

2018.1

juriste

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

Union Internationale des Avocats

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



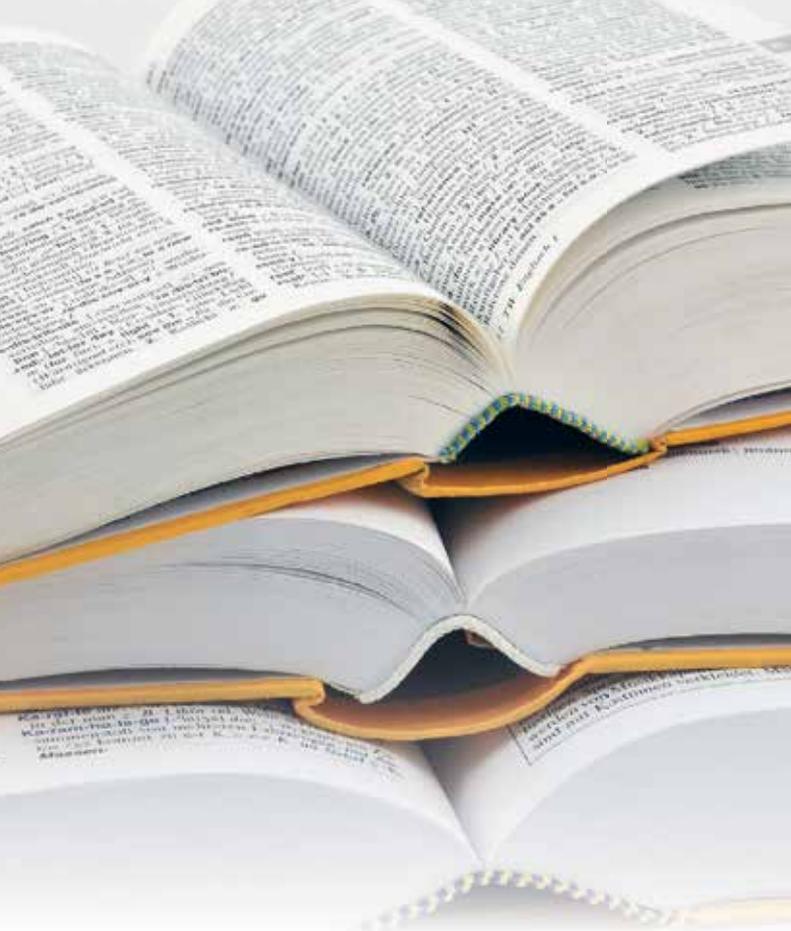
Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados



**Special
Issue on
LegalTech**



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



Table of contents Sommaire Indice

Table of contents | Sommaire | Indice | 2

President's Editorial 3 Éditorial du Président 4 Editorial del Presidente 5 Message from the Editor-in-Chief 7 Message du rédacteur en chef 8 Mensaje del Redactor Jefe 9

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

L'UIA à Fès 11 L'UIA à Beyrouth 13 The UIA in Poznan 14 The UIA in Mexico 15 25^e anniversaire du Forum Mondial UIA des Centres de Médiation 16 L'UIA à Kinshasa 18 UIA / LexisNexis Publications Collection 19

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

Les enjeux des concepts de « pays tiers sûrs » en matière d'asile 23 « Les victimes sont au cœur du travail de la Cour » Mais avec quels droits ? 26 Responsible Growth: The Business and Economic Incentive for the Advancement of the Rule of Law and Protection of Human Rights 28 Concours international de plaidoiries des avocats pour les droits de l'homme 30 Deux ans sous état d'urgence 31

The Legal Profession | La Profession d'Avocat | La Abogacía | 34

La voix des barreaux 35 En route vers une Convention européenne sur la profession d'avocat 36 Pour mieux défendre l'indépendance de la Justice dans le monde entier, un nouveau statut universel du juge 37

Special issue on LegalTech | Dossier spécial sur les LegalTech | Sección especial sobre LegalTech | 42

