide, etc.), or in the context of an international armed conflict against the civil population of the enemy State (source: International Organization for Migration);
- “Terrorist financing” is the provision or collection of funds, by any means, directly or indirectly, with the intention or in the knowledge that they would be used in order to carry out terrorist offences (source: European Commission);
- “Money laundering” is the attempt to conceal or disguise the ownership or source of the proceeds of criminal activity and to integrate them into the legitimate financial systems in such a way that they cannot be distinguished from assets

No unwarranted linkages should be made between refugees and terrorism. Refugees are themselves escaping persecution and violence - including terrorist acts - and are not the perpetrators of such acts. It is not the refugee outflows that cause terrorism, it is terrorism, tyranny and war that create refugees. Refugees are the first victims of terrorism. A large number of migrants are victims of terrorism and of serious violations of human rights. Millions of people have fled the territory controlled by terrorist and violent extremist groups. Migratory flows have increased both away from and towards the conflict zones, involving those seeking safety and those lured into the conflict as foreign terrorist fighters, further destabilizing the regions concerned.

Trafficking in Persons and Smuggling of Migrants

Criminals are increasingly turning to the trafficking of human beings and the smuggling of migrants given the high profitability of these illegal activities. The money generated by such activities finds its way into the financial system.

Particularly:

- “Trafficking in persons” is the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs;
- “Smuggling of migrants” shall mean the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State of which the person is not a national or a permanent resident.

Trafficking in persons and smuggling of migrants are two concepts easily confused because of a few similarities and partial overlap often existing between both phenomena. Common elements but still some differences between both criminal activities exist:

- “Consent”: the smuggling of migrants, while often undertaken in dangerous or degrading conditions, involves migrants who have consented to the smuggling. Trafficking victims, on the other hand, have either never consented or, if they initially consented, that consent has been rendered meaningless by the coercive, deceptive or abusive actions of the traffickers;
- “Exploitation”: smuggling ends with the arrival of the migrants at their destination, whereas trafficking involves the ongoing exploitation of the victims in some manner to generate illicit profits for the traffickers;
- “Transnationality”: smuggling is always transnational, whereas trafficking need not be. Trafficking can occur regardless of whether victims are taken to another country or only moved from one place to another within the same country.

The Financial Action Task Force (FATF)¹ has carried out a study “*Money Laundering Risks Arising from Trafficking of Human Beings*

and Smuggling of Migrants” (July 2011) which describes the money flows related to these two distinct problems and attempts to assess their scale. The key objectives of the report are the following:

- a) to assess the scale of the problem;
- b) to identify different trends in trafficking in human beings/migrant smuggling;
- c) to identify from case studies where money laundering is occurring and what form it is taking;
- d) to inform law enforcement agencies on the laundering of funds coming from human trafficking/migrant smuggling;
- e) to increase the possibility of the proceeds of human trafficking/migrant smuggling being identified and confiscated, and thereby discouraging the activity of human trafficking or migrant smuggling;
- f) to identify red flag indicators to assist financial institutions in their identification of money laundering from human trafficking/migrant smuggling, and in the reporting of suspicious transaction reports.

With regard to the aforesaid letter f), it must be highlighted that some of the key indicators identified are as follows:

- for banks:
 - a common mobile number, address and employment references are used to open multiple accounts in different names;
 - frequent money transfer to “risk” countries;
 - concentration of “risk” nationalities among the opening of accounts;
 - money rapidly withdrawn from accounts, from one ATM, or several ATMs in close proximity;
 - frequent deposits or withdrawals with no apparent business source;
 - third party cash deposits are made at various bank branches and via ATMs;
 - transactions undertaken that appear inconsistent with customer profile;
 - unusual withdrawals, deposits or wire activity inconsistent with normal business practices, or dramatic and unexplained change in account activity;
 - numerous incoming money transfers or personal cheques deposited into business accounts for no apparent legitimate purpose.
- for money service businesses:
 - small amounts sent to different recipients;
 - small amounts sent with high frequency to unconnected persons;

- frequent transfers to “risk” countries;
- multiple customers conducting international funds transfers to the same overseas beneficiary.
- for dealers in high value goods:
 - transactions funded with cash;
 - goods purchased for personal export to “risk” jurisdictions.
- for casinos:
 - purchase of casino chips which may be redeemed following minimum gaming;
 - refining activity (exchanging small denomination bills into large denomination bills);
 - currency exchange;
 - deposit of cash in bank drafts for casino front money account.

Money or Value Transfer Services and Migrant Communities

“Money or value transfer services (MVTS)” refer to financial services that involve the acceptance of cash, cheques, other monetary instruments or other stores of value and the payment of a corresponding sum in cash or other form to a beneficiary by means of a communication, message, transfer, or through a clearing network to which the MVTS provider² belongs. Transactions performed by such services can involve one or more intermediaries and a final payment to a third party, and may include any new payment methods. Sometimes these services have ties to particular geographic regions and are described using a variety of specific terms, including hawala, hundi, and fei-chen (source: 2012 FATF Recommendations³).

MVTS play an important role in the international financial system, in particular for the migrant communities around the world, and in supporting financial inclusion⁴. In December 2015, the United Nations estimated that developing countries received over USD 400 billion in remittances from migrants living abroad in 2014. However, like other financial institutions, MVTS providers are also vulnerable to the abuse for the purpose of money laundering and terrorist financing.

On February 23, 2016, the FATF published the “*Guidance for a Risk-Based Approach for Money or Value Transfer Services*”

("Guidance") that updates its 2009 "Guidance on a Risk-Based Approach for Money Services Businesses" to bring it into line with the 2012 FATF Recommendations.

This non-binding Guidance is intended to assist countries and their competent authorities, as well as the practitioners in the MVTS sector and in the banking sector that have or are considering MVTS providers as customers, to apply the risk-based approach associated with MVTS. The risk-based approach, the cornerstone of the 2012 FATF Recommendations, requires that measures to combat money laundering/terrorist financing are commensurate with the risks⁵. Such measures should not necessarily result in the categorisation of all MVTS providers as inherently high-risk. The overall risks and threats are influenced by the extent and quality of regulatory and supervisory framework as well as the implementation of risk-based controls and mitigating measures by each MVTS provider. While this Guidance is applicable to the entire MVTS sector (both banking and non-banking institutions offering MVTS); it is primarily intended for non-banking MVTS providers. This Guidance should be read in conjunction with other relevant Guidance, in particular "FATF Guidance for a Risk-Based Approach: The Banking Sector" (October 2014).

Some of the key features of MVTS outlined in the Guidance are as follows:

- MVTS can be an attractive, often lower cost option for persons that need to send money quickly to another person as funds can be picked up by a recipient in a relatively short timeframe, as opposed to waiting for domestic or international wire transfers that may take several days to process in some cases. The financial service provided by MVTS providers is often cheaper than more conventional banking services and is frequently used in regions with limited or no banking services;
- MVTS providers operate in a variety of ways, but typically a MVTS provider or sending agent (acting on behalf of a

MVTS provider) accepts payment of the money transfer, collects the required identification information, and enters the transaction and sender's applicable identification information and the destined receiver systematically at the point of origination;

- in the case of money transfer, the MVTS providers transfer the payment details to the pay-out agent that will provide the funds or their equivalent to the beneficiary of the transfer. The message is either sent directly to the agents or through a centralized clearing house that serves as a centralized hub for information that connects different agents of a provider;
- the money transfer is made available to the ultimate recipient, in the appropriate currency, at a receiving agent (acting also on behalf of a MVTS provider) location in the paying jurisdiction. The receiving agent will also collect and maintain the required identification information at the point of destination in accordance with the local applicable law;
- pay-out methods vary by jurisdiction, but may include cash, cheque, money order, pay-out cards, mobile wallet, bank deposit or a combination.

In the report "Emerging Terrorist Financing Risks" (October 2015), the FATF specifies that, along with the banking sector, the remittance sector has been exploited to move illicit funds and is also vulnerable to terrorist financing. In conflict-prone countries where access to banking services is limited and terrorist groups operate, remittance providers may be the primary financial institution through which consumers can engage in cross-border funds transfer activity. Remittance providers are especially vulnerable to abuse for terrorist financing where they are unregulated, not subject to appropriate anti-money laundering/combating the financing of terrorism supervision or where they operate without a license (thus operating without any anti-money laundering/combating the financing of terrorism

controls). The biggest terrorist financing threat involves agents or employees who knowingly facilitate funds transfers on behalf of terrorist groups, including the falsification of transaction reporting to obfuscate or anonymise details. Migrant communities and families rely heavily on MVTS to remit funds home; this provides a channel for commingling terrorist financing with legitimate family transfers. It also makes it difficult to detect terrorist financing from normal family and community remittances.

Barbara BANDIERA
Lawyer
Milan, Italy
m.bandiera@tin.it

1 The FATF is an inter-governmental body established in July 1989 by a Group of Seven (G-7) Summit in Paris. The mandate of the FATF is to set standards and to promote effective implementation of legal, regulatory and operational measures for combating money laundering, terrorist financing and the financing of proliferation, and other related threats to the integrity of the international financial system.

2 The definition of "MVTS provider" is as follows: any natural or legal person who is licensed or registered to provide MVTS as a business, by a competent authority, including through agents or a network of agents.

3 "International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation - The FATF Recommendations" (February 2012).

4 Financial inclusion is about providing access to an adequate range of safe, convenient and affordable financial services to disadvantaged and other vulnerable groups, including low income, rural and undocumented persons, who have been underserved or excluded from the regulated financial sector at an affordable cost in a fair and transparent manner. It is also about making a broader range of financial services available to individuals who currently may have access to only basic financial products.

5 A risk-based approach means that countries, competent authorities, financial institutions and designated non-financial businesses and professions, identify, assess, and understand the money laundering and terrorist financing risk to which they are exposed, and take the appropriate mitigation measures in accordance with the level of risk.



La CEDH et les troubles de voisinage

Réflexions à partir de l'arrêt Couturon contre France

I Vincent DEFRAITEUR

I. Introduction

On a parfois tendance à l'oublier, car ce n'est pas le premier qui vient à l'esprit, mais le droit de propriété est reconnu comme étant un droit de l'homme. En Europe, il ne figure pas dans la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales (CEDH) mais dans son Premier protocole additionnel (PPA) qui revêt la même portée juridique que la Convention elle-même. L'article 1^{er} de ce PPA se lit comme suit :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. »

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

Depuis l'arrêt *Sporrong et Lönnroth contre Suède* du 23 septembre 1982¹, la Cour de Strasbourg considère que cette disposition renferme trois règles : la première, de portée générale, énonce le principe du respect du droit de propriété ; la deuxième vise la privation du droit de propriété et la soumet à certaines conditions ; la troisième reconnaît aux États le droit de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général.

Cette disposition du PPA est très souvent plaidée devant la Cour de Strasbourg. Statistiquement, il s'agit même de la seconde disposition invoquée par les requérants, après l'article 6 de la CEDH et l'exigence de garantie du procès équitable qu'il renferme.

Cet article 1^{er} du PPA trouve à s'appliquer à une multitude de situations, qu'il s'agisse des mesures d'expropriation au sens strict, de l'impôt, des règles de prescription, des règles d'urbanisme, des prestations de

sécurité sociale, de la protection d'une marque, d'une clientèle ou d'un fonds de commerce, ou encore de la protection que les États doivent apporter aux créances, lesquelles sont considérées comme étant des biens au sens de cette disposition.

Les plaideurs que nous sommes doivent donc être attentifs aux protections que cette disposition apporte et aux facettes variées auxquelles elle est susceptible de sortir ses effets, afin de garantir au mieux la défense des intérêts de nos clients.

II. L'espèce – Les décisions françaises

La Cour de Strasbourg, sur la base de l'article 1^{er} du PPA, est parfois amenée à devoir se prononcer sur des problèmes de voisinage. En effet, la théorie de la responsabilité pour troubles de voisinage trouve son appui sur les dispositions internes relatives à la protection de la propriété. Dès lors, au niveau international, c'est bien l'article 1^{er} du PPA qui vient garantir aux citoyens une protection en la matière.

Dans l'arrêt *Couturon contre France* rendu le 25 juin 2015², la Cour de Strasbourg a dû apprécier si la manière dont les juridictions françaises ont examiné – et rejeté – la demande d'indemnisation formée par le requérant sur la base de la théorie des troubles de voisinage était conforme aux exigences de la CEDH.

Il convient tout d'abord de placer les choses dans leur contexte.

Le requérant est propriétaire d'un château entouré d'un grand domaine en Corrèze. En raison de la construction d'une autoroute reliant Bordeaux à Clermont-Ferrand, le domaine du requérant fit l'objet d'une expropriation portant sur une parcelle d'environ 88 ares. Dans le cadre de cette procédure, l'exproprié fit valoir que son domaine avait perdu de sa valeur suite à la construction de cette autoroute, en raison,

principalement, du préjudice esthétique que la construction de la voie rapide causait à son bien. Les juridictions saisies des procédures d'expropriation rejetèrent ces demandes d'indemnisation, jugeant que celles-ci ne relevaient pas de la procédure d'expropriation au sens strict.

En d'autres termes, en France – comme en Belgique, d'ailleurs – l'indemnisation de la partie non-expropriée d'un bien ne peut être incluse dans la procédure d'expropriation au sens strict : cette dernière se contente de vérifier si l'expropriation est légale et fixe les indemnités découlant de la seule privation de propriété.

En conséquence, le requérant dut diligenter une autre procédure, laquelle ne portait que sur l'indemnité pour perte de valeur de son bien, soit une procédure en responsabilité pour troubles de voisinage. À ce titre, le premier juge lui accorda une indemnité de 115 000 € (le requérant réclamait 235 000 €), laquelle fut réduite à néant par la cour d'appel. Cette dernière estima que la présence visible et audible de l'autoroute située à 250 mètres du château n'était pas en elle-même de nature à générer une perte de valeur vénale, car le trouble ainsi causé « n'excède pas ceux que, dans l'intérêt général, peuvent être amenés à devoir supporter les propriétaires résidant à proximité d'un tel ouvrage » (§16).

Notons ici que la jurisprudence belge raisonne de la même manière : non seulement la moins-value subie par la partie non-expropriée doit faire l'objet d'une procédure distincte fondée sur la théorie des troubles de voisinage (article 544 du Code civil belge), mais pour se voir compensé, le trouble doit aussi revêtir des caractéristiques particulières : il devra excéder ce qu'un particulier doit supporter dans l'intérêt collectif³. En d'autres termes, il est considéré en Belgique depuis 1991 que le voisin doit être « plus tolérant » à l'égard d'un inconfort causé dans l'intérêt collectif qu'à l'égard d'un inconfort causé en vue de satisfaire un intérêt purement privé.

III. L'espèce – La décision strasbourgeoise

La requérant saisit donc la CEDH pour violation de l'article 1^{er} du PPA

Lorsque cette disposition est visée, la Cour doit d'abord décider laquelle des normes qu'elle contient, est concernée par l'espèce, sachant qu'elle opère cette appréciation dans l'ordre suivant : s'agit-il d'une privation de propriété (2^e norme) ? Dans la négative, s'agit-il d'une réglementation de l'usage des biens (3^e norme) ? Enfin, si les deux réponses sont négatives, la Cour examine l'espèce au regard de la 1^{re} norme, soit la protection générale de la propriété.

En l'espèce, la Cour estime que l'appréciation de la moins-value ne constitue pas une privation du droit de propriété (2^e norme), ni une réglementation de l'usage des biens (3^e norme), de sorte que la Cour examine cette situation au regard de la première norme (§ 31). La Cour doit alors apprécier si « un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu », étant entendu, comme le juge interne français l'avait lui-même exprimé, que l'équilibre est rompu lorsque la partie concernée doit subir « une charge spéciale et exorbitante » (§ 32). Aux termes de l'analyse des faits de la cause et de la manière avec laquelle les juridictions françaises avaient examiné les demandes de Monsieur Couturon, la Cour estime que cette charge spéciale et exorbitante n'est pas démontrée, de sorte que c'est à bon droit que les juges internes ont rejeté la demande du requérant. Il n'y a donc pas eu de violation du PPA en l'espèce (§ 38).

Cette considération doit être lue avec la marge de manœuvre des États sur laquelle la Cour de Strasbourg ne peut pas empiéter. Dans un litige de cette nature, le juge interne est naturellement le mieux placé pour apprécier, souverainement, si les préjudices subis par le demandeur excèdent les inconvénients que tout un chacun doit subir pour vivre en communauté. La marge de manœuvre de la Cour est donc ténue et son arrêt *Couturon* ne nous étonne donc pas.

IV. Autres jurisprudences

Cela étant dit, ne pensons pas que les troubles de voisinage consécutifs à une

expropriation ne sauraient intéresser la Cour européenne des droits de l'homme en raison de la marge de manœuvre qui revient aux États.

Dans d'autres espèces, la Cour a déjà été amenée à considérer qu'un défaut d'indemnisation d'un tel trouble de voisinage était constitutif d'une violation de son PPA.

Citons deux arrêts pour illustrer cette réalité.

Il en fut ainsi dans un arrêt *Bistrovic contre Croatie*⁴ qui concerne également la construction d'une autoroute, laquelle était, cette fois, érigée à deux ou trois mètres de la maison des requérants. Il y eut violation pour cette raison, mais également en raison de dysfonctionnement interne à la procédure et du fait que les arguments des agriculteurs dépossédés n'avaient pas été examinés par les juridictions nationales.

On peut également citer l'arrêt *Athanasiou et autres contre Grèce*⁵ relatif à la construction, non pas d'une autoroute, mais d'une voie de chemin de fer, également à quelques encablures de la maison des requérants (5 mètres). Dans cette espèce, la Cour a estimé qu'en refusant d'indemniser les requérants pour la baisse de la valeur de la partie non expropriée de leurs terrains, le juge interne avait rompu le juste équilibre devant régner entre intérêt général et sauvegarde des droits individuels.