The Impact of Technology on the Practice of Law 43 Justice prédictive : que prévoit-on pour les juges ? 49 L'intelligence artificielle au service des avocats : comment quantifier l'aléa judiciaire 53 Le rôle ou la responsabilité de l'Ordre dans le développement de l'intelligence artificielle au service des avocats 55 Le numérique et l'avocat 57 LegalTech or How Advocacy will Change in the Upcoming Years 58 The Data-Driven Lawyer and the Future of Legal Technology 59 La transformación digital de los despachos y las redes sociales para abogados 61 Technology, Globalization and the Future of Law: A Brief Overview 67

Legal Practice | Pratique du Droit | Ejercicio de la Abogacía | 70

Pet Law and Custody 71 Photography, the First Amendment and Privacy 74 Quelles lois pour lutter contre les fake news ? 77 Brussels International Business Court – vers un tribunal commercial international anglophone à Bruxelles 80 Litigation Notes on Bitcoin and Other Cryptocurrencies 83



Editorial





President's Editorial

I Pedro PAIS DE ALMEIDA

Are Lawyers on the Verge of Extinction?

Until the 1980s, the only pieces of technology at a lawyer's office were the telex machine, alongside mechanic and then electric typewriters, and of course, a phone.

In those days, a letter sent abroad could take between one and two weeks to arrive and the addressee would take another one or two weeks to reply.

In August 1990, when I started as a trainee lawyer at my father's law office (a sole practitioner at that time), the only piece of technology, recently installed, was the fax machine, which exclusively required thermal paper that would resist neither to direct sunlight nor to time.

The introduction of the fax machine radically changed lawyers' lifestyle. A letter received by fax could be responded to almost immediately; and then came the development of personal computers.

In October 1990, IBM introduced the PS/2 Model 90 XP. The price of this PS/2 model was US\$ 12,495.00, a fortune at the time and today a high-tech antique that would only belong in a museum.

Nowadays, a powerful, quicker and very performing personal computer would cost less than US\$ 1,000.00 and we live in a world where we expect that any e-mail message received is to be answered on the same day.

On March 4, 2011, the headline of an article published in the *New York Times* read: "Armies of Expensive Lawyers, Replaced by Cheaper Software."¹

On September 14, 2017, an article published in the *Washington Post*² announced that Atrium, a Silicon Valley start-up incorporated as a law firm, wanted to replace lawyers with robots³. In this law firm, lawyers and paralegals work side by side with engineers,

all wearing T-shirts and jeans. Lawyers answer routine legal questions and engineers extract "bits of information from the conversations and the documents exchanged. They're trying to build technology that will ultimately automate that work - and replace some of the human beings who are doing it."⁴

According to the McKinsey Global Institute Study⁵, "about 60% of occupations have at least 30% of their activities that are automatable". Lawyers are included under the category of Professionals, and therefore up to 35% of lawyers' tasks could be automated.

Others, like Frank Levy⁶, are more optimistic about the future of lawyers⁷. "In an analysis of actual legal work practices from billing invoice data, the researchers estimated that about 13 percent of all legal work might ultimately fall prey to automation."⁸

Despite this, we have to bear in mind that there are websites such as LegalZoom and RocketLawyer that are already providing basic online legal services, like incorporation of companies, registration of trademarks, drafting wills, rental, lending or purchase of property agreements and divorce agreements, without the direct involvement of a lawyer. Then again, both companies offer the possibility of having direct consultation with a lawyer. LegalZoom even specifically mentions on their website, that "[They]ve helped over 2 million people get the help they need".

Some still believe that Artificial Intelligence (AI) will never replace lawyers, but that legal services should be automated as much as possible in an attempt to reduce prices and increase access to legal advice.

Others argue that technology may threaten clients' interests and undermine the core values of this regulated profession to the detriment of the fundamental right of access to justice.

As we know, technology will keep evolving at an increasing pace, so the

business model used by lawyers needs to change and adapt to the 21st century.

We cannot predict the future, but I would share a few ideas. The hourly rate fee structure is ending, and is progressively being replaced by a fixed fee system. More consolidation may happen, including international mergers under umbrella brands, thus creating a stronger and more dispersed geographical market presence. We may see an increased specialization in fields that are less compatible with online technology resources, such as judicial and arbitral proceedings for example, but also the increase of niche specialized law firms. More flexible working arrangements, increasing teleworking, cloud technology and virtual law firms can also take on a greater role in the practice of law.

Simultaneously, it is important to establish an effective international regulatory structure that could regulate legal and technical expertise for the legal profession, independently of being directly carried out by lawyers or robots, as this may end up being the only way to truly protect individual rights and to defend the core values of our legal system.

Pedro PAIS DE ALMEIDA
President of UIA

1. John Markoff, Armies of Expensive Lawyers, Replaced by Cheaper Software, N.Y. TIMES, March 4, 2011, at A1.

2. Article available at https://www.washingtonpost.com/news/innovations/wp/2017/09/14/silicon-valley-startup-wants-to-replace-lawyers-with-robots/?utm_term=.786278a903f7.

3. Article available at https://www.washingtonpost.com/news/innovations/wp/2017/09/14/silicon-valley-startup-wants-to-replace-lawyers-with-robots/?utm_term=.e437f069cd1e

4. Article above, note 4.

5. A Future that Works: Automation, Employment and Productivity, January 2017.

6. †Professor emeritus at the MIT.

7. Georgetown Journal of Legal Ethics titled, "Can Robots be Lawyers," Frank Levy and co-author Dana Remus.

8. Article at the New York Times, Bits, The End of Lawyers? Not So Fast. By John Markoff, 4 January 2016.

Editorial du Président

I Pedro PAIS DE ALMEIDA

Les avocats sont-ils au bord de l'extinction ?

Jusqu'aux années 1980, les seuls éléments de technologie dans un cabinet d'avocat étaient la machine à télex, à côté des machines à écrire mécaniques et électriques, et bien sûr, un téléphone.

À cette époque, une lettre envoyée à l'étranger pouvait prendre entre une et deux semaines et le destinataire prenait encore une ou deux semaines pour répondre.

Au mois d'août 1990, lorsque j'ai commencé à travailler comme avocat stagiaire au cabinet de mon père (un praticien exerçant seul à l'époque), le seul élément technologique, récemment installé, était le télécopieur, qui exigeait exclusivement du papier thermique et qui ne résisterait ni à la lumière du soleil ni au temps.

L'introduction du télécopieur a changé radicalement le mode de vie de l'avocat. Une lettre reçue par fax pouvait être traitée presque immédiatement ; puis l'utilisation des ordinateurs personnels s'est développée.

En octobre 1990, IBM a introduit le modèle PS/2 90 XP. Le prix de ce modèle PS/2 était de 1 2495 USD, une fortune à l'époque et aujourd'hui une antiquité de haute technologie qui n'appartiendrait qu'à un musée.

De nos jours, un ordinateur personnel puissant, rapide et très performant coûterait moins de 1 000 USD et nous vivons dans un monde où l'on s'attend à ce que tout message électronique reçu reçoive une réponse le même jour.

Le 4 mars 2011, un article publié dans le *New York Times* portait le titre suivant : "Armies of Expensive Lawyers, replaced by Cheaper Software" (Des armées d'avocats chers, remplacées par du logiciel bon marché).

Le 14 septembre 2017, un article publié dans le *Washington Post* annonçait qu'Atrium, une start-up de la Silicon Valley enregistrée en tant que cabinet d'avocats, souhaitait remplacer les avocats par des robots. Dans ce cabinet d'avocats, les avocats et les assistants juridiques travaillent côte à côte avec les ingénieurs, tous portant des T-shirts et des jeans. Les avocats répondent à des questions juridiques de routine et les ingénieurs extraient des « bribes d'informations des conversations et des documents échangés. Ils essaient de construire une technologie qui finira par automatiser ce travail – et remplacer certains des êtres humains qui le font actuellement. »

Selon l'étude de McKinsey Global Institute, « environ 60 % des professions ont au moins 30 % de leurs activités qui sont automatisables », les avocats sont inclus dans la catégorie des professionnels, et donc jusqu'à 35 % de leurs tâches pourraient être automatisées.

D'autres, comme Frank Levy, sont plus optimistes quant à l'avenir des avocats. « Dans une analyse des pratiques de travail juridiques réelles à partir des données de facturation, les chercheurs ont estimé qu'environ 13% de tout le travail juridique pourrait finalement devenir la proie de l'automatisation. »

Malgré cela, nous devons garder à l'esprit qu'il existe des sites Web tels que LegalZoom et RocketLawyer qui fournissent déjà des services juridiques en ligne, comme la constitution de sociétés, l'enregistrement de marques, la rédaction de testaments, les contrats de location, de prêt ou de l'achat de propriétés, et les accords de divorce sans la participation directe d'un avocat. Or, les deux sociétés offrent la possibilité d'avoir une consultation directe avec un avocat. LegalZoom signale sur son site Web que « [ils] ont aidé plus de 2 millions de personnes à obtenir le soutien dont ils ont besoin ».