Il saute aux yeux que ces espèces sont fort différentes de celle du châtelain corrézien dont l'autoroute se situe à une distance plus éloignée (250 mètres). En sus, ses arguments avaient été entendus par les juridictions internes, à la différence du cas croate. La Cour a d'ailleurs examiné ces situations sous des angles différents puisqu'elle a retenu la première norme pour le cas français (la protection générale de la propriété) alors que les deux autres cas ayant mené à violation ont été examinés à l'aune de la réglementation de l'usage des biens (3^e norme).

Il va de soi que l'attitude d'un pouvoir expropriant qui décide d'exproprier à proximité du bien n'est pas acceptable. A notre sens, lorsque le tracé de la route ou du chemin de fer à construire vient lécher les habitations, il revient au pouvoir

expropriant d'élargir le périmètre de l'emprise pour inclure le bien en question. Il est au contraire surnois, voire pernicieux, d'exproprier à l'extrême limite du bien des expropriés, dans l'optique de limiter les frais d'expropriation. Ce comportement est donc sanctionné par la Cour européenne des droits de l'homme au titre d'atteinte au droit de propriété, et il convient de s'en réjouir.

Vincent DEFRAITEUR
Venderveeren & Associés
Bruxelles, Belgique
vincent.defraiteur@minimes41.be

1 *Sporrong et Lönnroth contre Suède*, n° 7151/75, 23 septembre 1982.

2 *Couturon contre France*, n° 24756/10, 25 juin 2015.

3 Cass., 23 novembre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1784 ; *Rev. Not. B.*, p. 113 et note J. Sace.

4 *Bistrovic contre Croatie*, n° 25774/05, 31 mai 2007.

5 *Athanasiou et autres contre Grèce*, n° 2531/02 du 9 février 2006.



La remisión de deudas o segunda oportunidad

El “beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho” del artículo 178.bis de la ley concursal española

Wenceslao GRACIA ZUBIRI

Discharge is declared by the Court after a bankruptcy process, in certain circumstances:

1) After the sale of all the debtor's asset through the bankruptcy procedure. (Nevertheless, some Courts may declare the discharge without selling certain assets, if they are granting some credits, these credits aren't unpaid and it's unlikely that the pending amount of the credit is going to be cancelled with the money obtained through the sale).

2) Debtor should have been considered “in good faith”: his bankruptcy should have been declared “non guilty” and he shouldn't have been convicted for certain felonies (frauds, against workers' rights, falsification,...), in the previous ten years.

I- Introducción

En la actualidad el ordenamiento jurídico español contempla un procedimiento para que la persona física o natural solicite la remisión de deudas, regulado en el actual artículo 178.bis, y en varios artículos concordantes, de la Ley Concursal, según su redacción a partir de la reforma aprobada mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Ya no se distingue si el deudor es o no un “empresario” (recuérdese que la primera introducción de la exoneración del pasivo insatisfecho de la persona natural en el ordenamiento español se hizo mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y únicamente se preveía para el caso de personas naturales “empresarias”).

De hecho, a diferencia de otros ordenamientos de nuestro entorno (el francés, por ejemplo), el procedimiento es el mismo, trátase de una persona natural empresaria, o de un mero consumidor.

Más que de procedimiento, las diferencias serán en cuanto a que la persona natural empresario tendrá más créditos de privilegio general (deudas tributarias, salarios, cotizaciones a la Seguridad Social propias o por trabajadores), que el simple consumidor, y ello dificultará que pueda obtener la exoneración definitiva inicial, debiéndose someter a un plan de pagos al que nos referiremos más adelante.

2.- Supuestos de exoneración: la exoneración definitiva y la exoneración provisional

El citado artículo 178.bis de la Ley concursal, en unión de otros a los que remite, implementa dos tipos de exoneración de deudas de la personas natural: definitiva (en el artículo 178.bis.3.4°), y parcial-provisional (en el artículo 178.bis.3.5°).

la innecesaria de enajenar los activos hipotecados en garantía de alguna deuda, si el deudor está atendiendo los pagos periódicos previstos en la hipoteca, si se pueden atender todos los pagos contra la masa (definidos en el artículo 89 de la Ley Concursal) y si el de la garantía es superior al valor razonable del bien sobre el que está constituida la garantía ¹.

La petición debe presentarla el deudor, dentro del plazo que el Juez del concurso haya conferido.

Únicamente puede realizar la petición el deudor “de buena fe”, entendiéndose por tales aquellos en los que concurren diversos requisitos. Los dos primeros requisitos, acumulativos, son los que siguen:

1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable (según procedimiento

La tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento de los créditos de derecho público se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.

2.1- Requisitos comunes para ambos tipos de exoneración. Procedimiento

El artículo 178.bis de la Ley Concursal, establece que el deudor persona natural podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, de concurrir unos requisitos previstos en el precepto, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa.

La mención a la “liquidación” o “insuficiencia de masa activa” se refiere a que, para llegar a la situación de poder solicitar la exoneración, debe haberse liquidado el patrimonio del deudor.

Esta previsión de tener que liquidar la totalidad del patrimonio del deudor, sin embargo, está siendo matizada en algunos casos por los tribunales españoles, planteándose

y causas de culpabilidad reguladas en los artículos 163 a 175 de la Ley Concursal). Con la excepción de que si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del artículo 165.1.1.º de la Ley Concursal (haber incumplido la obligación de declararse en concurso, lo que en teoría debe de realizarse en los dos meses siguientes a conocer el deudor su situación de insolvencia, conforme al artículo 5.1 de la Ley Concursal), el juez podrá conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se aprecie dolo o culpa grave del deudor.

2.º Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a

la declaración de concurso. Advirtiéndose que si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme.

Los demás requisitos para considerar al deudor como “de buena fe”, son los que permiten configurar los dos tipos de exoneración de pasivo que se tratarán en el siguiente punto.

El procedimiento de reconocimiento de la exoneración (sea definitiva o provisional) está recogido en el artículo 178.bis.4: el Secretario Judicial dará traslado de la solicitud del deudor a la Administración concursal y a los acreedores personados por un plazo de 5 días, tras el cuál el Tribunal resolverá estimar o desestimar la petición, declarándose la conclusión del concurso en caso de estimación.

Como motivos de oposición únicamente se puede argumentar la falta de concurrencia de los requisitos para solicitar la exoneración, previstos en el artículo 178.bis.3

2.2- La exoneración definitiva del pasivo insatisfecho.

El artículo 178.bis.3.3° y 4°

Para poder solicitar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho tras la liquidación del patrimonio del deudor, el primer supuesto que prevé la Ley se regula en el artículo 178.bis.3.3° y 4°, exigiéndose:

- a) Que reuniendo el deudor los requisitos establecidos en el artículo 231 de la Ley Concursal, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos. Y
- b) Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa (los relacionados en el artículo 89 de la Ley Concursal, principalmente refiriéndose a los gastos de la declaración del concurso, los generados tras la declaración de concurso, y a los últimos 30 días de salario adeudados a trabajadores) y los créditos concursales privilegiados (refiriéndose a los de privilegio especial – en síntesis, lo que están garantizados por un bien mueble o inmueble –, y los relacionados en el artículo 91 de la Ley Concursal –salarios, deudas tributarias y de seguridad social, indemnizaciones por responsabilidad civil y similares).

El artículo 231 de la Ley Concursal, introducido en su versión original en la ya mencionada Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de *apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, incorpora al ordenamiento español al denominado “mediador concursal”: una sociedad profesional o un profesional individual, que reúna formación como mediador civil y a la vez cualificación para ser Administrador Concursal, y se haya inscrito como tal en el Registro del Ministerio de Justicia, y al que la Ley encomienda que, a solicitud del deudor y tras designación reglada (por Notario, Registro Mercantil o Cámara de Comercio) inicie contactos y negociaciones con acreedores para intentar un acuerdo extrajudicial de pagos, evitándose así el proceloso proceso concursal, judicial.

En síntesis, con el artículo 231 el Legislador pretendía – y pretende – reducir el elevado número de procedimientos concursales judiciales, incentivando que los deudores en situación de insolvencia intenten negociaciones prejudiciales, si quiera asistidos de un profesional.

De fracasar la mediación concursal, se abre el procedimiento judicial de concurso de acreedores, directamente encaminado a la liquidación del patrimonio del deudor (con lo que se evita la denominada “fase común”, se acortan plazos y se reducen gastos – principalmente, los honorarios del Administrador Concursal, que, salvo causa justificada, será el mismo Mediador designado –).

Como decíamos, el artículo 178.bis.3.3° exige que, como primer supuesto para poder optar a la exoneración definitiva, el deudor debe de haber intentado previamente la mediación concursal reglada en el artículo 231 de la Ley Concursal. Fracasada esa mediación, se inicia el concurso de acreedores, liquidándose el patrimonio.

Si, intentada y fracasada la mediación concursal del artículo 231 de la Ley, se inicia el concurso de acreedores, se liquida el patrimonio del deudor, y si con lo obtenido se cubren los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, el deudor podrá solicitar al Tribunal la exoneración definitiva del resto del pasivo no cubierto en la liquidación.

Como alternativa, si la exoneración se solicitara tras el concurso de acreedores sin haber intentado previamente la mediación concursal del artículo 231 de la Ley, además de los créditos contra la masa y de los privilegiados, el deudor debería satisfacer así mismo el 25% de los créditos ordinarios reconocidos en el concurso, antes de poder solicitar la declaración de exoneración definitiva (art. 178.bis.3.4° *in fine*).

Es decir, que se penaliza al deudor que no acude a la mediación concursal, al obligársele a sufragar el 25% de los créditos ordinarios.

2.3- La exoneración provisional.

El artículo 178.bis.3.5° y el sometimiento a un “plan de pagos”

Para el caso de que el deudor no haya podido cumplir con los pagos previstos en el artículo 178.bis.3.4° ya comentados (créditos contra la masa y privilegiados, si se ha intentado la mediación concursal, y –además- 25% de créditos ordinarios si no se ha intentado la mediación concursal), el legislador española ha introducido un procedimiento de exoneración provisional, sujeto a diversos requisitos (el más determinante, el sometimiento del deudor a un plan de pagos, siguiendo el modelo alemán o francés).

Así, en el caso de no cumplir con el artículo 178.bis.3.4°, para solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho el deudor deberá reunir los siguientes requisitos:

- a) Aceptar someterse, durante 5 años, al plan de pagos previsto en el apartado 6 del mismo artículo 178.bis.
- b) No haber incumplido las obligaciones de colaboración con el Juzgado y con el Administrador Concursal establecidas.
- c) No haber obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años.
- d) No haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad.
- e) Aceptar de forma expresa, en la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años. Únicamente tendrán acceso a esta sección las

personas que tengan interés legítimo en averiguar la situación del deudor, entendiéndose en todo caso que tienen interés quienes realicen una oferta en firme al deudor ya sea de crédito o de cualquier otra entrega de bienes o prestación de servicios, que tenga que ser remunerada o devuelta por éste y que esté condicionada a su solvencia, así como las Administraciones Públicas y órganos jurisdiccionales habilitados legalmente para recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones. La apreciación de dicho interés se realizará por quién esté a cargo del Registro Público Concursal.

De solicitarse y obtenerse la exoneración provisional, el artículo 178.bis.5, establece que el Tribunal declarará la exoneración de los créditos ordinarios y subordinados pendientes, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.

Y añade que respecto de los créditos enumerados en el artículo 90.1 de la Ley Concursal (los créditos de privilegio especial, garantizados con algún bien mueble o inmueble), quedará exonerada igualmente la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado (por ejemplo, constituida una hipoteca otorgada sobre un inmueble en garantía de deudas tributarias, en caso de subasta el 50% de la parte del crédito no recuperada con la enajenación tendría el tratamiento de crédito con privilegio general, no se exoneraría y debería de intentar abonarse mediante el plan de pagos).

Los créditos no “exonerados” con esa declaración provisional (es decir, créditos contra la masa y de privilegio general) deberán ser satisfechos – o por lo menos en intención – por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso las deudas pendientes no podrán devengar interés.

A tal efecto, el deudor deberá presentar una propuesta de plan de pagos de los créditos no exonerados (no se exige que contemple el pago del 100% de los créditos

no exonerados). Propuesta que, oídas las partes por plazo de 10 días, será aprobada por el juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones que estime oportunas.

La tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento de los créditos de derecho público se regirá por lo dispuesto en su normativa específica. Un nuevo privilegio que se reservan la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

Transcurridos los 5 años de vigencia del Plan de Pagos, de haber sido cumplido por el deudor, podrá solicitar del Juez que declare la exoneración definitiva, también sobre los créditos (contra la masa y de privilegio general) que no hubieran sido declarados exonerados provisionalmente.

Adicionalmente, el artículo 178.bis.8 prevé que el deudor también puede obtener la exoneración definitiva si, a pesar de haber incumplido el plan de pagos, acredita que durante los 5 años de vigencia del plan ha destinado a su cumplimiento al menos la mitad de los ingresos inembargables percibidos en ese periodo (por ejemplo, un deudor que ingresara una nómina neta de 1,800 €, podría optar a la exoneración habiendo destinado 150 € al mes a pagar las deudas no exoneradas previamente). El porcentaje a destinar sería menor (el 25%) en el supuesto de que en el deudor concurren ciertas circunstancias especiales regladas en la normativa de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

3- Revocación del Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho

La declaración de exoneración del pasivo insatisfecho puede ser revocada a solicitud de un acreedor, cuando en los cinco años posteriores a su concesión se constata la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultos por el deudor, salvo que se trate de activos inembargables conforme a los artículos 605 y 606 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (mobiliario doméstico, ropa, herramientas de trabajo, objetos religiosos, y similares).

También podrá solicitarse la revocación si durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos:

a) Incurriese en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en el art.178 bis 3 hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

b) En su caso, incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos, o

c) Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos.

En caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso.

4- Incidencia de la Segunda Oportunidad en España. Algunos datos

El artículo 178.bis de la Ley Concursal fue introducido, como hemos comentado, mediante el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, y la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Es reducido, por lo tanto, el lapso de tiempo que lleva en vigor, como para conocer cuál puede llegar a ser su incidencia real futura.

A partir de la entrada en vigor (en marzo de 2015) del procedimiento para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho previsto en el artículo 178.bis de la Ley Concursal en el que se beneficia al deudor persona natural que intenta el acuerdo extrajudicial solicitando el nombramiento de un mediador concursal conforme al artículo 231 de la Ley Concursal, y en poco más de un año (hasta el 31 de mayo de 2016, según el Consejo General de Economistas), el número de solicitudes de nombramiento de mediador concursal se ha multiplicado por diez (de 78 a 800), probablemente a raíz de la aprobación del formulario tipo de petición de mediador, y de la mayor difusión y conocimiento de la existencia del procedimiento de exoneración de deudas.

Y en cuanto a resoluciones judiciales, en el momento de finalización de este artículo pueden encontrarse más de una veintena de Autos de Juzgados españoles que han estudiado declarado la exoneración definitiva o parcial y provisional, de deudores personas naturales ².

Es más que probable que el número se incremente en los próximos meses, y que veamos que se difunde el conocimiento del procedimiento como un cauce adecuado para liberar a los deudores personas físicas de las deudas que no puedan cancelar.

Debe tenerse en cuenta que, con las recientes reformas de 2015, el procedimiento se ha simplificado y abaratado:

- El formulario tipo de petición no requiere especiales conocimientos jurídicos;
- La petición de nombramiento de mediador concursal se puede realizar ante un notario, de manera gratuita para el deudor persona natural no empresaria;
- No se precisa abogado ni procurador ni durante la negociación extrajudicial del mediador concursal, ni en el proceso concursal posterior, pues la solicitud de concurso la presentará el mediador concursal si no se llega a ningún acuerdo previo con los acreedores, etc.

Así, la única traba para que el mecanismo se generalice, es la falta de conocimiento del mismo por una parte de la población (aquella más afectada por la crisis económica, de menor poder adquisitivo y, normalmente, menor formación), que carece de conocimientos jurídicos o acceso a asesoramiento, y sin capacidad económica ni tan siquiera para consultar a un abogado para que le asista en rellenar el formulario normalizado. Por ello es de suponer que esta tarea, casi asistencial, termine por ser asumida por organizaciones benéficas y por los servicios gratuitos de orientación jurídica de los Colegios de Abogados.

Wenceslao GRACIA ZUBIRI
Gracia Carabantes Abogados
Zaragoza y Madrid, España
wgracia@graciacarabantes.com

1 Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016

2 CENDOJ, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial



Collective Insolvency and Bankruptcy Proceedings for Enterprises in Difficulty in Greece

■ Polyxeni TSITSONI

I- A First Time Pre-Packed Agreement

Due to the financial difficulties in recent years, a significant number of enterprises in Greece are filing for bankruptcy.

Recently, one of the most developed businesses in the hypermarket field in Greece was faced with financial inability to pay its creditors, one of the four biggest banks in Greece, some of the largest food product supplying companies and the Greek State. Its debts were estimated at around 1.3 billion euros. Potential bankruptcy of this company, in the difficult economic environment in Greece, would cause a chain reaction with adverse consequences, both for a number of companies and the finances of the State. Under this pressure, for the first time in Greek practice, the debtor company and its creditors came to a collective reorganisation agreement in order to avoid bankruptcy. The third biggest company in the hypermarket sector set up a subsidiary company in order to acquire the assets of the debtor company and part of its liabilities including debt. In this way, all kinds of creditor, including foreign creditors, managed to announce their claims and continue the commercial collaboration with the newly created company. This agreement has been validated by the Court and the procedure is currently in process.

We would also like to point out another procedure which was applied in the specific field of the afore-mentioned case for the first time in Greece. Creditors, among them foreign multinational companies, wished to secure their claims in case of potential bankruptcy. Rather than bringing their actions to Court, which would have cost them much more time and money, some of them chose to settle their differences through the Alternative Dispute Resolution method of Mediation. A mediation agreement when deposited with the competent Court has the effect of an Enforcement Order, which enables the effective enforcement of the agreement.