Certains croient encore que l'intelligence artificielle (IA) ne remplacera jamais les avocats, mais que les services juridiques devraient être automatisés autant que possible afin de réduire les prix et d'accroître l'accès aux conseils juridiques.

D'autres soutiennent que la technologie peut menacer les intérêts des clients et saper les valeurs fondamentales de cette profession réglementée au détriment du droit fondamental d'accès à la justice.

Nous ne pouvons pas prédire l'avenir, mais je partagerais quelques idées. La structure tarifaire à taux horaire arrive à son terme et se fait progressivement remplacer par un système de frais fixes. Une plus grande consolidation pourrait se produire, y compris des fusions internationales sous des marques globales, créant ainsi une présence géographique commerciale plus puissante et plus dispersée. Il est possible que l'on voie une spécialisation accrue dans des domaines moins compatibles avec les ressources technologiques en ligne, comme, par exemple, les procédures judiciaires et arbitrales, mais aussi l'augmentation du nombre de cabinets d'avocats spécialisés de niche. Des modalités de travail plus souples, l'augmentation du télétravail, la technologie de l'information en nuage et les cabinets d'avocats virtuels peuvent également jouer un plus grand rôle dans la pratique du droit.

Simultanément, il est important de mettre en place une structure réglementaire internationale efficace capable de réguler l'expertise juridique et technique pour la profession d'avocat, indépendamment d'être directement exécutée par des avocats ou des robots, car cela pourrait être le seul moyen de protéger véritablement les droits individuels et de défendre les valeurs fondamentales de notre système juridique.

Pedro PAIS DE ALMEIDA
Président de l'UIA

I Pedro PAIS DE ALMEIDA

¿Están los abogados al borde de la extinción?

Hasta los años 80, la única tecnología que encontrábamos en un despacho de abogados era el fax, las máquinas de escribir mecánicas y después electrónicas y, naturalmente, un teléfono.

En aquellos días, una carta podía tardar una o dos semanas en llegar al extranjero y el destinatario tardaría a su vez una semana o dos en responder.

En agosto de 1990, cuando empecé a ejercer como pasante en el despacho de mi padre (que en aquel momento trabajaba solo), el único aparato tecnológico que había, recientemente instalado, era el fax, que solo requería un papel térmico que no resistía ni la luz solar ni el paso del tiempo.

La introducción del fax cambiaba radicalmente la vida del abogado, pues una carta recibida por fax se podía contestar casi de inmediato; y luego vino el desarrollo de los ordenadores personales.

En octubre de 1990, IBM introdujo el modelo PS/2 Model 90 XP. Este modelo PS/2 costaba 12.495,00 USD, por aquel entonces una fortuna, y ahora es una antigüedad tecnológica digna de un museo.

Hoy por hoy, un ordenador personal mucho más potente y rápido costaría menos de 1.000,00 USD y en el mundo en que vivimos esperamos recibir respuesta a un mensaje de correo electrónico en el mismo día.

El 4 de marzo de 2011, el titular de un artículo publicado en el *New York Times* rezaba: « Ejércitos de caros abogados sustituidos por un software más barato ».

El 14 de septiembre de 2017, un artículo publicado en el *Washington Post* anunció que Atrium, una empresa emergente de Silicon Valley constituida como bufete de abogados, pretende sustituir a los

abogados por robots. En este despacho, abogados y asistentes jurídicos trabajan codo con codo con ingenieros, todos en vaqueros y camiseta. Los abogados responden a preguntas jurídicas rutinarias y los ingenieros extraen « pedazos de información de las conversaciones y documentos intercambiados. Están tratando de crear una tecnología que, en última instancia, automatizará ese trabajo, y sustituirá a algunas de las personas que lo hacen ahora. »

Según el estudio del McKinsey Global Institute, « en alrededor de un 60% de las ocupaciones, se puede automatizar al menos un 30% de la actividad ». Este estudio no se refiere específicamente a los abogados, pero estos se engloban en la categoría de profesionales, por lo que hasta un 35% de las tareas de los abogados podrían automatizarse.

Otros, como Frank Levy, son más optimistas acerca del futuro de los abogados . « En un análisis de la práctica jurídica actual elaborado a partir de los datos de facturación, los investigadores estimaron que aproximadamente un 13% de todo el trabajo jurídico puede ser presa de la automatización. »

A pesar de ello, debemos tener en cuenta que hay páginas Web como LegalZoom y RocketLawyer que ya ofrecen servicios jurídicos básicos por Internet, por ejemplo, sobre la constitución de empresas, el registro de marcas, testamentos, contratos de arrendamiento, préstamo o compra de bienes y contratos de divorcio, sin la participación directa de un abogado. Una vez más, ambas empresas ofrecen la posibilidad de consultar directamente a un abogado. LegalZoom incluso indica específicamente en su página Web que « han ayudado a más de 2 millones de personas a obtener la ayuda que necesitan ».

Algunos creen aún que la inteligencia artificial (IA) nunca sustituirá a los abogados, pero que los servicios jurídicos se automatizarán todo lo posible en un intento por reducir los precios y aumentar el acceso al asesoramiento jurídico.

Otros argumentan que la tecnología puede poner en peligro los intereses de los clientes y debilitar los valores de esta profesión regulada en detrimento del derecho fundamental de acceso a la Justicia.

Como sabemos, la tecnología seguirá evolucionando a un ritmo cada vez mayor, por lo que el modelo de negocio que utilizan los abogados debe cambiar y adaptarse al siglo XXI.

No podemos predecir el futuro, pero me gustaría compartir algunas ideas. La estructura tarifaria por hora llega a su fin, y progresivamente se está viendo sustituida por un sistema de honorarios fijos. Puede darse una mayor consolidación, por ejemplo mediante fusiones internacionales bajo marcas paraguas, creando así una presencia geográfica en el mercado más fuerte y dispersa. Es posible que veamos una mayor especialización en campos que son menos compatibles con los recursos tecnológicos en línea, tales como los procedimientos judiciales y arbitrales, por ejemplo, así como un aumento de despachos de abogados nicho más especializados. Una organización del trabajo más flexible, con un aumento del teletrabajo, la tecnología en la nube y los despachos de abogados virtuales pueden desempeñar también un papel más importante en el ejercicio del derecho.

Simultáneamente, es importante establecer una estructura reguladora internacional eficaz que pueda regular los conocimientos jurídicos y técnicos de la abogacía, independientemente de si son abogados o robots los que la aplican directamente, ya que puede terminar siendo la única forma de proteger realmente los derechos individuales y defender los principales valores de nuestro sistema jurídico.

Pedro PAIS DE ALMEIDA
Presidente de la UIA



UIA

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

COM O ALTO PATROCÍNIO
DE SUA EXCELÊNCIA



C. Presidente da República

PORTO

**SAVE
THE
DATE**

October 30 - November 3, 2018

#UIAPorto

Register at: www.uianet.org

Union Internationale des Avocats - 20 rue Drouot - 75009 Paris - France
Tel.: +33 1 44 88 55 66 - Fax: +33 1 44 88 55 77 - Email: uiacentre@uianet.org



Message from the Editor-in-Chief

I Nicole VAN CROMBRUGGHE

In this first issue of 2018, we have decided to devote considerable space to what is known as LegalTech, that is to say technologies that enable the automation of a legal service, whatever it may be, and are an integral part, like artificial intelligence and Big Data, of the digital transition that is predicted to revolutionize our profession.

The report recently presented to the Belgian Minister of Justice, partly inspired by the report submitted in 2016 by Mr. Kami Haeri to the French Minister of Justice, goes so far as to state that these new techniques, and I quote: *“also modify the legal phenomenon itself, by shifting the creation of legal norms – formerly the prerogative of the government – towards a diffuse community of knowledgeable people, able to control the technology’s resources and/or impose ethical norms through their command over communication techniques. The role of lawyers in general and advocates in particular will be entirely different, both in its conception and in its vocation. Lawyers are evolving from legal experts or experts in the knowledge of the rule of law to experts-cum-managers of data having a legal impact”*. In addition, innovation would also affect the philosophical foundation of our profession. That certainly raises some questions.