II- Necessity for New Legislation

In order to lessen the heavy economic impact that ensues every failure, the Greek State has made significant efforts to ameliorate the legal framework on bankruptcy proceedings. The most recent legislation change was made through L. 4446/2016 (G.G. A' 240 22.12.2016), which amended the Greek Bankruptcy Code.

According to Greek bankruptcy law (art. 2 par. I of the Bankruptcy Code, L.3588/2007, G.G. A' 153 10.07.2007), the capacity to become bankrupt is reserved to physical or legal persons acting as traders and also corporate associations seeking to fulfil an economic purpose.

The main focus of the new legislation relies on offering enterprises in difficulty the option to reorganise and restructure their debts before default. In this way, the adoption of a reorganisation plan gives the enterprise or a part of it a chance to remain afloat and continue operating.

Three proceeding options are available according to Greek legislation in force for the purpose of saving an enterprise from bankruptcy.

III- Pre-Bankruptcy Proceedings

I. Collective Pre-Bankruptcy Reorganisation Proceedings

(Art. 99 et seq. of the Greek Bankruptcy Code as added by L. 4013/2011, G.G. A' 204/15.9.2011 and amended by L. 4336/2015, G.G. A' 94/14.8.2015 and L. 4446/2016).

The Greek Bankruptcy law provides that, prior to filing for bankruptcy, the indebted enterprise may open the “**pre-bankruptcy reorganisation procedure**”. This procedure aims at the approval by the majority of its creditors of the draft of a reorganisation plan (**collective pre-bankruptcy proceedings**).

This option is reserved both for enterprises encountering difficulties, as well as those enterprises already in default.

This **reorganisation plan agreement** is concluded between the debtor and its creditors representing at least 60% of the total claims, including 40% of the privileged or mortgaged claims and is then deposited at Court for its validation (*pre-pack agreements* in common law States). Following Court validation, the reorganisation plan has the effect of a judicial decision and is applied erga omnes. In the time period between deposition and validation, all enforced execution procedures against the debtor are suspended. The Court may also allow preventative measures to be taken, in order to protect the debtor's property.

In previous legislation, the enterprise could also follow the same procedure after filing a request with the Court to enable it to order the opening of the reorganisation proceedings and the conclusion of a reorganisation plan agreement within a specific time limit of maximum one year, as well as the appointment of a mediator for their co-ordination. During this period, the enforced execution measures against the business were suspended.

Under the new provisions, the above possibility is abolished.

Consequently, the procedure is accelerated. The debtor may file a request for preventative measures for protecting its assets only after the submission of the pre-pack plan to the Court; from now on, all parties must act quickly and effectively in order to rescue the enterprise and especially the debtor in order to avoid aggressive acts on the part of its creditors for the satisfaction of their claims.

2- Collective Pre-Bankruptcy Reorganisation Proceedings on Creditors' Initiative

(Art. 100 par. 1 of Greek Bankruptcy Code as amended by L. 4446/2016).

Following the new legislation provisions, a reorganisation plan may be drafted, even without the participation of the debtor, by the same percentage of creditors including 40% of the privileged or mortgaged claims as above and deposited in Court. This option is reserved to creditors only **if the debtor is already in default**.

This provision constitutes a novelty for the Greek legal system. The same benefits as above can result, concerning the rapidity and effectiveness of the procedure.

3- Special Liquidation

(Art. 68 et seq. of L. 4307/2014, G.G. A' 246 15.11.2016).

An undertaking in difficulty can be placed under a status of special winding-up or liquidation. This special liquidation is ordered by the Court upon the request of the debtor or its creditors representing 20% of the total claims.

A **Liquidator** is appointed and charged with the task of recording all assets of the undertaking and of inviting potential buyers to propose their offers to buy the total of the assets of the undertaking, which can then continue its operation. The relevant procedure is then validated by the Court.

The above option remains unchanged under the new regulations.

IV- The Final Phase: Bankruptcy

(Articles 1 et seq. of Greek Bankruptcy Code)

If none of the above solutions bear fruit, the bankruptcy procedure follows, which is ordered by Court upon request of the debtor in default or its creditors or the Public Prosecutor (Art. 4).

The Court then appoints a professional in charge of the bankruptcy, the **"Trustee in bankruptcy"** (art. 7 and 63), who takes over the property management of the bankrupted entity in order to liquidate it; he/she invites the creditors to announce their claims in a time bound limit (art. 89 et seq.) in order to draft the **Table of Creditors** for the liquidation proceeds. The creditors, who did not make their announcement within the time limit, can file an opposition with the competent Court demanding the verification of their claim (art. 92).

After the finalisation of the Table of Creditors, the Creditors are compensated from the liquidation proceeds in proportion to their verified claim and their eventual privilege (art. 135 et seq.).

Under the new provision, the above-mentioned opposition must be filed in a

short six month time limit. In contrast, the previous regulations in effect permitted longer time periods for the procedures, up to the end of the liquidation, resulting in the delay for years on end of eventual creditors' satisfaction.

V- The New Profession of Insolvency Administrator

The L. 4336/2015 (G.G. A'94 14.08.2015) defined by the Presidential Decree 133/2016 (G.G. A' 242, 29.12.2016) introduced to the Greek legal system the professional status of the **Insolvency Administrator**.

Specifically, professionals acting as Mediators, appointed by the interested parties to help in Pre-Bankruptcy Reorganisation Proceedings, Special Liquidators or Trustees in Bankruptcy should meet certain requirements in order to obtain the licence of **Insolvency Administrator**. This licence is granted by the Insolvency Committee appointed by the Ministry of Justice. The capacity of acting as an Insolvency Administrator is reserved to lawyers, auditors and tax accountants.

VI- Conclusions

In summary, we consider that the new legislation drastically improves insolvency law in Greece, through its modernisation and harmonisation with that of other European systems. Foreign creditors and suppliers can recover their claims with greater flexibility and in a shorter period of time. The possibility for creditors to request the reorganisation of an undertaking, even without the debtor's consent and the priority given to the extra-judicial proceedings through the limitation of court involvement, as well as the shortening of time limits for the faster conclusion of bankruptcy as a final step, can all be considered as cost and time-saving means for the satisfaction of creditors. Additionally, the new regulated profession of Insolvency Administrator ensures the quality and effectiveness of the proceedings.

Polyxeni TSITSONI
Tsitsoni-Vivien Law Office Dispute Resolution
Athens, Greece
tsitsoni@businessgreece.gr



Spécial droit de la robotique
Special law of robotics
Especial derecho de la robótica



*Drone silhouette flying above Paris
city panorama*



Robots et éthique

I Jérôme CAYOL

Le robot est un système technologique complexe qui présente trois éléments essentiels :

- Une capacité à acquérir de l'information grâce à des capteurs,
- Une capacité à traiter cette information grâce à l'intelligence artificielle,
- Une capacité à agir sur son environnement.

Les robots se développent extrêmement rapidement.

Le marché civil des robots est estimé à 10 ou 20 milliards d'euros par an, le marché militaire à 5 millions d'euros. Les robots interviennent dans des champs extrêmement différents. Ils sont présents depuis longtemps dans les usines, ils travaillent aux côtés des humains. Les robots compagnons et domestiques se développent de plus en plus. Leur présence a donné des résultats positifs auprès d'enfants autistes, ou, en Belgique, dans des maisons de retraite.

On trouve également des robots de téléprésence qui permettent à un individu de présenter son avatar à un autre endroit. Ce type de robot est déjà utilisé aux États-Unis pour des présences en classe d'enfants malades.

Les drones et les voitures robots se développent extrêmement vite.

Dans le domaine médical, ils interviennent pour assister les chirurgiens, ils permettent dorénavant de développer des prothèses qui sont couplées au système nerveux du patient.

Enfin, les robots équipés d'armes sont utilisés dans des interventions militaires.

On voit donc que les robots sont présents partout et de plus en plus. Mais leur particularité, c'est d'intervenir maintenant en relation avec les humains et dans les organisations sociales qu'ils ont créées, usines, hôpitaux, crèches, écoles.

C'est la première fois qu'une machine, non seulement a une capacité de décision autonome, mais s'intègre dans la vie sociale.

Dans ces conditions, il est indispensable que ces robots obéissent à des règles éthiques dans leurs relations avec les humains, et ce d'autant plus qu'aujourd'hui, il n'y a pas de règle de droit spécifique applicable aux robots, mais des règles éparées qui s'appliquent aux différents types de robots en fonction de leur activité.

C'est la raison pour laquelle ceux qui travaillent sur la robotique sont à la recherche de règles éthiques, d'où le succès des trois lois d'Asimov définies en 1942 dans une nouvelle intitulée « Cercle vicieux ».

Si l'on veut que les robots aient une conduite éthique, il faut également « expliquer » l'humain aux robots.

Ces lois sont les suivantes :

1. un robot ne peut porter atteinte à un être humain, ni en restant passif, permettre qu'un être humain soit exposé au danger ;
2. un robot doit obéir aux ordres qui lui sont donnés par un être humain, sauf si de tels ordres entrent en conflit avec la première loi ;
3. un robot doit protéger son existence tant que cette protection n'entre pas en conflit avec la première ou la deuxième loi.

Ces lois d'Asimov ont largement inspiré le projet de charte de Corée du Sud pour définir les lignes de conduite éthique sur les rôles et les fonctions respectives des fabricants, utilisateurs, propriétaires de robots et les robots eux-mêmes.

Les fabricants de robots doivent, selon ce projet de charte :

- Veiller à ce que l'autonomie des robots soit limitée afin qu'il soit toujours possible

pour un être humain de reprendre le contrôle,

- Respecter les normes strictes de contrôle de qualité afin de réduire les risques de décès ou de blessures pour l'utilisateur,
- Prendre des mesures pour réduire le risque de dommages psychologiques pouvant être causé aux utilisateurs par des comportements antisociaux,
- S'assurer que les robots sont conçus de manière à protéger les données à caractère personnel par des moyens de cryptage et de stockage sécurisés,
- S'assurer qu'ils sont conçus de manière à permettre la traçabilité de leurs actions.

Même si depuis 2007 le Gouvernement Sud-Coréen n'a pas rendu publique cette charte, elle demeure le premier texte éthique à régir les rapports entre les hommes et les robots.

Les questions éthiques se posent même pour des robots qui effectuent des tâches relativement simples. Ainsi, lorsque le robot NAO distribue des médicaments à des personnes âgées dépendantes, une question éthique se pose dès que le patient refuse de prendre le médicament.

Le robot doit-il respecter d'abord l'autonomie de la volonté du sujet ou privilégier sa santé en insistant pour la prise du médicament ?

Il est important que ces choix éthiques soient des choix explicites qui ne soient pas laissés à la machine ou au créateur de ses algorithmes et enfouis dans sa mémoire.

Si l'on veut que les robots aient une conduite éthique, il faut également « expliquer » l'humain aux robots.

Et là, comme le dit le philosophe Roger-Pol Droit, rien n'est simple :

« Car les machines ne savent absolument pas ce qu'est effectivement une sensation corporelle, ni le fait d'avoir conscience, d'éprouver des sentiments, des désirs, des volontés. Tout ce qui fait notre existence charnelle (avoir chaud, froid, faim, sommeil...) et psychiques (rêver, imaginer, espérer, craindre, désirer...) leur demeure étranger ».

Il faut également leur apprendre cette particularité qu'à l'homme de se tromper toujours et souvent, de prendre des décisions avec leur part d'irrationnel, de prise de risque et d'audace. « Toute décision est une folie » disait Kierkegaard.

Si l'on veut des robots éthiques, il faut apprendre aux robots ce qu'est l'être humain.

Une démarche éthique demande également que les êtres humains sachent qu'un robot n'est qu'un robot et évitent un surinvestissement affectif qui pourrait les conduire, notamment pour les plus faibles d'entre eux, à mettre leur santé, ou même leur vie en danger pour venir en aide à leur robot.

On a vu ainsi un « attachement » dans la guerre d'Irak, des soldats américains pour les robots démineurs.

La Commission de réflexion de la Recherche en sciences et technologies du Numérique d'Allistene (CERNA) a rendu un avis sur l'éthique de la recherche en robotique dont certaines préconisations méritent d'être rappelées et peuvent servir de base à une réflexion éthique sur le robot.

Concernant leur ressemblance avec l'être humain, la CERNA invite à s'interroger sur les effets que pourraient avoir cette imitation, y compris hors des usages pour lesquels le robot est conçu.

Il met en garde contre le danger de brouiller la frontière entre un être vivant et un artefact. Il invite à la prudence sur la communication, l'imitation de la nature et du vivant, notamment parce que l'expression des émotions par un robot est un leurre.

Le CERNA invite à s'interroger sur la généralisation des usages d'exosquelette par des personnes non déficientes pour

obtenir des performances accrues dans la vie quotidienne. Il recommande une réversibilité des usages, la personne « augmentée » doit pouvoir se défaire des dispositifs.

Le Parlement européen vient de rendre public un projet de rapport contenant des recommandations à la Commission concernant les règles sur la robotique.

Le Parlement européen considère que l'Union européenne pourrait jouer un rôle essentiel dans la définition des principes éthiques fondamentaux à respecter lors de la conception, la programmation et l'utilisation des robots et l'intelligence artificielle et lors d'intégration de ces principes dans les règlements et codes de conduite de l'Union.

Figure d'ailleurs en annexe à cette recommandation un code de conduite éthique pour les ingénieurs en robotique.

Le parlement propose les principes suivants :

- bienfaisance : les robots doivent agir dans l'intérêt de l'homme,
- non malfaisance : principe en vertu duquel les robots ne doivent pas nuire à l'homme,
- autonomie : la capacité de prendre une décision en connaissance de cause et sans contrainte quant aux modalités d'interaction avec les robots,
- justice : répartition équitable des bénéfices liés à la robotique et caractère abordable des robots utilisés dans le domaine des soins à domicile et des soins de santé en particulier.

Par ailleurs, le Parlement invite la commission à avoir une réflexion sur le droit de la responsabilité qui devrait être adapté à la robotique et sur la création d'une personnalité juridique spécifique aux robots.

Les robots quittent aujourd'hui les usines pour intervenir dans la vie sociale. Dans ces conditions, une démarche éthique est absolument nécessaire. Les constructeurs de robots en sont parfaitement conscients et savent qu'un robot qui ne serait pas éthique, est un robot menaçant qui risque d'être rejeté par le corps social.

Les robots ne trouveront leur place dans notre société que s'ils ont un

comportement éthique. Se pose alors la question fondamentale : « qui doit être à l'origine de ces règles éthiques » ?

La société peut-elle laisser aux fabricants de robots ou aux grandes entreprises de l'intelligence artificielle le soin de fixer ces règles éthiques ?

Il doit être relevé à cet égard que les géants de l'Internet ont annoncé, le 28 septembre 2016, un partenariat pour définir les bonnes pratiques en termes d'éthique.

Il s'agit d'un partenariat pour l'intelligence artificielle prenant la forme d'une organisation à but non lucratif qui regroupe IBM, Google, Facebook, Microsoft et Amazon.

Il est indispensable que la société civile et la communauté des juristes se penchent sur ces problèmes avant que la législation n'intervienne pour proposer des solutions applicables au niveau européen, sinon, les solutions seront laissées aux géants d'une intelligence artificielle.

C'est un combat pour la démocratie dans laquelle l'Union Internationale des Avocats a toute sa place. Ce numéro spécial a pour ambition d'y contribuer modestement.

Jérôme CAYOL
Président du groupe de travail Droit des
Robots de l'UIA
Cayol Cahen & Associés
Paris, France
jcayol@cca-avocats.com



La privacidad en un mundo robotizado

■ Marc GALLARDO

Robots are commonplace today in factories and battlefields. But drones and social robots are already a reality among us and it is not hard to imagine why this type of robots raises privacy concerns as they are equipped with the ability to sense, process, and record the world around them. Therefore, robots implicate many challenges for our privacy that will need an ethical, technical and legal response. And time has arrived to reflect on it. This article provides a very high profile view on the common risks for privacy associated to the use of robotics applications and how those risks can be adequately dealt or not by the current legal framework.

I- Hacia una sociedad robotizada

Los robots no están únicamente presentes en las fábricas y en las zonas bélicas. Los robots son una realidad entre nosotros y, sin duda, harán parte progresivamente de nuestras vidas, tanto en la esfera pública como privada, hasta tal punto que, muy pronto, los robots interactivos y autónomos tendrán la misma prevalencia y la utilidad que hoy en día tienen los ordenadores personales. Es una cuestión de tiempo, y parafraseando a William Gibson, podría decirse que el futuro de los robots ya está aquí y sólo hace falta que sea distribuido.

Por tanto, es el momento oportuno para reflexionar sobre el impacto y los riesgos que los robots presentan a nivel social, ético y jurídico, y, en especial, para los derechos a la privacidad y a la protección de los datos personales. En este artículo me limito a exponer, de manera muy concisa, los riesgos más comunes para la privacidad derivados del uso de los robots y cómo estos riesgos pueden tratarse adecuadamente o no con la normativa vigente en la materia.

2- Los riesgos para la privacidad y la protección de los datos

Es indiscutible que los robots o ciertos tipos de robots pueden facilitar enormemente

la vigilancia directa de las personas y, por este motivo, el potencial impacto para la privacidad y la protección de los datos personales es enorme.