It is obvious that, even if, as Paulo Bandiera recalls in his article, *“advocacy is still a conservative profession which faces some difficulty in embracing change”*, our profession will have to *“adapt and integrate the digital universe in its organization and its modes of work”*, as Jean-Jacques Uettwiller has stated. But how, and at what cost? To answer these questions, substantive reflection on this digital (r)evolution before which we find ourselves is essential. The answers that will have to be found would include investments in technology that not everyone will be able to make. Moreover, the evolution that is bearing down on us is not without risks for the independence which constitutes one of the fundamental values of our profession. In this respect, the intervention of a policy initiative, at the very level of the reflection process, raises questions. Isn't there a risk of the politicians taking the initiative

to *“present a vision of the future for legal professions,”* as the Belgian Minister of Justice wishes? The importance of action on this issue by the profession’s governing bodies, as Jean-François Henrotte has pointed out, but also by each of us, seems crucial.

Be that as it may, the significance of the digital phenomenon cannot be ignored and the articles devoted to the issue in this edition remind us of this. The article by Murray Levin and David Gallagher, which highlights the progress already made in the United States, is of particular interest in this regard.

Of course, our columns also largely echo our association’s many activities, including the first book published by UIA in the UIA-LexisNexis Publications Collection on the important subject of *“Compliance – Challenges and Opportunities for the Legal Profession”*, thanks, in particular, to the efforts of Carlo Mastellone, our Publications Director. In addition, as you will see, the Seminar Team, now under the leadership of Ignacio Corbera Dale, is always far from idle – what with commissions, working groups and national committees being extremely active in many regions, as has been their habit, whether in Europe or outside. Moreover, the topics covered are extremely varied.

You will also read the particularly informative interview with Ouafya Sidhoum, President of the Bar Association of the Bouira Region, Algeria, and the first woman to become Bar Leader in this country, which was held by Patricia Lopez-Aufranc, Assistant Director – Rule of Law as part of the implementation of the project aimed at giving a voice to representatives of our collective members.

In the section on “Human rights”, the article by Samatha Davies and Nigel Thomas echoes the exciting discussions in Toronto on economic and commercial incentives to promote the Rule of Law and the protection of human rights, which, as they recall, cannot be taken for granted even in democratic states. For her part, Julie Goffin points out in a relevant

“opinion piece” that, before the International Criminal Court, the situation of victims – mere “participants” in proceedings – and their representation are still far from ideal. Meanwhile, Christoph Tometten and Antoine Chaudey remind us that vigilance is needed, whether with regard to immigration or the protection of individual freedoms, especially in the climate of suspicion that reigns with respect to some.

Finally, in the section on “The Legal Profession”, we note in particular the article by Christophe Regnard, devoted to the new universal status of judges. In a world in which people are talking about predictive justice, where budget cuts have squeezed the judiciary down, exerting less and less bearable pressure on it, the question of the status of judges is becoming increasingly important. It is crucial to pay it attention.

It now only remains for me to thank the Editorial Committee, especially Marie-Pierre Richard and Anne-Marie Villain, and to wish all of you happy reading!

Nicole VAN CROMBRUGGHE
Chief Editor – *Juriste International*
Nicole.vancrom@lvplaw.be

Message du rédacteur en chef

I Nicole VAN CROMBRUGGHE

Dans ce premier numéro de 2018, nous avons décidé de consacrer une large place à ce qu'il est admis d'appeler les *LegalTech*, c'est-à-dire ces technologies qui permettent l'automatisation d'un service juridique quel qu'il soit, et qui font partie intégrante, tout comme l'intelligence artificielle et les *Big Data*, de la transition numérique dont on nous prédit qu'elle va révolutionner notre profession.