2.1. Las tecnologías de la vigilancia instaladas en los robots

La mayoría de los robots, bajo diferentes formas, están equipados con un número considerable de tecnologías que magnifican su poder de observación del entorno que les rodea, siendo muy habitual el tratamiento de datos personales asociados al uso de cámaras, micrófonos, sensores biométricos, sensores WIFI, procesadores, sistemas GPS, sistemas de seguimiento mediante tecnología RFID, etc. Estas tecnologías, que evolucionan muy rápidamente, hacen posible que los dispositivos para recopilar datos tengan cada vez más potencia, más capacidad de procesamiento y un menor tamaño, por lo que, muy a menudo, las personas afectadas ni siquiera son conscientes de que están siendo observadas, ni por ello consienten el uso de sus datos de imagen y voz.

acceso, legítimo o ilegítimo, según los casos, a espacios que históricamente han permanecido privados, como el interior de nuestros hogares. A este nuevo impacto, hay que añadir el problema de la seguridad de los dispositivos que conforman los robots porque, como ha ocurrido con el desarrollo del Internet de las Objetos, del cual los robots no están desvinculados en tanto que máquinas conectadas a Internet, los robots son vulnerables a los ataques de los piratas informáticos, con una diferencia importante con respecto a los objetos clásicos: los piratas informáticos que remotamente consiguesen hacerse con el control de un robot social podrían tener acceso a las habitaciones y a los objetos que se encuentren en el hogar y no sólo a ficheros y datos informáticos. Imaginemos, por ejemplo, lo que un pirata informático muy mal intencionado podría hacer si consiguiere manipular un robot doméstico que interactúa con nuestros hijos o si consiguiere que el robot le abriese la puerta de nuestras casas.

En la Unión Europea disponemos de normas jurídicas “globales” y “transversales” sobre el derecho a la protección de los datos personales que se considera un derecho fundamental.

Tomemos como ejemplo los drones. Los más avanzados tecnológicamente pueden sobrevolar amplios territorios a 20.000 pies de altitud y vigilarnos de manera muy precisa sin que nos demos cuenta. Y en cierto modo esta vigilancia puede realizarse con drones que cualquiera de nosotros puede adquirir por un módico precio y que incorporan dispositivos de vigilancia muy intrusivos, que pueden ser utilizados por empresas y particulares con fines muy diversos.

2.2. Los robots conectados y los problemas de seguridad

Una segunda forma de impacto en la privacidad parte del hecho que los robots presentan una nueva oportunidad de tener

En cuanto a estos dos anteriores riesgos que acabo de exponer es posible pensar en normas jurídicas e incluso normas técnicas que tengan por efecto reducir el impacto negativo que el uso de los robots podría generar para la privacidad y protección de los datos de las personas en general. Ahora bien, existen otros impactos que pueden ser más graves, si cabe, a los que me voy a referir seguidamente.

2.3. La dimensión social de los robots

Un tercer efecto ligado a la aparición de la robótica que puede dañar seriamente la privacidad se produce por la dimensión única de los robots en el sentido que

nos pueden parecer “humanos” y tratarlos en consecuencia como tales, incluyendo la sensación de ser observados y evaluados en cierto modo por ellos. Los peligros asociados a esta dimensión social para la privacidad son mucho más difíciles de combatir que los dos riesgos anteriormente señalados.

Los robots entran en nuestros hogares en un espacio que habíamos reservado históricamente a la intimidad y a la introspección, valores ambos que precisamente el derecho a la privacidad protege. Los robots están por ello en una posición única para sustraernos informaciones muy íntimas y muy sensibles, sin olvidarlas jamás puesto que su memoria es “perfecta”. En este contexto, es necesario que, como humanos, podamos desconectar de vez en cuando, para ser nosotros mismos, y precisamente el derecho a la privacidad nos confiere esta protección y reconocimiento de un espacio propio de introspección. Aun así, con los robots corremos el riesgo de perder esta oportunidad de estar solos y provocarnos, al mismo tiempo, situaciones de estrés, enfermedad o mal psicológico, muy difíciles de prevenir o impedir mediante normas jurídicas de protección del derecho a la privacidad y a la protección de los datos de carácter personal.

3- El marco legal vigente en materia de protección de datos y su necesaria evolución

Identificados algunos de estos riesgos, conviene preguntarse sobre los usos de la tecnología robótica y su encuadramiento en la vigente normativa de protección de datos personales, sabiendo que aún estamos lejos de poder aprehender toda la complejidad del desarrollo de la robótica para disponer de una normativa que confiera una protección eficaz del derecho a la privacidad y a la protección de los datos de carácter personal.

Actualmente y, por defecto, el régimen legal de protección de datos de carácter personal recae sobre el responsable del fichero y del tratamiento, de modo que muy pocas disposiciones resultan aplicables al ecosistema de los robots autónomos o más avanzados tecnológicamente. Pensemos, por ejemplo, en vehículos o robots autónomos dotados de sofisticados

sistemas de inteligencia artificial con capacidad para tomar decisiones por sí mismos, basadas, además, en los datos de carácter personal que han recopilado; ¿Quién sería el responsable del tratamiento de los datos? ¿Cómo se trasladaría el régimen legal de protección de datos a este nuevo entorno? ¿Cómo se verían afectados otros derechos “afines” a la privacidad y la protección de datos, como la libertad de expresión y la libertad de asociación?

En la Unión Europea disponemos de normas jurídicas “globales” y “transversales” sobre el derecho a la protección de los datos personales que se considera un derecho fundamental, al igual que el derecho a la intimidad, conforme a los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De modo que los fabricantes de los robots, los creadores de aplicaciones que se pueden instalar en los robots, los propietarios y usuarios de los robots, en función de su implicación en el tratamiento de los datos obtenidos por los robots, estarán sometidos a la normativa en esta materia, representada principalmente por la Directiva 95/46/CE, la cual será plenamente sustituida por el Reglamento Europeo de Protección de Datos, a partir del 25 de mayo de 2018.

Ausencia de un marco legal específico para los robots

Normas jurídicas existentes (insuficiente so inadaptadas al ecosistema robótico)

Autorregulación o ‘Soft Law’ (complementario)

Esta normativa está basada en los principios de consentimiento informado inequívoco, finalidad, etc. que no son fáciles de respetar en el contexto del Big Data y el Internet de los Objetos y, por ello, tampoco en las interacciones humanas – máquinas que soportan estas tecnologías.

Sin embargo, más interesantes se presentan los principios establecidos en el nuevo Reglamento, tales como la Privacidad desde el Diseño (Privacy by design), Privacidad por defecto y las Evaluaciones de Impacto de la Privacidad (PIA’s), los cuales parten de la idea de considerar los riesgos para la privacidad y la protección de los datos desde el momento de la concepción o el diseño del producto o servicio de que se

trate, con el fin de minimizar o incluso eliminar dichos riesgos.

Estos principios, bien aplicados, facilitarán sin duda una mejor protección de estos derechos. Con todo, será necesario crear otras normas específicas que permitan a los fabricantes o responsables de los tratamientos derivados del uso de aplicaciones robóticas comprender y gestionar mejor los riesgos para la privacidad de las personas. Por ejemplo, en el ámbito de la seguridad de los dispositivos conectados a Internet. A tal fin, la autorregulación de la industria (a modo de *soft law*) es un mecanismo complementario a las normas jurídicas tradicionales que podría contribuir a reforzar la protección de estos derechos bajo la forma de normas de normalización técnica, códigos de conducta, etc.

Por último, si convenimos que es necesario crear normas específicas en el ámbito de la robótica para disponer de un marco global y coherente a nivel mundial, no sólo nacional o regional, que permita gestionar adecuadamente los riesgos para la privacidad, es imperativo tener filósofos, robó-éticos y abogados en los debates sobre la evolución de esta normativa para adaptarse a estos nuevos fenómenos o tecnologías tan disruptivas.

4- Conclusión o preludio

Dicho todo lo anterior y como conclusión que, en realidad es un preludio a la cuestión de los riesgos que los robots plantean para la privacidad y la protección de los datos de las personas, pregúntense, como lo hago yo mismo, cuando miren a los ojos de un robot, quien es realmente la persona que les está observando y cómo y para qué utilizará los datos que esté recopilando en ese preciso momento.

Marc GALLARDO
Lexing Spain
Barcelona, España
marc.gallardo@lexing.es



La « personne robot »

■ Jérémie BENSOUSSAN

Advances in robotic technologies, in particular bio-inspired robotics, and the new impetus given to artificial intelligence herald the arrival of intelligent robotic entities. As the purpose of law is to regulate the technical, economic and even social aspects of life, it cannot and will not ignore this emerging phenomenon. It is therefore possible to envisage that the legal approach that restricts access to legal life to only two categories, natural persons and legal persons, can be changed to add a third one, namely intelligent robotic entities, as proposed by Alain Bensoussan.

L'étude du contexte dans lequel s'inscrit cette réflexion (1) offre un cadre d'analyse aux propositions qui peuvent être formulées (2).

I. Le contexte de la réflexion

Elle est menée différemment selon que l'on se situe à l'intérieur (A) ou à l'extérieur de la sphère juridique (B).

A. Le contexte d'analyse juridique

Les juristes – qu'ils soient sensibles et prêts à prolonger la réflexion ou, à l'inverse, hermétiques à cette possibilité – savent que la personnalité juridique n'est pas le propre de l'homme, que l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations n'est pas enfermée dans la qualité humaine. Ils savent également qu'à la faveur de la distinction entre la capacité de jouissance et d'exercice, les personnes morales, sous réserve naturellement de représentation, peuvent exercer leurs prérogatives juridiques et, le cas échéant, les faire sanctionner. C'est ainsi qu'elles sont admissibles à se voir allouer une réparation pour préjudice moral ou qu'elles sont susceptibles de se constituer partie civile. A cet égard, l'étendue de la titularité des droits des personnes morales a donné lieu à une décision de principe de la Cour de cassation française aux termes de laquelle celle-ci a jugé que si les personnes morales « disposent, notamment, d'un droit à la

protection de leur nom, de leur domicile, de leurs correspondances et de leur réputation, seules les personnes physiques peuvent se prévaloir d'une atteinte à la vie privée » (Cass. 1^{re} civ. 17-3-2016, n° 15-14.072). Ainsi, la sophistication du régime juridique qui leur est applicable et leur personnalisation à travers l'accès à des droits qu'on pensait a priori réservés à la personne humaine démontrent que la matière juridique est suffisamment plastique pour donner corps à l'équilibre social voulu par le législateur ou arrêté par le juge.

Les juristes connaissent également la part symbolique qu'impliquerait d'introduire la notion de personnalité juridique dans le règne animal. Ils sont sensibles à l'infléchissement de l'approche civiliste, quant au statut des animaux, qui a consisté à

son propriétaire peut être établie, une partie du régime des biens pourrait être écartée, étant précisé que la justification de cette modulation peut être recherchée dans l'intensité du lien qui les unit à l'homme (et alors, c'est encore l'homme et ses sentiments, plus que l'animal lui-même, qui fonde la modulation¹). Un régime *sui generis* en découlerait, ce qui n'est pas neutre notamment du point de vue de la robotique à vocation sociale puisque si c'est la charge émotionnelle de l'homme qui est protégée, le fait qu'il l'ait placée dans un « réceptacle » animal n'est plus discriminant.

En somme, les juristes distinguent ce qui relève de la technique juridique de ce qui vise à traduire, par l'entremise du droit, une prise de position en termes de valeur.

[...] De nombreuses applications des techniques d'intelligence artificielle sont de nature à être mises en œuvre par des systèmes robotisés.

les qualifier expressément d'« êtres vivants doués de sensibilité » tout en maintenant l'applicabilité du régime des biens à leur égard sous réserves des lois qui les protègent. Ils savent bien que si cette nouvelle articulation ne bouleverse pas l'état du droit positif et que la modification apportée procède d'abord d'une logique déclarative, il n'est pour autant pas entièrement équivalent de soumettre autoritairement l'animal au régime des biens, comme c'est désormais le cas, et de le qualifier de bien meuble, comme le prévoyait le droit antérieur. Car en brisant le lien juridique naturel entre la qualification et le régime associé pour y substituer la consécration de la nature sensible de l'animal associée à un simple renvoi légal, le législateur offre un relai textuel pour s'opposer à l'application d'une disposition tirée du régime des biens qui entrerait en contradiction avec leur nature désormais consacrée. En d'autres termes, parce qu'il s'agit d'un être vivant doué de sensibilité, dont l'unicité pour

B. Le contexte d'analyse non purement juridique

S'il est bien entendu artificiel de prétendre pouvoir enfermer les autres disciplines dans une grille d'analyse unique, on peut toutefois relever un contexte assez anxiogène.

Dans cette approche, déjà mis en compétition par la machine, l'homme ne devrait pas, en plus, concevoir un instrument permettant à la machine de le rivaliser cette fois sur le terrain symbolique de la reconnaissance sociale. Autrement dit, s'il est acquis que l'amélioration de la technique est inéluctable, les avancées réalisées – en matière de robotique mécanicienne comme d'intelligence artificielle – ne doivent pas tromper l'homme sur la nature réelle de la machine et de son couplage avec l'intelligence artificielle (IA) et le droit ne doit pas servir à prolonger cette méprise qui ne se réaliserait qu'au détriment de la personne humaine. Sous ce paradigme,

l'homme et la machine devraient continuer à faire chambre à part à un moment où la robotique de services personnels est technologiquement en état d'intégrer, à grande échelle, l'intimité des foyers (étant précisé que sa version virtuelle, les assistants personnels, l'a déjà rejointe).

On observe pourtant que le rapprochement entre l'homme et la machine qu'il façonne à son image tend à s'accroître. Ce rapprochement, à double détente, a lieu, tant au regard de l'enveloppe extérieure (qui sert naturellement de « corps » au robot), qu'à l'intelligence non humaine qui l'anime (qui lui tient lieu d'esprit).

En premier lieu, envisager le robot sur le plan du « corps » implique de se confronter au vertige anthropomorphe – la célèbre « vallée de l'étrange » décrite par le roboticien Masahiro Mori – qui fige l'homme comme la peur du vide : devant un robot dont la structure mécanique et les traits tendent à le faire passer pour un être humain sans que l'assimilation ne soit parfaite, un sentiment de malaise s'installe. Cette théorie prévoit cependant que le trouble ressenti a vocation à diminuer, voire à disparaître, à partir d'un certain degré de ressemblance. L'angoisse ne se manifesterait ainsi qu'entre ces deux limites (les visages robotiques « ressemblants mais pas assez »), ce qu'une étude récente en psychologie tend à confirmer². Partant du postulat qu'une mise d'argent impliquant un partenaire de jeu est d'autant plus grande que sa confiance en lui est importante, l'étude met en scène des joueurs et des partenaires de jeu virtuels aux traits plus ou moins humains. L'expérience tend à montrer que les visages « presque humains mais pas complètement » sont ceux qui donnent lieu aux mises les plus faibles.

En second lieu, appréhender l'entité robotisée sur le plan de « l'esprit » conduit à se confronter à l'intelligence artificielle dont elle est dotée. Si on admet qu'on peut évaluer un degré d'intelligence sans prendre en compte sa nature, il devient alors possible de l'étalonner à travers les problèmes qu'elle est capable de résoudre, ce qui revient à objectiver la notion d'intelligence par sa capacité à apporter une solution à un problème ou à effectuer correctement une tâche donnée³. Un tel système d'évaluation conduit cependant à

un paradoxe, connu sous le terme d'*AI effect*, qui consiste à repousser sans cesse le plancher à atteindre pour admettre que le qualificatif d'« intelligent » puisse être attribué. A cet égard, chaque fois qu'une avancée est réalisée en matière d'intelligence artificielle, l'effet d'accoutumance est presque immédiat, ce qui conduit à faire sortir le résultat obtenu du champ de l'intelligence artificielle. « À titre d'illustration, le pionnier britannique de l'informatique, Alan Turing, se ralliait dans son article fondateur à l'idée selon laquelle le jeu d'échecs – en tant qu'activité intellectuelle abstraite – pouvait permettre d'étalonner une intelligence non humaine (A. M. Turing (1950), « Computing machinery and intelligence », *Mind* 49 : pp. 433-460). Or, lorsque le supercalculateur Deep Blue de la société IBM est sorti victorieux au mois de mai 1997 de son affrontement face à Garry Kasparov, alors champion du monde en titre, il n'a pas été fait mention d'une machine intelligente mais plus modestement d'une puissance de calcul brute qui, dans ce cadre applicatif précis, a dépassé les capacités humaines »⁴.

2. Éléments de propositions

Sur ces prolégomènes, quel rôle donner au droit ? Ce peut être, d'une part, d'offrir des outils destinés à rendre plus sûre la relation homme-robot et, en conséquence, participer à l'acclimatation du public en insufflant la confiance nécessaire à leur déploiement au bénéfice de l'homme (A). Et peut-être, d'autre part, celui d'arbitrer entre un anthropomorphisme source d'inquiétude et une reconnaissance de la rupture technologique en genèse résultant du couplage entre la robotique et l'intelligence artificielle semi-forte (B).

A. Le défi de l'acceptabilité sociale

Est-on à l'aube d'une époque de communauté de vie avec les robots ? Si c'est le cas, la robotique de service à usage professionnel ou personnel doit relever le défi de l'acceptabilité sociale. Son couplage avec des techniques d'intelligence artificielle, elles-mêmes alimentées par l'explosion quantitative de la donnée disponible et son

Est-on à l'aube d'une époque de communauté de vie avec les robots ?

Pour autant, de nombreuses applications des techniques d'intelligence artificielle sont de nature à être mises en œuvre par des systèmes robotisés. C'est le cas des recherches sur la reconnaissance vocale et la génération de discours, la lecture sur les lèvres, l'identification d'objets ou d'images ou encore les systèmes automatiques de reconnaissance d'états affectifs. L'anthropomorphisme ainsi construit n'en est que plus perceptible.

Finalement, sur le plan scientifique et technique, la ligne de démarcation entre l'homme et la machine est rendue moins nette tant visuellement que fonctionnellement. Les progrès de la robotique mécanicienne, les études menées sur le terrain de la robotique sociale, le travail sur les tissus et le développement des techniques d'intelligence artificielle alimentées par la masse de données à disposition s'inscrivent dans un double mouvement d'intégration des entités robotiques dans le tissu social et d'amélioration de leurs facultés.

traitement à des fins mercantiles ou de surveillance, intensifie encore ce défi.

Permettre l'insertion sereine des robots de service dans le tissu social ou économique implique d'assurer, sur le plan technique, que leur utilisation soit sécurisée. Mais l'acceptabilité par la sécurité peut également trouver un prolongement juridique. En amont, une réglementation spécifique peut imposer des normes en termes de traçabilité, par la mise en place d'un registre dédié⁵. En aval, c'est-à-dire en cas d'accident ou d'utilisation anormale ayant conduit à la réalisation d'un dommage, cela consiste dans le fait de disposer d'un régime d'indemnisation facilitée au stade de l'obligation à la dette (c'est-à-dire dans les rapports entre la victime et ceux sur lesquels pèsent solidairement la charge de l'indemnisation) et d'un régime de responsabilité respectueux de l'impératif d'innovation au stade de la contribution à la dette (permettant de déterminer la part que devra, *in fine*, assumer chacun des

intervenants coresponsables – constructeur, concepteur de l'intelligence artificielle, propriétaire, utilisateur, etc. – à proportion de leur éventuelle faute respective).

Et puisque les éléments de réflexion s'inscrivent dans un contexte technologiquement émergent, il est possible de recourir utilement au droit souple qui pourrait jouer un rôle positif dans l'acceptation des technologies robotiques. Selon le Conseil d'État, il s'agit de l'ensemble des instruments qui, cumulativement, d'une part, « ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion », d'autre part, « ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires » et, enfin, « présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit » (Conseil d'État, « Le droit souple », Étude annuelle 2013, p. 7 à 16).

Cela pourrait consister, en premier lieu, en un système transparent d'autorégulation du secteur de la robotique de service dans le cadre duquel les acteurs s'accorderaient à respecter une stricte éthique dans le développement des produits qu'ils mettent sur le marché, notamment vis-à-vis du respect de la vie privée des utilisateurs. L'objectif serait de faire émerger une vision consensuelle de la robotique de service, respectueuse des utilisateurs.

Le droit souple pourrait être utilisé, en second lieu, comme vecteur de sensibilisation du public sur la spécificité de ces être artificiels qui seront, selon toute vraisemblance, doués d'une liberté décisionnelle et d'une capacité d'apprentissage. Cette sensibilisation pourrait prendre la forme de recommandations d'utilisation et d'un engagement de l'utilisateur à ne pas porter atteinte à l'intégrité du robot, cette règle devenant socialement d'autant plus nécessaire que l'apparence du robot peut, on l'a vu, se rapprocher, de manière parfois troublante, de celle de l'homme. Il n'est pas exclu qu'une protection du robot, par le biais d'un engagement personnel de son utilisateur, – bien que dépourvue d'une sanction juridique explicite – ne produise de meilleurs résultats, par effet d'adhésion, qu'une règle relevant du droit dur et autoritairement imposée.

B. La question du statut

On a vu que la notion de personnalité juridique n'est pas le propre du genre humain et qu'il est possible de concevoir, au regard de la technique juridique, que des entités robotiques dotées d'intelligence (au même titre que les personnes morales) puissent se voir conférer une forme de personnalité juridique singulière alignée sur leurs capacités et leur rôle social. De ce point de vue, le risque de confusion entre le vivant et le non-vivant n'existe pas puisque cette distinction n'a pas de symétrie juridique.

Est-ce pour autant opportun ? L'enjeu, semble-t-il, est de ne pas voir ces entités comme des machines en mieux et des êtres humains en moins bien. Et le droit peut concourir à sortir de cette alternative trompeuse en consacrant leur singularité et en encadrant, lorsque c'est nécessaire, la tendance humaine à « l'anthropomorphisation ». En somme, les reconnaître dans leur singularité tout en marquant clairement leur différence avec le genre humain.

Jérémy BENSOUSSAN

Lexing Alain Bensoussan

Paris, France

jeremy.bensoussan@lexing.law

1 J.-B. Seube, Th. Revet, « L'animal protégé pour lui-même ou pour les sentiments qu'il fait naître ? », chronique droit des biens, nov. 2015 – fév. 2016, Droit et patrimoine, n° 259, p. 68 et s.

2 Maya B. Mathur, David B. Reichling, « Navigating a social world with robot partners: A quantitative cartography of the Uncanny Valley », Cognition 146 (2016) 22–32.

3 « Artificial Intelligence and Life in 2030 : One Hundred Year Study on Artificial Intelligence : Report of the 2015-2016 Study Panel », Stanford University, Stanford, CA, Sept. 2016.

4 Alain Bensoussan, « Informatique, Télécoms, Internet », Editions Francis Lefebvre, chap. « Robotique, intelligence artificielle et drones aériens », 6^e éd. avril 2017.

5 A. Bensoussan, J. Bensoussan, « Le droit des robots », collection Minilex, Larcier, 2015, p. 47 ; Rapport de l'eurodéputée Mady Delvaux, contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique, adopté par la Commission des affaires juridiques du parlement européen le 12 janvier 2017, n° 59, e).

Placez
votre pub ici

En communiquant
dans le
juriste
vous adressez
votre message
aux professionnels
du droit
du monde entier

Contact

Régis LAURENT

Régie publicitaire

SEEP S.A.S.

7, rue du Général Clergerie

75116 Paris

Tél. : + 33 1 47 27 50 05

Fax : + 33 1 47 27 53 06

E-mail : seepp@wanadoo.fr



UIA

www.uianet.org



Autonomously Flying Robots?

I **Attila TIBORCZ**

The article explores some of the legal and regulatory implications of autonomous unmanned aerial vehicles and their application. We will shed light on why drones will become increasingly prevalent and why it is important that we lawyers and regulators play an important role in their development. This time however, we will not focus on the impact that drones may have on core legal practice areas, data and privacy protection. Our objective is to identify the problem with separating the regulatory importance of autonomous and remotely controlled drones.

Introduction

Drones are flying robots. In a technological context, they are unmanned aircrafts that may be remote-controlled or can fly autonomously through software-control using on-board sensors and GPS. The latter type is rather similar to the more and more popular self-driving cars; however, their application range is quite different.

Drones, in the recent past, have been associated with the military but also used in civil roles providing sophisticated solutions for search and rescue situations, delivery services, traffic or weather monitoring, agriculture, firefighting, just to name a few. Hey, you can even take a selfie with a drone, if this is your cup of tea.

Undeniably, the drone industry is growing. The Teal Group's 2015 market study¹ estimates the global aerial drone market over the coming decade to grow from £3.22bn to £11.27bn in 2025, totalling £74.85bn in the next ten years. A May 2016 PwC report estimated the emerging global market for business services using drones at over £102bn². The scope of services that drones could provide for us are only limited by our imagination; nevertheless, we do not have a clear and user-friendly, widely accepted regulatory standard to apply or turn to.

In contrast, it is rather easy to apply traffic regulations to self-driving or even to completely unmanned cars participating in a well-regulated environment. Cars have been with us for a long time and we have had enough time to create effective protocols to address safety and liability. Most drivers possess the necessary knowledge to be able to handle cars at a level sufficient to operate within the framework of the traffic system. We can apply that knowledge to the software controlling these cars to substitute the human factor, and recent test-runs give hope to lazy drivers for a better future.

The regulation of aerial transportation has had different challenges in the past. Even though there are several thousands of airplanes flying in the air as you read this article, the number of vehicles on the world's roads at this very moment is well above the billion threshold; nonetheless, air transportation regulation has been concentrating on activities at relatively higher altitudes, where drones rarely fly.

Then again, due to the wide range of possible applications and the advantages we may gain by using (autonomous) drones, there are and there will be a growing number of situations when a comprehensive regulatory environment would come in handy when drones are involved in causing injuries, damage or being involved in privacy-related problems.

Currently, we do not have an international standard for drones. Countries are trying to implement rules based on existing aviation-related legislation, but autonomous drones are simply not dealt with by legislators. Nevertheless, recently both the US and the EU have started to pay attention to the growing necessity for legal boundaries.

In the United States, the Federal Aviation Administration (FAA) introduced a long-awaited set of provisions designed to minimise risks to other aircrafts and people and property on the ground for routine, non-recreational use of unmanned aircraft

systems. Accordingly, the weight of drones under the law has been limited to 25 kg (55 lbs), they must remain under 122 m (400 ft.) above ground level and within the natural line-of-sight of the operator, they may not fly faster than 160 kph (100 mph) and may not fly over persons not directly involved in their operation. Moreover, the operator must have the necessary certifications and the drone must be registered.

This set of rules is viewed by the industry as a balanced first step by opening the door to widespread use of drones by businesses, but clearly leaves out the possibility of real autonomous operation, hindering the application of drones in one of the most interesting and widely anticipated commercial areas, aerial product delivery. Note that the FAA communicated that autonomous operation is allowed as long as the operator can take over if necessary; however, several other rules, such as the necessity of keeping the drone within the operator's natural line-of-sight renders autonomous operation nearly pointless.

European Union

The European Union hasn't introduced a binding set of rules for the use of drones at Community level. Each EU Member State may adopt its own national rules. The EU jargon refers to drones as remotely piloted aircrafts (RPA) with a mass of 150 kg (330 lbs) or less.

Following the European Aviation Safety Agency's (EASA) Technical Opinion adopted in 2015³ that recommended a risk-based regulatory approach to govern the operation of drones, the European Commission introduced a proposal to replace the current regulation governing drones. The proposal is designed to integrate all drones, regardless of their size, into the EU aviation safety framework. The proposal tries to ensure that the design, production, maintenance, and operation of drones comply with the essential requirements of manned aircraft.

The Riga Declaration on Remotely Piloted Aircraft, "Framing the Future of Aviation,"⁴ which was adopted on 6 March 2015, recognised some key principles to be taken into consideration in the future regulation of drones:

- Drones must be dealt with as a new type of aircraft and any safety rules imposed must be proportional to the risk of each operation.
- There is a critical need for the EU to establish safety rules immediately and to lay down technologies and standards for the integration of drones within civil aviation.
- The protection of privacy of individuals will lead to greater public acceptance.
- The operator of a drone bears responsibility for its use.

With regards to the last principle, the Declaration discusses the issue of insurance, third-party liability, and compensation schemes for victims, all of which fall within the domain of individual EU Members.

The EASA's definition, however, divides the drones into two categories. The ones remotely piloted by a human, and those drones that are "autonomous" meaning those that are controlled by a computer without pilot intervention after take-off. Unfortunately, the second category is outside the scope of the EU's regulation.

The United Kingdom

The UK has a strong regulatory framework, which supports one of the safest aviation industries in the world. These regulations cover all aircraft types including drones, and contain rules on operating drones safely, alongside setting out flying restrictions over sensitive or high-risk sites such as airports, and penalties for misuse. The UK, through the Civil Aviation Authority (CAA), also has in place an operations permission system which ensures commercial companies wanting to use drones, or anyone wanting to test new ways of using drones, do so responsibly and safely. Relevant non-aviation specific rules, including data protection, trespass and terrorism laws, also need to be complied with.

In its discussion papers⁵ to determine the directions of the more specific regulatory

environment, the UK government is focusing its efforts on the three areas:

- Stimulating drone innovation and enterprise in the UK.
- Ensuring safety and operation within the law.
- Moving into the future with drones.

This forward-thinking approach might be a good guideline for other EU Member States as well.

Autonomous Flight is the Inevitable Future

The technological infrastructure in the age of cellular networks and satellites is already provided above. Many innovative manufacturers have already introduced drones capable of autonomous operation and the possible fields of application of self-driving drones are vast:

Monitoring of pipelines and electricity cable networks, performing surveillance of large farms using both imaging and soil-nutrient sensors to troubleshoot problem areas and improve yields, transporting goods, food, medicine, equipment and materials to otherwise hard to reach places, enabling fast reactions to crime, natural disasters and other crises, performing maintenance with the use of 3D printing technology and monitoring open-surface and underground mines are just a few examples where autonomous drones could prove useful.

However, as we have seen from the above examples, autonomous operation is not permitted in a way that would allow the wide-spread civil and commercial use of such drones.

What can we expect? There are strong arguments against self-driving vehicles due to unreliability and as a possible cause of injuries, but the industry is introducing more reliable technologies as we speak. Undoubtedly, drones will be able to safely 'self-drive' soon. Now is the time to start paving the way for the inevitable and to allow ourselves to create regulations based on trial and error, just like we did in the golden era of cars, without hiding behind the ever-present question of (re)liability. By letting the industry innovate, we will reach a point of sufficient reliability faster.

The current regulatory environment of drones adequately deals with the most important safety and liability issues of unmanned aerial vehicles. In our opinion, it is a mistake to ignore autonomously operated drones and hinder innovation by using legislation to limit the possible opportunities for use of drones.

Any new and emerging technology brings with it challenges, particularly when the pace of change is rapid, but in the end, today you will sit in your car and risk a fatal accident in order to buy milk; wouldn't you rather leave it to a drone?

Attila TIBORCZ

TiborcLaw

Budapest, Hongrie

attila.tiborc@tiborcslaw.com

1 <http://tealgroup.com/index.php/teal-group-news-media/item/press-release-uav-production-will-total-93-billion>

2 <http://www.pwc.pl/en/publikacje/2016/clarify-from-above.html>

3 Concept of Operations for Drones: A Risk Based Approach to Regulation of Unmanned Aircraft (May 2015), https://www.easa.europa.eu/system/files/dfu/204696_EASA_concept_drone_brochure_web.pdf

4 <http://ec.europa.eu/transport/modes/air/news/doc/2015-03-06-drones/2015-03-06-riga-declaration-drones.pdf>

5 Unlocking the UK's high tech economy: Consultation on the safe use of drones in the UK https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/579562/consultation-on-the-safe-use-of-drones.pdf



Connected and Automated Cars¹: What are the Legal and Practical Challenges with Regard to Data Protection from a European Point of View?

■ Ulrich ZSCHUNKE & Catherine STARY

Along with electric vehicles, the development of automated and connected driving is the main challenge car manufacturers will have to meet in the years and decades to come.

It is commonly agreed that connected vehicles are vehicles that use a number of different communication technologies to communicate with the driver, other cars on the road as well as roadside infrastructure. Automated (sometimes called autonomous) or “self-driving” vehicles are defined as those in which operation of the vehicle occurs without direct driver input to control the steering, acceleration and braking.

Currently, some automated and connected vehicle technologies are available, but these are only a fraction of what will be available in the future.

According to the Society of Automotive Engineering², vehicle automation may be defined by 6 levels as follows:

- Level 0 – No Automation: The full-time performance by the human driver of all aspects of the dynamic driving task, even when enhanced by warning or intervention systems;
- Level 1 – Driver Assistance: The driving mode-specific execution by a driver assistance system of either steering or acceleration/deceleration using information about the driving environment and with the expectation that the human driver performs all remaining aspects of the dynamic driving task;
- Level 2 – Partial Automation: The driving mode-specific execution by one or more

driver assistance systems of both steering and acceleration/deceleration using information about the driving environment and with the expectation that the human driver performs all remaining aspects of the dynamic driving task;

- Level 3 – Conditional Automation: The driving mode-specific performance by an Automated Driving System of all aspects of the dynamic driving task with the expectation that the human driver will respond appropriately to a request to intervene;

The main argument in favor of the growing digitalisation of automotive locomotion systems lies within the great potential offered in order to improve road safety [...].

- Level 4 – High Automation: The driving mode-specific performance by an Automated Driving System of all aspects of the dynamic driving task, even if a human driver does not respond appropriately to a request to intervene;
- Level 5 – Full Automation: The full-time performance by an Automated Driving System of all aspects of the dynamic driving task under all roadway and environmental conditions that can be managed by a human driver.

A recent study by PWC³ accurately depicts the future as follows: “*The connected car is an interim step on the way to the truly autonomous vehicle – the much-discussed future when driverless vehicles zip about, picking up “users” on demand, safely carrying them to*

their destinations along optimized routes in personalized comfort, dropping them on and then disappearing to their neutral corners. (...)”.

The main argument in favor of the growing digitalisation of automotive locomotion systems lies within the great potential offered in order to improve road safety, along with traffic flows as well as overall efficiency and environmental performance of transport systems. At the same time it will offer drivers and car passengers a “personalized customer experience”.

In this respect, in addition to sensors, cameras and laser systems that monitor the road situation and traffic conditions, cars of tomorrow will have to collect a considerable amount of information about their users and passengers and will ultimately be equipped with a sophisticated machine learning system.

The cars of the future will therefore confront us with many new legal challenges.

Not only do connected and autonomous cars shake up car manufacturers’ business models and revenue streams but, they also bring a shift in liability and require a re-writing of road traffic law.

But most of all the development of connected vehicles depends on the collection, storage

and use of a wide range of data thus raising major privacy, security and data protection issues.

According to the European Automobile Manufacturers Association, most vehicle data is generated within the vehicle control units and mostly consists of technical performance data which helps to ensure the safe operation of the vehicle, checking its proper functioning, identifying and correcting errors and refining and optimising vehicle functions. This data also documents the system status for certain events and records the relevant information for the function. Though most of this data is temporary some operating data is recorded and stored. Besides such technical data, vehicles also contain data that have been introduced by users themselves. Such data may include infotainment settings, convenience settings, navigation destinations, mobile phone address books, etc.

The amount of data produced depends on the degree of automatisisation and connection of the car, and in turn the degree of subjection to data protection laws differs from one data category to the other.

The great amount of data generated by and collected with various data categories using the car's connectivity (i.e. the car driver or, where the car is shared, the car user along with the vehicle passengers) confronts the variety of parties interested in accessing and using the vehicle data (i.e. among others the car manufacturers, car dealers, maintenance service providers, insurance companies, financial and fleet service providers, road infrastructure operators, entertainment and travel service providers, social networks, search engine operators and advertising marketers, etc.) with the following questions :

- Which data may be lawfully collected?
- Who owns / controls the data?
- Who is entitled to access and use it?
- What security measures need to be adopted to keep it safe and who is in charge of implementing security measures?

The compliance with data protection laws and the constraint they impose with regard to the collection, processing and protection of data is very challenging for all the parties

likely to collect, process and store data. This is why in addition to the existing legal framework (1.) local governments and data protection authorities are developing specific regulations (2). At the same time market players from the automotive industry have published guidelines and privacy principles with regard to connected vehicles (3.).

The Existing Legal Framework

On the EU level, the legal framework with regard to personal data comprises various sets of rules among which the **EU General Data Protection Regulation (GDPR)**⁴ entered into force in May 2016 and will apply from 25 May 2018. The GDPR has updated and modernised the principles of both the Data Protection Directive from 1995⁵ and the E-Privacy Directive from 2002⁶.

The GDPR offers a general set of rules on privacy and data protection that may address some of the data protection issues raised in the context of connected and autonomous cars.

The leading principles are summed up under article 5 of the GDPR as follows:

"1. Personal data shall be:

- (a) Processed lawfully, fairly and in a transparent manner in relation to the data subject ("**lawfulness, fairness and transparency**");*
- (b) Collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a manner that is incompatible with those purposes, further processing for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes shall, in accordance with Article 89(1), not be considered to be incompatible with the initial purpose ("**purpose limitation**")*
- (c) Adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed ("**data minimization**")*
- (d) Accurate and, where necessary, kept up to date, every reasonable step must be taken to ensure that personal data that are inaccurate, having regard to the purposes for which they are processed, are erased or rectified without delay ("**accuracy**")*

*(e) Kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for purposes for which the personal data are processed, (...) ("**storage limitation**")*

*(f) Processed in a manner that ensures appropriate security of the personal data, including protection against unauthorized or unlawful processing and against Accidental loss, destruction or damage, using appropriate technical or organizational measures ("**integrity and confidentiality**"). (...) "*

With regard to the principle set out under paragraph 1^a) above, the GDPR further states among others that "Processing shall be lawful only if and to the extent that (...) the data subject has given consent to the processing of his or her personal data for one or more specific purposes".

In this respect, the GDPR obliges the data controller to obtain the consent of the data subject, further forcing the controller to demonstrate that the data subject has consented to processing his or her personal data (article 7) unless for example the data is necessary to perform a contract (article 6).

In other words, the collection and processing of data presupposes that the data subject has explicitly given his or her consent hereto, which in the context of data being collected and processed in a car can be subject to many practical difficulties, like determining who the controller is, when and under which circumstances the data subject's consent shall be collected. Another question pertaining to the subject's consent is how the car driver and/or passenger is supposed to express his consent or objection to the collection of data produced by the vehicle?

The same difficulty applies to point b) and following since the essence of connected cars is to offer their drivers, users and passengers a personalised customer experience which requires algorithms gathering and analysing every data produced by the passenger and/or the car in order to identify and anticipate his or her taste, desires and choices as well as his or her behavior in the future, thus being potentially in contradiction with the principles of data minimisation, accuracy and storage limitation.

Moreover the GDPR sets new rules that will have an impact on the processing of data in connection with connected and automated cars.

In particular, Article 23 of the GDPR obliges the controller at the time of the determination of the means for processing and at the time of the processing itself, *"to implement appropriate technical and organizational measures, such as pseudonymisation, which are designed to implement data-protection principles, such as data minimization, in an effective manner and to integrate the necessary safeguards into the processing in order to meet the requirements of the Regulation and protect the rights of data subjects"* (**Data protection by Design**).

Besides the recently adopted GDPR, the EU offers a legal framework more specifically applying to vehicles, among which the **EU Regulation 2015/758**⁷ (Regulation) establishes the rules of the so called "eCall" initiative.

Article 6 of the Regulation lays down specific provisions related to the privacy of the personal data of the users of the eCall system. In this respect, the Regulation states that any processing of personal data through the eCall system shall comply with the personal data protection rules provided for in the Directives 95/46/EC and 2002/58/EC.

The data processing must be notified to the data subject by the manufacturer: such information is to be provided in the owner manual. Moreover, data must be used only to handle emergencies and must be deleted as soon as it is no longer necessary for such purposes. The Regulation further obliges manufacturers to ensure that the 112-based eCall system is not traceable and not subject to constant tracking. The data in the system must be automatically removed, except for the last three locations recorded which can be kept only as long as necessary to understand the exact location and the direction the car was travelling at the time of the accident. In addition, no one outside the eCall system may have access to the data, and privacy enhancing technologies must be used to minimise risks of privacy violations and misuse.

In parallel with the EU Regulations, most EU countries have adopted specific rules

on data protection and privacy. Since local regulations will anyhow be amended by the GDPR and do not contain any specific dispositions regarding connected and autonomous vehicles, we will not spend further time reviewing national laws or regulations.

The Development of New Regulations

In order to support the development of connected and autonomous vehicles, various countries are beginning to address the data issues associated with connected and automated cars.

In Germany, for example, the federal government wishing Germany to become the leader of Europe's automated traffic systems and vehicles, has released a strategic paper on connected and autonomous vehicles⁸. In this strategic paper, the German government has identified measures and fields of action in various areas among which are IT security and data protection. With respect to data protection, the German government lists a set of principles that should apply with regard to connected and autonomous cars. These principles mostly coincide with those applicable under EU Law (purpose limitation, data minimization, integrity and confidentiality, due information of the data subject, privacy by design, privacy by default).

In France, the French data protection authority (CNIL – Commission Nationale Informatique et Libertés) is currently working on a "conformity package" with respect to connected vehicles and which is elaborated in connection with the stakeholders of the automotive industry, innovative firms from the insurance and telecom sector and public authorities. The release of the conformity package is expected in March 2017 and except for some indications on the working method⁹ the French CNIL has adopted, for the moment no information regarding the content of the forthcoming package has been revealed. The French CNIL merely specifies that the conformity package will take into account three different types of data that are usually generated by autonomous and connected cars¹⁰:

- Data generated and collected in the car and that stays with the car without being communicated to any external service

provider. This kind of data is used to provide the user or driver of the car with information on the car and the driving.

- Technical data generated by the car and shared with the outside world in order to provide the car user or driver with a specific service.
- Data generated and collected in the car is communicated to the outside world in order to cause an automatic action in the car.

On a supranational level, the Article 29 Working Party (G29) has issued an "Opinion 8/2014 on the Recent Developments on the Internet of Things"¹¹. This opinion and the recommendations formulated therein could serve as a basis for a similar analysis to be applied to connected and autonomous cars.

Finally, on 14 April 2016, the transport ministers of all 28 member states signed the **Amsterdam declaration** which lays down an agreement on a joint agenda with European stakeholders to support a certain number of objectives for the development of automated and connected driving in Europe¹². Such principles include among others, to securing data protection and maintaining privacy.

Towards the development of a self-regulatory set of rules:

Prior to the adoption of the GDPR in March 2016¹³, the European Automotive Manufacturers Association (ACEA) released principles of data protection in relation to connected vehicles and services with which the member companies of the ACEA committed to comply.

These principles are as follows:

- **Transparency** of the car manufacturers as concerns:
 - The personal data or the categories of personal data that are processed;
 - The purpose the data is used for;
 - The third party or categories of third parties they may share them with; and
 - The identity of the company or group of companies that governs the data processing (i.e. the data controller).

In this respect the car manufacturers commit to make this information available in a clear, meaningful and easily accessible manner.

- Car manufacturers **give customers the choice** by aiming to design vehicles and services so that, where possible, customers can choose whether to share personal data or not. In this respect they commit to allow customers to de-activate the geolocation functionality for their connected vehicle and in the connected services they offer, except where geolocation data needs to be processed in order to comply with contractual or legal obligations (for example with regard to emergency calls).

It is also stated that only on the basis of a contract, personal data of the customers may be shared with third parties who use this data for their own commercial purpose.

- Car manufacturers always take data protection into account and hereby comply with the “**Privacy by design**” principle.
- **Data security**
- Personal data is only processed in a **proportionate manner**

In addition, in April 2016¹⁴, the ACEA issued a strategy paper on connectivity which aims to set the principles according to which third parties may be authorised to access vehicle data and use it for commercial purposes. These principles are:

- No data sharing without contract or consent;
- No data access without security, safety and liability; and
- No data access without compensation for the vehicle manufacturer.

It must be stressed that this kind of self-regulation by the industry is encouraged by Article 40 of the GDPR.

On a local level, the German VDA (Verband der Automobilindustrie; League of the German Automobile Industry)¹⁵ has similarly to the ACEA issued principles on data protection in relation to connected vehicles. These principles include:

- Transparency;
- Choice of the customers as to the collection and processing of their data; and
- Data Security.

• Conclusion:

Connected and self-driving cars offer a great opportunity for car drivers and users, who in the future will be able to be driven from one point to the other by a totally autonomous vehicle, thus being offered the opportunity to increasingly use their personal data and media on board while driving.

In turn, an increased amount of data will be collected and operated by various interested parties, thus raising many privacy and security challenges which the stakeholders of the automotive industry will have to address effectively if they wish users to be adhering with all the expected benefits.

Yet, along with the expansion of the Internet of Things and the growing digitalisation of the world, data subjects are increasingly confronted with the collection and, if not misuse, at least processing of their personal data. Nonetheless, connected and automated cars can hardly be assimilated with a communications platform or be considered a smartphone on wheels since cars are and will always remain a means of transport, the primary function of which is to bring people safely from one place to the other. Therefore, it is important that any car data is collected, used and shared in accordance with strict privacy and security requirements.

In this respect the recent adoption of self-regulatory rules by car manufacturers' associations on different levels proves that stakeholders of the automotive industry are aware of the fact that managing data effectively is a critical issue that has to be addressed for the sake of competitiveness.

Ulrich ZSCHUNKE

Zschunke Avocats/ Rechtsanwälte (Paris/
Berlin)

Paris, France

u.zschunke@zschunke.com

Catherine STARY

Zschunke Avocats/ Rechtsanwälte (Paris)

Paris, France

c.stary@zschunke.com

I Insofar as technologies pertaining to connected and automated vehicles are common to each other, the present article will be dealing with both technologies simultaneously.

2 https://www.sae.org/misc/pdfs/automated_driving.pdf

3 “ Connected car report – Opportunities, risk, and turmoil on the road to autonomous vehicles” by Richard Viereckl, Dietmar Ahlemann, Alex Koster, Evan Hirsh, Felix Kuhnert, Joachim Mohs, Marco Fischer, Walter Gerling, Kaushik Gnanasekaran, Julia Kusber, Juliane Stephan, David Crusius, Henning Kerstan, Trent Warnke, Manuel Schulte, Jonas Seyfferth, Edward H. Baker Published: September 28, 2016 (<http://www.strategyand.pwc.com/reports/connected-car-2016-study>)

4 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016%0679&from=de>

5 Directive 95/46/EC of 24 October 2015 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

6 Directive 2002/58/EC of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications).

7 http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.123.01.0077.01.ENG&toc=OJ.L:2015:123:TOC

8 <http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/StB/broschuere-strategie-automatisiertes-vernetztes-fahren.pdf?blob=publicationFile>

9 <https://www.cnil.fr/fr/vehicules-connectes-pour-une-utilisation-responsable-des-donnees>

10 Cf. the document issued by the French CNIL on 9 October 2016 describing the progress on the work of the French data protection authority on connected vehicles: “Véhicules connectés: pour une utilisation responsable des données” <https://www.cnil.fr/fr/vehicules-connectes-pour-une-utilisation-responsable-des-donnees> http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp223_en.pdf

11 <https://english.eu2016.nl/documents/publications/2016/04/14/declaration-of-amsterdam>

12 <http://www.acea.be/publications/article/acea-principles-of-data-protection-in-relation-to-connected-vehicles-and-se>

13 <http://www.acea.be/publications/article/strategy-paper-on-connectivity>

14 <https://www.vda.de/de/themen/innovation-und-technik/vernetzung/datenschutz-prinzipien-fuer-vernetzte-fahrzeuge.html>



La protection des données personnelles appliquée aux robots : enjeux et obligations

■ Myriam PIERRAT & Emmanuèle de DAMPIERRE

Un constat : le développement de robots collectant et traitant de plus en plus de données personnelles

Le secteur de la robotique, celle-ci pouvant se définir comme la science et la technique de la robotisation, de la conception et de la construction des robots¹, est en plein essor : entre 2010 et 2014, les ventes de robots ont augmenté de 17 % par an en moyenne². Les robots sont présents dans tous les domaines : santé, agriculture, défense, logistique, domestique, loisirs. Indicateur également significatif, le nombre annuel de demandes de brevets en relation avec la robotique a triplé au cours des dix dernières années³.

A ce jour cependant, il n'existe pas de définition juridique du terme « robot » commune à l'Union européenne. Si, d'une manière générale, le robot peut être défini comme un « *mécanisme automatique à commande électronique pouvant se substituer à l'homme pour effectuer certaines opérations, et capable d'en modifier de lui-même le cycle en appréhendant son environnement*⁴ », force est de constater qu'il a un « caractère protéiforme⁵ » qui rend l'élaboration d'une définition juridique difficile.

Un rapport porté par l'euro-députée luxembourgeoise Mady Delvaux et adopté le 12 janvier 2017 par la Commission des affaires juridiques du Parlement européen formule des recommandations à l'attention de la Commission européenne pour la mise en place de règles de droit civil sur la robotique et appelle à l'adoption d'une

définition européenne commune des robots autonomes et intelligents et de leurs sous-catégories qui prendrait en considération les critères suivants : (i) l'acquisition d'autonomie grâce à des capteurs et/ou l'échange de données avec l'environnement (interconnectivité), l'échange et l'analyse de ces données, (ii) la capacité d'auto-apprentissage par l'expérience et par l'interaction (critère facultatif), (iii) la présence d'une enveloppe physique minimum, (iv) l'adaptation du comportement et des actes à l'environnement, (v) l'absence de vie au sens biologique⁶. Ce rapport sera mis au vote du Parlement européen en séance plénière le 16 février prochain.

et de la finesse des informations qui lui sont communiquées et de l'analyse qu'il est capable d'en faire.

Aux termes de la loi luxembourgeoise du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (telle que modifiée), prise en application de l'ancienne directive 95/46/CE⁷ (ci-après la Directive), une donnée personnelle désigne « *toute information de quelque nature qu'elle soit et indépendamment de son support, y compris le son et l'image, concernant une personne identifiée ou identifiable* ». Dans la lignée de la Directive, la loi luxembourgeoise

Trop souvent la problématique de la protection des données personnelles est abordée en fin de projet ou même plusieurs mois après le lancement du produit ou du service. Cette pratique sera dorénavant sanctionnée plus fortement.

La multiplication des robots et leur sophistication grandissante sont intimement liées à l'augmentation des flux de données et notamment de données à caractère personnel. La tendance est en effet aux robots « intelligents », truffés de capteurs, qui accomplissent des tâches humaines à la place de l'homme. Ces fonctionnalités, rendues possibles grâce à l'intelligence artificielle, reposent en grande partie sur la collecte, la transmission et l'analyse d'une quantité considérable de données personnelles. Comment en effet se rapprocher au plus près des besoins de l'homme si ses habitudes quotidiennes ou de travail ne sont pas connues de la machine ? L'utilité du robot est ainsi tributaire de la personnalisation

ajoute qu'une personne physique « *est réputée identifiable si elle peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, culturelle, sociale ou économique* ».

Le nouveau règlement européen sur la protection des données (ou règlement général sur la protection des données⁸, ci-après RGPD), qui sera applicable dans tous les États membres à partir du 25 mai 2018, reprend la définition de la Directive en prenant le soin de préciser que le nom est une donnée personnelle (ce qui, étonnamment, n'était pas mis en avant dans la Directive) tout

comme un identifiant en ligne ou les données de localisation. C'est dire que les données personnelles sont diverses et que le risque de communiquer des informations personnelles à des tiers sans en avoir conscience est élevé.

Un cadre juridique peu adapté...

Le développement des robots et leur perfectionnement constant grâce à l'intelligence artificielle soulèvent de nombreuses interrogations quant aux règles juridiques auxquelles ils sont ou devraient être soumis. Plus un robot est autonome, plus le cadre juridique existant peut sembler inadapté pour appréhender et qualifier son comportement et ses actes, notamment, en matière de responsabilité⁹. La problématique du régime de responsabilité applicable aux robots et l'opportunité de définir une responsabilité juridique propre aux robots font déjà l'objet de débats doctrinaux et d'une réflexion au sein de l'Union européenne. Ces points ne seront pas abordés dans le cadre de cet article.

Le rapport de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen adopté le 12 janvier dernier constitue les prémices d'une réglementation européenne générale sur les robots. De nombreux commentateurs soulignent l'importance de la mise en place rapide d'un cadre juridique européen afin de devancer les législateurs des États membres et d'éviter par la suite une disparité entre les droits nationaux.

... mais une réglementation européenne en matière de protection des données personnelles déjà fort utile

À l'heure où une demande croissante existe pour l'adoption d'une réglementation générale sur les robots, le RGPD permettra d'ores et déjà d'imposer aux concepteurs et fabricants de robots une série d'obligations visant toutes à préserver la vie privée et l'utilisation loyale et proportionnée des données personnelles des citoyens européens (utilisateurs des robots ou personnes physiques impactées par l'utilisation de robots par des tiers, par exemple, les drones survolant les résidences privées). Il est crucial que les individus gardent la maîtrise de l'usage de leurs données personnelles par des tiers. Il y a tout lieu de penser que l'incidence

du RGPD sera très importante dans le secteur de la robotique où les données personnelles « pullulent ».

Cet ensemble de règles ne doit pas être perçu comme un carcan empêchant le développement de la robotique. Bien au contraire, les acteurs de ce secteur d'activité doivent comprendre que la croissance continue de ce marché innovant dépend de la confiance des citoyens européens à l'égard des robots et de leurs fonctionnalités. Si les individus craignent un usage excessif ou détourné de leurs données personnelles par les fabricants ou concepteurs des robots qu'ils achètent ou envisagent d'acheter, ils seront réticents à donner à ces derniers leurs pleines capacités ou à renouveler leur achat. La conformité au RGPD doit être perçue comme un avantage compétitif et les concepteurs et fabricants de robots doivent, dès maintenant, s'y préparer.

Quelques obligations du RGPD essentielles pour le secteur de la robotique

Nous ne ferons pas une présentation exhaustive des dispositions du RGPD mais mettrons en avant les obligations les plus significatives auxquelles seront soumis les fabricants de robots en tant que « responsable du traitement », c'est-à-dire en tant qu'entité déterminant les finalités (gestion de la clientèle, fourniture des services ou des fonctionnalités, prospection, respect d'obligations légales, etc.) et les moyens du traitement des données personnelles¹⁰.

Dans son avis du 16 septembre 2014 sur les récentes évolutions relatives à l'Internet des objets, le G29 (organe consultatif européen indépendant sur la protection des données et de la vie privée composé des représentants des autorités nationales de contrôle des États membres) a souligné que tous les objets connectés utilisés pour recueillir et ensuite traiter les données de la personne sont considérés comme des moyens au sens de la Directive¹¹. Ce raisonnement devrait rester valable sous le RGPD et peut s'appliquer aux robots.

Certains traitements de données peuvent être sous la responsabilité de responsables conjoints du traitement. Cette situation pourrait être fréquente en matière de robots où les intervenants sont nombreux : concepteurs,

fabricants, distributeurs, utilisateurs exploitant les données collectées par certains robots dotés de caméras (comme les drones).

• Protection des données dès la conception (*Privacy by design*) et protection des données par défaut (*Privacy by default*)¹²

Une des évolutions majeures du RGPD par rapport à la Directive réside dans la diminution des formalités administratives préalables au profit de la prise en considération de la protection des données personnelles dès la conception du produit ou l'élaboration du service. Les autorités nationales de contrôle (au Luxembourg, il s'agit de la *Commission Nationale pour la Protection des Données* - CNPD) ont en effet pris conscience de deux travers : soit les formalités à accomplir avant le début de tout traitement sont ignorées par les responsables du traitement, soit ces derniers mettent toute leur énergie à l'accomplissement de ces formalités et « oublient » de traiter ensuite les données personnelles en conformité avec la législation¹³, pensant qu'ils sont couverts par leur notification/déclaration ou autorisation préalable. Les autorités nationales ne sont quant à elles pas en mesure d'effectuer des contrôles réguliers tant leur activité est consacrée au traitement des formalités préalables. Le changement d'approche apporté par le RGPD est donc bénéfique.

À compter du 25 mai 2018, il sera demandé au responsable du traitement d'appliquer les principes relatifs au traitement des données dès le début de son projet : au moment de la conception du produit ou de la mise en place du service, ce qui nécessite une réflexion en amont pour définir les protocoles et les mesures techniques et organisationnelles qui permettront de protéger les données de manière effective.

Trop souvent la problématique de la protection des données personnelles est abordée en fin de projet ou même plusieurs mois après le lancement du produit ou du service. Cette pratique sera dorénavant sanctionnée plus fortement. Toute donnée personnelle doit en effet être traitée de manière licite, loyale et transparente au regard de la personne concernée¹⁴. En outre la collecte des données personnelles doit être limitée à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées. Il s'agit du principe de la minimisation des données.

Parmi ces mesures devant être mises en place par le responsable du traitement dans le cadre du *Privacy by design*, le RGPD mentionne la pseudonymisation visant à ce que les données personnelles traitées ne puissent plus être attribuées à une personne concernée précise sans avoir recours à des informations supplémentaires, elles-mêmes soumises à des mesures de protection¹⁵ afin de garantir toute son efficacité à la pseudonymisation.

Corollaire du principe de protection des données dès la conception, le principe de protection des données par défaut (*Privacy by default*) requiert que les mesures techniques et organisationnelles mises en œuvre par le responsable du traitement garantissent que, par défaut, seules les données personnelles nécessaires au regard de chaque finalité spécifique du traitement soient traitées¹⁶. L'utilisateur du robot ne doit pas agir pour activer sa protection, cette dernière doit être activée par défaut¹⁷. Le respect de la protection des données par défaut aura donc un impact sur la quantité de données personnelles collectées, l'étendue de leur traitement, la durée de conservation de ces données et leur accessibilité. Les robots devront être conçus de telle manière qu'il appartiendra aux utilisateurs d'activer eux-mêmes les niveaux de personnalisation souhaités au regard des fonctionnalités offertes par les robots. Enfin les personnes concernées doivent être informées de l'identité des destinataires de leurs données personnelles et accepter au préalable cette communication (par exemple si le robot est associé à une interface sur Internet qui permet le partage des données avec des tiers afin de recevoir d'autres services).

• Analyse d'impact et profilage

Les dispositions du RGPD en matière de « profilage » et d'analyse d'impact sont innovantes et auront des conséquences importantes dans le secteur de la robotique.

La notion de « profilage », définie par le RGPD comme « toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la

fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique¹⁸ », pourrait concerner certains robots, notamment, ceux dotés de caméras.

Le RGPD prévoit une obligation à la charge du responsable du traitement d'effectuer une analyse de l'impact des opérations de traitement envisagées sur la protection des données personnelles lorsqu'un type de traitement (en particulier les traitements ayant recours à de nouvelles technologies) est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques compte tenu des caractéristiques spécifiques du traitement¹⁹.

La décision d'effectuer une analyse d'impact revient donc au responsable du traitement qui devra au préalable évaluer le degré de risque causé par son traitement au regard de la protection des données. Cette analyse sera loin d'être facile, notamment pour les entreprises qui n'ont pas pris l'habitude de mener une réflexion sur l'utilisation des données personnelles qu'elles collectent et traitent (celles de leurs salariés, fournisseurs, prospects ou clients). Les lignes directrices du G29 à ce sujet sont très attendues. Les responsables du traitement seront également aidés par les listes des types d'opération de traitement soumis à l'analyse d'impact que les autorités nationales de contrôle devront établir²⁰.

Le RGPD indique les types de traitements qui devront en tout état de cause faire l'objet d'une analyse d'impact : par exemple, la surveillance systématique à grande échelle d'une zone accessible au public ou le profilage sur la base duquel seraient prises des décisions produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne physique ou l'affectant de manière significative (par exemple, le rejet automatique d'une demande de crédit en ligne ou des pratiques de recrutement en ligne sans aucune intervention humaine²¹).

Compte tenu des conclusions de l'analyse d'impact qui sera menée par le responsable du traitement, l'autorité nationale de contrôle pourra être saisie afin qu'elle donne son avis sur le traitement de données envisagé. Ses recommandations devront être suivies et prises au sérieux car les autorités de contrôle seront désormais dotées de pouvoirs étendus pouvant aller jusqu'à l'imposition d'amendes administratives.

• Droit à la portabilité des données personnelles²²

Aux côtés des traditionnels droits à l'information, à l'accès aux données personnelles ou à leur rectification, le droit à la portabilité des données personnelles est un nouveau droit créé par le législateur européen au bénéfice des personnes concernées. Celles-ci pourront désormais récupérer auprès du responsable du traitement « dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine » les données personnelles qu'elles lui auront fournies afin de les transmettre à un autre responsable du traitement²³. Cette disposition vise à la fois à renforcer le contrôle exercé par les personnes concernées sur les données personnelles qu'elles fournissent au responsable du traitement (en y consentant expressément ou en vertu d'un contrat) et à dynamiser la concurrence entre les responsables de traitement offrant des produits ou services similaires.

Le 13 décembre 2016, le G29 a rendu ses lignes directrices concernant ce nouveau droit à la portabilité (accompagnées d'une liste de questions fréquemment posées et les réponses du G29). Il y précise, notamment, que les données personnelles entrant dans le périmètre du droit à la portabilité sont celles qui sont activement et en connaissance de cause fournies par la personne concernée (par exemple, l'adresse postale, le nom d'utilisateur, l'âge) ou celles qui sont fournies par la personne concernée du fait de l'utilisation du service ou du procédé (tels qu'un historique de recherche, des données de trafic ou de localisation ou les battements du cœur enregistrés par un appareil de sport ou de santé). En revanche, les données personnelles dérivées, celles qui sont créées par le responsable du traitement à partir de l'analyse des données personnelles fournies par la personne concernée, ne sont pas visées par le droit à la portabilité (par exemple, les résultats concernant la santé d'un utilisateur ou une cote de solvabilité).

Les responsables du traitement du marché de la robotique auront donc l'obligation de mettre en œuvre ce nouveau droit en distinguant entre les données personnelles utilisées par leurs robots. Cette problématique devra être prise en compte dès la conception du produit pour que le droit à la portabilité des données personnelles soit effectif. Les différents acteurs du marché

de la robotique devront en outre réfléchir ensemble à la mise en place de normes et de formatsinteropérables afin que le droit à la portabilité ne reste pas un « vœu pieux ».

• Droit à l'effacement des données personnelles (« droit à l'oubli »)²⁴

Suite à la jurisprudence *Google Spain* de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE)²⁵, le RGPD consacre le droit à l'effacement des données personnelles dans certaines circonstances, et notamment lorsque la personne concernée retire le consentement sur lequel est fondé le traitement et qu'il n'existe pas d'autre fondement juridique au traitement.

Les responsables du traitement du marché de la robotique devront composer avec ce nouveau droit et devront prévoir une fonctionnalité permettant à la personne concernée d'effacer toutes ses données personnelles communiquées au robot. Cette possibilité devrait renforcer la confiance des consommateurs à l'égard des robots.

• Sécurité encadrant le traitement de données personnelles²⁶

Enfin, dans la continuité de la législation actuelle, le responsable du traitement et son sous-traitant auront l'obligation de garantir la sécurité des données personnelles faisant l'objet d'un traitement. Cette obligation est fondamentale pour les acteurs du marché de la robotique, les risques de piratage et de contrôle à distance des appareils dotés d'une intelligence artificielle étant très élevés.

Le RGPD donne des exemples de mesures techniques et organisationnelles permettant de garantir un niveau de sécurité adapté au risque, à savoir, par exemple, la pseudonymisation et le chiffrement des données personnelles ou la mise en place de procédures visant à tester, analyser et évaluer régulièrement l'efficacité des mesures adoptées pour assurer la sécurité du traitement²⁷. Ces mesures et protocoles de sécurité devront être intégrés aux technologies du produit dès la conception.

Conclusion

On l'a vu, la robotique et ses applications sont un terrain fertile pour le traitement de données personnelles et malgré

l'absence d'une réglementation générale dans le domaine de la robotique, le cadre juridique européen en matière de protection des données personnelles offre de nombreuses garanties. Le rapport précité de la Commission des Affaires juridiques du Parlement européen appelle même la Commission européenne et les Etats membres à s'assurer que les règles de droit civil qui seront adoptées dans le futur soient conformes au RGPD et en ligne notamment avec le principe de nécessité et de proportionnalité du traitement²⁸. L'application du RGPD est un rempart contre l'utilisation abusive et non transparente des données personnelles des utilisateurs ou des tiers impactés, qui, si elle était généralisée, aurait des conséquences très défavorables sur la croissance du marché de la robotique.

Si le renforcement de la confiance des citoyens européens à l'égard du marché des robots ou la préservation d'une image d'entreprise soucieuse de la vie privée et de l'utilisation loyale des données de ses clients n'étaient pas des objectifs suffisants pour les responsables du traitement, il faudra également garder à l'esprit que le RGPD dote, dorénavant, les autorités nationales de contrôle de pouvoirs étendus allant jusqu'aux amendes administratives dont le montant maximal aura un fort pouvoir de dissuasion²⁹.

Myriam PIERRAT

myriampierrat@elvingerhoss.lu

Emmanuèle de DAMPIERRE

emmanuelededampierre@elvingerhoss.lu

Étude Elvinger Hoss Prussen
Luxembourg, Luxembourg

1 <http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/robotique/88770>.

2 European Parliament, Committee on Legal Affairs, *Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics* (2015/2013(INL)), page 3.

3 Idem.

4 Définition donnée par le dictionnaire *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2010.

5 Alain Bensoussan, Avocat au Barreau de Paris, dans un entretien publié au *Recueil Dalloz*, n°28 du 30 juillet 2015.

6 European Parliament, Committee on Legal Affairs, *Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics* (2015/2013(INL)), page 8.

7 La Directive a été abrogée par le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

8 Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016.

9 Si les acteurs du secteur s'accordent à dire que les lois de l'écrivain Isaac Asimov exposées dans ses ouvrages de science-fiction doivent être respectées, aucun texte européen ou international n'a encore vu le jour. Les trois lois d'Asimov sont les suivantes : (1) « Un robot ne peut porter atteinte à un être humain ni, restant passif, permettre qu'un être humain soit exposé au danger. » ; (2) « Un robot doit obéir aux ordres que lui donne un être humain, sauf si de tels ordres entrent en conflit avec la première loi. » ; (3) « Un robot doit protéger son existence tant que cette protection n'entre pas en conflit avec la première ou la deuxième Loi. » Isaac Asimov, *Cercle vicieux*, 1942.

10 Article 4(7) du RGPD.

11 Avis 8/2014, page 12.

12 Article 25 du RGPD.

13 Voir le considérant 29 du RGPD.

14 Article 5.1 du RGPD.

15 Article 4(5) du RGPD.

16 Article 25.2 du RGPD.

17 Voir la fiche « Le Privacy by Design : de quoi s'agit-il ? » sur le site Internet de la CNPD : http://www.cnpd.public.lu/fr/dossiers-thematiques/nouvelles-tech-communication/privacy-by-design/Le-Privacy-by-Design_-de-quoi-s-agit-il/_index.html

18 Article 4.4 du RGPD.

19 Article 35 du RGPD.

20 Article 35.4 du RGPD.

21 Considérant 71 du RGPD.

22 Article 20 du RGPD.

23 Si cela est techniquement possible, la personne concernée peut également demander que ses données personnelles soient transmises directement de l'ancien responsable du traitement (ou prestataire de service) au nouveau. Voir article 20.2 du RGPD.

24 Article 17 du RGPD.

25 CJUE, Grande Chambre, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc., C-131/12*.

26 Article 32 du RGPD.

27 Dans son avis 8/2014 sur les récentes évolutions relatives à l'internet des objets, le G29 mentionne également des « pratiques de sécurité basées sur des restrictions de réseau, désactivant des fonctionnalités non critiques par défaut, empêchant l'utilisation de sources de mise à jour de logiciels non fiables ».

28 *Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics* (2015/2013(INL)), page 11.

29 Selon la disposition du RGPD violée, les amendes administratives peuvent s'élever (i) jusqu'à 10 000 000 EUR ou, dans le cas d'une entreprise, jusqu'à 2 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu ou (ii) jusqu'à 20 000 000 EUR ou, dans le cas d'une entreprise, jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu (Article 83.4 et 83.5 du RGPD).



Liability Issues Related to Robotic Cars

I Miklos KLENANC

According to the 19th Annual Global CEO Survey conducted by PwC in 2016, the vast majority of CEOs agree that there are eight “essential technologies” nowadays, artificial intelligence (AI) being the most important amongst these¹. Thus, it is not a sudden phenomenon that various aspects of AI have undergone scrutiny from a legal point of view as well. In this article, I aim to briefly reflect on certain liability issues related to self-driving/autonomous/driverless cars that, for the purposes of this article, I will refer to as robotic cars.

The reason for this denotation is that from a liability point of view, it is important to highlight that these cars are – in any given moment – driven by AI. In addition, they have all the characteristics of a “smart robot” as defined by the Draft Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, which was prepared by the European Parliament’s Committee on Legal Affairs. Namely, robotic cars do acquire autonomy through sensors (and possibly by exchanging data with their environment, in the case of smart cities), they have physical support (their body), and they adapt their behaviour and actions to their environment (this being the very essence of a robotic car). Finally, even the last, optional criterion listed in the Draft Report, the capability of self-learning, may be present. Thus, theoretically and from a legal/liability point of view, there is no need to distinguish cars that are not driven by humans from smart robots.

It seems to be self-evident that liability issues related to damage caused by having a robotic car depend upon the degree of autonomy of the robotic car in question, that is, if the human driver is able to interfere or, where there is no human driver, the human passenger is unable to drive the car.

Up until the point when the human “driver” is no longer able to interfere with the process of driving, the case at hand is not overly complicated: should the car come

across a potentially dangerous situation, it is the responsibility of the human driver to avoid or solve it. But what happens when there are no drivers anymore, and one can find only robotic cars with full autonomy (meaning their passengers are absolutely unable to influence the driving itself) on the streets and motorways? It could be argued that in this “new world” – especially if the concept of smart cities, including Vehicle to Infrastructure (V2I) communication, is implemented – potentially dangerous situations would not arise, since the V2I and V2V (Vehicle to Vehicle) communication will make sure that all the rules are obeyed, and any kind of potential danger is noticed in due course and all traffic participants are notified immediately. In such an ideal world, robotic cars would not need to be programmed to make ethical decisions: how to act (or not to act) if either action (or omission to act) by the robotic car would result in fatality.²

In my view this is not the case, since even in the above-referenced “ideal world”, the rules of physics would still apply. Namely, breaking and stopping distance would still play a major role in the occurrence of accidents, e.g. where a pedestrian suddenly crosses the path of a vehicle within the vehicle’s breaking/stopping distance. (Let us now put aside the idea of Vehicle to Pedestrian – V2P – communication, which would arguably provide a solution for protecting pedestrians against a collision with a vehicle³ – it is not clear how this solution would be of help in the case of wilful action by a pedestrian i.e. if s/he intentionally jumped in front of a car.)

Thus, we can conclude that for robotic cars, making “ethical” decisions (as referred to above) seems to be inevitable. The question of who shall be liable for such decisions evidently arises, and this leads us to an even more important question: according to what rules should the AI be programmed in such cases?

In my view, this question can actually be answered on the basis of the currently effective legal rules – though we must bear

in mind the differences between common law and continental law regimes. The legal instrument that can serve as a tool in this case is that of necessity, and I will use it in this article as construed under the continental legal systems. Its foundation comes from the age of enlightenment when the basic idea was born of each individual being equal. This thesis translated in the law as a rule of not being allowed to cause greater damage than someone is threatened to suffer – on the condition that the person is not under an unlawful attack.

In Hungarian law, necessity is recognised as a condition that serves to exclude a person’s criminal liability. In other words, no-one may be convicted of a crime if s/he was saving herself/himself or other person(s) from an imminent danger otherwise not possible to eliminate (and which was not caused by an unlawful attack), provided that while doing so s/he was not causing greater damage than that which may be caused by the danger s/he was fighting against⁴.

If we apply the above to a situation where a robotic car has to decide between two scenarios, both of them causing fatalities, and where scenario (A) would result in its sole passenger being killed, while scenario (B) would result in one pedestrian being killed, it would be lawful for the robotic car to choose scenario (B) and spare its passenger’s life. If, however, we modify scenario (B) and include two pedestrians instead of one, the robotic car (provided that there is no unlawful attack from the pedestrians) would be required by law to choose scenario (A) and save the lives of the two pedestrians, since otherwise it would be causing greater harm than it was trying to avoid. (For the sake of completeness, it has to be mentioned that under Hungarian law, a person cannot be punished if s/he caused greater harm because s/he was unable to realise the extent of the harm, due to being afraid or upset for an acceptable reason. It is however not clear whether such a rule could be in any way applied to a robot/AI.)

Are Autonomous Drones the Future?



■ Alexandre CASSART
& Jean-François HENROTTE

Now, after stating the above, the question arises: who would buy a car programmed to – in certain cases – kill its passenger(s)? Actually, we have very specific answers to this question at hand: a scientific study⁵ showed that according to the majority of the participants, robotic cars should be programmed in a way that ensures that in a situation where every scenario is fatal, the car chooses the scenario resulting in the fewer number of deaths. Well, at least until the participants were asked whether they would buy a robotic car programmed in such a manner – “participants were vastly less likely to consider purchasing an AV with such regulation than without”.

It seems that car manufacturers are not willing to go against human nature (the survival instinct) either: following the fatal accident of Tesla, quite a few executives of companies having various driving support systems declared that they (meaning: their companies) are definitely ready to take full responsibility in case their systems cause an accident.

In summary, it is clear that the current legal framework may not be the best to suit the rapidly changing world that anticipates the presence of robotic cars on the streets. Logically, legislative action will be required. And what is the role of a lawyer in this situation? We have to pose the legal questions that need answers, identify the risks, manage liability issues and channel the needs of the industry in the course of law-making.

Miklos KLENANC, LL.M.
Attorney-at-law
Réti, Antall & Partners Law
Firm PwC Legal
Budapest, Hungary
miklos.klenanc@hu.pwclegal.com

1 <http://www.pwc.com/gx/en/issues/technology/tech-breakthroughs-megatrend.html>.

2 <http://www.technologyreview.com/s/539731/how-to-help-self-driving-cars-make-ethical-decisions>.

3 <http://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00992759/document>.

4 Article 23 of the Hungarian Criminal Code (Act C of 2012).

5 <http://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1510/1510.03346.pdf>.

Les drones commencent à peine à voler légalement que certains les veulent déjà intelligents. Si un drone militaire autonome déferait toutes les règles éthiques et juridiques, certains y travaillent activement. L'autonomie des drones civils, par contre, pourrait être un développement d'avenir. Toutefois, si les récentes législations belges et françaises, ainsi que le projet de Règlement européen, abordent cette possibilité, c'est pour l'interdire ou la limiter à quelques routines automatisées. Il n'existe pas de volonté législative d'avancer sur ce sujet à bref ou moyen terme.

daily intelligence and combat missions around the world, mainly for the USA and Israel.

The deployment of drones for civilian use dates back to the 1970^s, but the public did not really realize the possibilities offered by these devices until the years 2010. Since then, interest in drones and their possibilities have been growing. The market potential is estimated in billions on an annual basis. PwC, a consultancy, has recently calculated that unmanned aircraft solutions could replace existing technologies in different industries (civil engineering, agriculture, etc.) worth \$ 127 billion².

Indeed, there is currently no European regulatory text that specifically governs issues related to drones: certification, airworthiness, operations, registrations, etc.

I- Introduction

A- History

Unmanned aircrafts are zooming everywhere. Full of technology, they seem like live science fiction. However, underneath their shiny hoods and rotors, they are quite old tech¹. Indeed, the first military prototypes were built in the beginning of the twentieth century, and the Paris Convention on Civil Aviation of 1919 already addressed the regulation of unmanned aircraft. Since then, there has been great progress in research. After the Second World War, the first large-scale experiments were organized and since the end of the 1990^s, military drones have been carrying out

B- Terminology

Drone related literature is rigged with many acronyms. Amongst these, UAV and RPAS are of the most commonly used. The acronym UAV, mostly used in American literature, comes from the terms *Unmanned Aerial Vehicle* and designates, as the name suggests, an unmanned aircraft. The acronym UAS (*Unmanned Aerial System*), also abundantly used, designates the system that allows the use of an aircraft – that is to say the aircraft as well as the piloting and communication devices.

The European literature rather use RPA or RPAS, that stands for *Remotely Piloted*

Aircraft or Remotely Piloted Aircraft System. This denomination focuses on the concept of remote control and, therefore, exclude, *per se*, the notion of autonomy.

2- A quick overview of civil drone law³

A- Drones in the EU

The Article 4 and the Annex II (i) of the Regulation (EC) No 216/2008 of February 20, 2008 concerning common rules in the field of civil aviation establishing a European Aviation Safety Agency (EASA) define the allocation of the regulatory competence related to drones between the European Union and the Member States.

Through this Regulation, European Union only regulates drones that have an operating mass exceeding 150 kg, leaving to the Member States the authority to regulate the activity of drones of lower mass. However, the European Union has not made use of its legislative power yet. Indeed, there is currently no European regulatory text that specifically governs issues related to drones: certification, airworthiness, operations, registrations, etc.

Nevertheless, the EASA has been working hard on this topic. Following the publication of a Concept of Operation on May 29, 2015 and an Advance-NPA on July 31, 2015, the Agency has adopted a Technical Opinion in December 2015. Based upon these previous works, the EASA has drafted a 'Prototype' Commission Regulation on Unmanned Aircraft Operations⁴.

This prototype Regulation is a regulatory framework for all unmanned aircraft (UA) which is operation centric and risk- and performance-based. It establishes three categories of operations:

- **'open'** is a category of UA operation that, considering the risks involved, does not require a prior authorization by the competent authority;
- **'specific'** is a category of UA operation that, considering the risks involved, identified in an operational risk assessment and taking into account the mitigation measures, requires a prior authorization by the competent authority, except in certain standard scenarios where a prior declaration by the operator is sufficient;

- **'certified'** is a category of UA operation that, considering the risks involved, requires the certification of the UA, a licensed remote pilot and an operator approved by the competent authority, in order to ensure an appropriate level of safety.

In order to enable faster development, the Prototype Regulation focuses on the 'open' and 'specific' categories. The 'certified' category is to be developed in parallel.

Security, privacy, data protection and insurance are not directly addressed by the Prototype Regulation which refers to EU or Members States law, even if issues, such as *geofencing*, are discussed.

B- Drones in Belgium

In Belgium, drone regulation is to be found in the Royal Decree of April 10, 2016 on the use of unmanned aircraft in Belgian airspace. This Royal Decree provides rules for the private and commercial use of drones.

For commercial uses, the Royal Decree organizes two categories of activities based upon the risk of those operations: Class 1 and Class 2.

The Class 2 operations are defined as any aeronautical activities in which an RPA with a maximum take-off mass of less than 5^{kg} is used. It relates to activities such as aerial photography, surveillance and observation, which present a low risk for aviation safety, people and goods on the ground. More than the mass limitation only, the essence of the Class 2 lies in risk assessment. The Class covers only activities with a low level of risk. Moreover, in order to be allowed to operate within the Class 2, the remote pilot must hold a valid certificate, be adequately insured, use a registered RPA and respect privacy.

The Class 1 operations are defined as any aeronautical activities in which an RPA is used and that are likely to pose a moderate or increased risk to aviation safety and/or persons and property on the ground as it is carried out over an area where the safety of third parties is likely to be compromised in case of emergency. It also covers activities that poses a significant risk due to their particular nature and/or the local environment in which they take place. Operations that present an

increased level of risk will fall into the Class 1^A classification, while others will be classified in 1^B.

In order to take part in a Class 1 operation, the remote pilot of an RPAS must hold a valid license. The RPAS must also be registered. In addition, an *ad hoc* certificate of compliance is necessary for Class 1^A operations. The obligations applicable to Class 2 operations are also imposed on operators and remote-pilots in the context of Class 1 operations.

C- Drones in France

The French drone regulation is to be found mainly in three different acts: the Law N° 2016-1428 of October 24, 2016 on the strengthening of the safety of the use of civilian drones, the Decree of December 17, 2015 relating to the design of civil aircraft operating without a person on board, the conditions of their use and the capacities required of the persons using them and the Decree of December 17, 2015 on the use of airspace by aircraft operating without a person on board.

The French regulation determines three classes of activities and four scenarios related to the type of use made with the drones. These categories provide different limitations and obligations.

The three types of activities regulated are classified as follow:

- **Aeromodelling**, for leisure or competition purposes;
- **Experimentation**, for testing or control purposes (excluding model aircraft);
- **Specific activities**, that include all other uses. This category covers the vast majority of commercial transactions.

The four scenarios cover the following situations:

- S-1: any use outside any populated area, with no overflight of a third party, in sight and at a maximum horizontal distance of 200 meters from the remote pilot;
- S-2: any use outside any populated area, without third party on the ground within the zone of evolution, not satisfying the criteria of scenario S-1, at a maximum horizontal distance of one kilometer from the remote pilot;

- S-3: any use in populated areas, with no overflight of third parties, in sight and at a maximum horizontal distance of 100 meters from the remote pilot;
- S-4: any use outside any populated area that does not meet the criteria of scenarios S-1 and S-2.

Any flight outside these four scenarios must be subject to a specific authorization released on the basis of a documented application justifying an acceptable level of safety.

3- Artificial Intelligence and Drones

In every area of science, work and life in general, artificial intelligence is full of promises as well as threats. But sentient unmanned aircraft equipped with weapons are probably one of the most terrifying images one can think of. Nevertheless, the US army has recently tested a swarm of small autonomous drones – luckily unarmed – working and collaborating together to achieve objectives set by their human controller. Smaller and decentralized, they can't be stopped by conventional anti-air missiles. The images of this swarm of collaborative drones dropped from two bombers are somewhat frightening.

So far, if the operations of military drones largely rely upon automatic routines, there is still a human in the loop. Indeed, the kill decision cannot – legally, ethically and usefully – be delegated to an artificial intelligence⁵.

If we were to delegate the charge of making a kill decision to an artificial intelligence, it would have to be able to take a legally and factually relevant decision on the basis of its knowledge of the law of war and of the information that it would extract from moving and complex operation scenes. The technology that would allow this kind of prowess is not yet developed. And shouldn't be.

Autonomous civil drones are less controversial from an ethical point of view, even if they also raise many issues especially, related to privacy and security.

So far, autonomous drones are marginally addressed in EU and Member States' legislation. According to the French Decree mentioned above, an aircraft evolves "autonomously"

when it evolves automatically and no pilot is able to intervene in its trajectory. The Belgian Royal Decree defines autonomous aircraft as unmanned aircraft, which does not permit the intervention of a remote-pilot in real time to manage the flight. EASA's "Prototype" Regulation provides for a "Follow-me mode", defined as an automatic mode of operation of a UAS where the UA constantly follows a device. But practical details of this "Follow-me mode" still imply a remote-pilot.

So far the European, Belgian and French laws exclude the use of fully automatic or fully autonomous drones. However, the regulations they provide allow or, in some cases, oblige the user to automatically perform a preprogrammed set of instructions, e.g. in case of emergency or in case of overflight of forbidden zones (geofencing).

4- Conclusion

In the civil field, we do not see or forecast in the near future any will from the European legislator to authorize the flight of fully autonomous drones. So far, the International Civil Aviation Organization (ICAO), a UN agency, sees the use of autonomous drones as theoretical. The Roadmap for the integration of civil Remotely-Piloted Aircraft Systems into the European Aviation System – the final report of the European RPAS Steering Group published in 2013 – which provides integration milestones until 2028, explicitly excludes the use of autonomous drones. It is therefore unlikely that Member States will authorize such flights on the basis of their residual competence.

It is harder to gauge the willingness of the military to play with such dangerous toys. Some boast of drones embedding machine learning systems that can develop strategies for themselves and adapt their behavior to moving situation in unpredictable ways...

Official American reports on that matter are reassuring. Indeed, they confirm that the allocation of the killing decision has to stay in the sphere of human action and that the researches only focus on appropriate levels of automation in order to assist remote-pilots.

Drones are pieces of technology. They are not good or bad as such. They can benefit

greatly from better automated routines, machine learning, artificial neural network, ... to provide better, more reliable and safer services to their human masters. But can we please think a moment before giving wings to Skynet?

Alexandre CASSART
Lexing Belgium
Brussels, Belgium
a.cassart@lexing.be

Jean-François HENROTTE
UIA Deputy Director - Digital Strategy
President of the UIA Privacy and Rights of the
Digital Person Commission
Lexing Belgium
Liege, Belgium
jf.henrotte@lexing.be

1 See. L. NEWCOME, *Unmanned aviation: a brief history of unmanned aerial vehicles*, Michigan, American Institute of Aeronautics and Astronautics, 2004.

2 PwC, *Clarity from above – PwC global reports on the commercial applications of drone technology*, May 2016, <http://www.pwc.pl/en/publikacje/2016/clarity-from-above.html>.

32 For more information, See A. CASSART, *Droit des drones*, Brussels, Bruylant, 2017, to be published.

4 <https://www.easa.europa.eu/system/files/dfu/UAS%20Prototype%20Regulation%20final.pdf>.

5 For more information, see A. KRISHNAN, *Killer Robots: Legality and Ethicality of Autonomous Weapons*, Routledge, 2009.

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

Directeur de la Publication / Publication Director / Director de la Publicación
Présidente Laurence BORY

Union Internationale des Avocats (UIA)

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

ÉQUIPE DE REDACTION / EDITORIAL TEAM / EQUIPO DE REDACCIÓN

Nicole VAN CROMBRUGGHE,
Rédacteur en Chef / Chief Editor / Redactor Jefe

Jerome ROTH,
Rédacteur en Chef Adjoint / Deputy Chief Editor / Redactor Jefe Adjunto

Franco VILLA,
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
Paolo LOMBARDI

Droits de l'Homme et de la Défense / Human Rights and Protection of Lawyers /
Derechos Humanos y de la Defensa
Carlos FATÁS MOSQUERA ⇌ Martin PRADEL

La Profession d'Avocat / The Legal Profession / La Abogacía
Francis GERVAIS ⇌ Pierluca DEgni

Pratique du Droit / Legal Practice / Ejercicio de la Abogacía
Marc GALLARDO MESEGUER ⇌ Gavin LLEWELLYN

Correspondant Afrique / Correspondent for Africa / Corresponsal Africa
Arthur BALLE

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

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

RÉGIE PUBLICITAIRE / ADVERTISING SALES AGENCY/ AGENCIA DE MEDIOS

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

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

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

Crédit photos / Photos credit / Crédito fotos

Couverture : © TR photos / Shutterstock.com ; Page 1 : © BalkansCat / Shutterstock.com ;
Page 2 (photo haut) : © Pavels / Shutterstock.com & (photo bas) © TR photos / Shutterstock.com ;
Page 10 (photo haut) : emkaplin / Shutterstock.com & (Photo bas) © Kasey Titchener / Shutterstock.com ;
Page 22 (photo haut) : © stoatphoto / Shutterstock.com & (photo bas) : © Yuliya Evstratenko /
Shutterstock, Inc. ; Page 32 (photo haut) : © create jobs 51 / Shutterstock.com & (photo bas)
© Andrey_Popov / Shutterstock.com ; Page 38 (photo haut) : © Joker1991 / Shutterstock, Inc. & (photo bas) ©
Lightspring / Shutterstock, Inc. ; Page 62 (photo haut) : © design36 / Shutterstock.com & (Photo bas)
© Jag_cz / Shutterstock.com



larcier group

www.larciergroup.com

Des ouvrages de référence pour votre métier

-5%

Commandez en ligne sur
www.larciergroup.com et
bénéficiez de 5% de
remise* grâce
au code promo :
PROM-JINT-2017



Règlement européen sur la protection des données

Textes, commentaires et orientations pratiques



Sous la direction de : Alain Bensoussan
Avec la collaboration de : Céline Avignon,
Virginie Bensoussan-Brulé, Chloé Torres
Préface de Isabelle Falque-Pierrotin

> Collection : Lexing - Technologies avancées & Droit
728 p. • 125,00 € • Édition 2016



Droit bancaire et financier européen

Tome 1 - Cadre général - Les établissements de crédit



Philippe-Emmanuel Partsch

> Collection : Europe(s)
750 p. • 115,00 € • 2^e édition 2016



Découvrez l'ouvrage
en vidéo

* Cette réduction est valable jusqu'au 30/06/2017 inclus.

Les offres spéciales ne sont pas cumulables entre elles. Votre code promo ne peut être utilisé que sur le site www.larciergroup.com, dans la limite des stocks disponibles. Les abonnements ne sont pas inclus dans la promotion.

Tous nos ouvrages sur www.larciergroup.com



strada lex
EUROPE

Ouvrages disponibles
en version électronique
sur www.stradalex.com

INFORMATIONS ET COMMANDES
Larcier Distribution Services
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
T 0800/39 067 (Belgique)
+32 (0) 2/548 07 13 (depuis l'étranger)
F 0800/39 068 (Belgique)
+32 (0) 2/548 07 14 (depuis l'étranger)
commande@larciergroup.com

SOFTWARE FOR LAWYERS AND LEGAL DEPARTMENTS

CICERO LawPack is specialized in software for lawyers for over 30 years. Because of a very personal approach and the continuous improvement and development of new applications we make your work easier and more efficient.

Benefit from our cloudsolution. All your devices connected and synchronised:



Discover the possibilities of CICERO LawPack

www.cicerosoftware.com
sales@cicerosoftware.com