Le rapport qui vient d'être présenté au Ministre de la Justice belge, partiellement inspiré par le rapport rendu en 2016 par M^e Kami Haeri au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice français, va même jusqu'à poser que ces nouvelles techniques, je cite : « *modifient aussi le phénomène juridique lui-même, en déplaçant la création des normes juridiques, jadis apanage des gouvernants, vers une communauté diffuse de sachants, capables de maîtriser les ressources de la technologie et/ou d'imposer des normes éthiques par la maîtrise des techniques de la communication. Le rôle du juriste en général et celui de l'avocat en particulier sera entièrement, tant dans sa conception que dans sa vocation, différent. L'avocat évolue d'un expert du droit ou d'un expert de la connaissance de la règle de droit vers un expert-gestionnaire de données ayant un impact juridique* ». En outre, l'innovation affecterait aussi le fondement philosophique de notre profession. Interpellant.

Il est évident que, même si, comme le rappelle Paulo Bandiera dans son article, "*advocacy is still a conservative profession with some difficulty in embracing change*", notre profession devra « *s'adapter et intégrer dans son organisation et ses modes de travail, l'univers numérique* », comme l'affirme Jean-Jacques Uettwiller. Mais comment et à quel prix ? Pour répondre à ces questions, une réflexion de fond sur cette (r)évolution numérique devant laquelle nous nous trouvons s'impose. Les réponses qui devront y être apportées impliquent notamment des investissements en matière technologique auxquels tous ne pourront faire face. Par ailleurs, cette évolution qui s'impose à nous ne paraît

pas sans présenter des risques pour cette indépendance qui constitue une des valeurs essentielles de notre profession. A cet égard, l'intervention d'initiative du politique, au niveau même de la réflexion, pose question. N'y a-t-il pas un risque de voir le politique prendre l'initiative de « *présenter une vision d'avenir pour les professions juridiques* », comme souhaite le faire le Ministre belge de la Justice ? L'importance en la matière de l'action des autorités ordinales, comme le souligne Jean-François Henrotte, mais aussi celle de chacun d'entre nous paraît cruciale.

Quoiqu'il en soit, l'importance du phénomène numérique ne peut être ignorée et les articles consacrés à cette question dans la présente édition le rappellent. L'article de Murray Levin et de David Gallagher, qui met en lumière les avancées déjà réalisées aux Etats-Unis, présentent à cet égard un intérêt tout particulier.

Bien entendu, nos colonnes se font également largement l'écho des nombreuses activités de notre association, dont notamment le premier ouvrage publié par l'UIA dans les UIA-LexisNexis Publications Collections sur l'important thème "*Compliance – Challenges and Opportunities for the Legal Profession*", grâce, en particulier, aux efforts de Carlo Mastellone, notre Directeur des Publications. En outre, comme vous le verrez, l'équipe chargée des séminaires, aujourd'hui sous la houlette d'Ignacio Corbera Dale, n'a guère l'occasion de chômer : les commissions, groupes de travail et comités nationaux sont comme à l'accoutumée extrêmement actifs, et ce, dans de nombreuses régions, qu'elles soient européennes ou extra-européennes. Les thèmes abordés sont, en outre, extrêmement diversifiés.

Vous lirez également l'interview particulièrement instructive de Ouafya Sidhoum, Bâtonnière de l'Ordre des Avocats de la Région de Bouira, Algérie, et première femme à devenir Bâtonnière dans ce pays, avec laquelle s'est entretenue

Patricia Lopez-Aufranc, Directrice Adjointe – État de Droit, dans le cadre de la mise en œuvre du projet consistant à donner la parole à des représentants de nos membres collectifs.

Dans la section consacrée aux droits de l'homme, l'article de Samatha Davies et Nigel Thomas se fait l'écho des passionnantes discussions consacrées à Toronto aux incitants économiques et commerciaux de nature à promouvoir la *rule of law* et la protection des droits de l'homme qui, comme ils le rappellent, ne peuvent être tenus pour acquis même dans des Etats démocratiques. De son côté, Julie Goffin souligne dans un « billet d'humeur » pertinent que, devant la Cour Pénale Internationale, le sort des victimes, simples « participantes » à la procédure, et leur représentation sont encore loin d'être idéaux. Christoph Tometten et Antoine Chaudey, quant à eux, nous rappellent que la vigilance s'impose qu'il s'agisse d'immigration ou de protection des libertés individuelles en particulier dans le climat de suspicion qui règne à l'égard de certains.

Enfin, nous relevons en particulier, dans la section « La profession d'avocat », l'article consacré par Christophe Regnard, au nouveau statut universel du juge. Dans un monde dans lequel on nous parle de justice prédictive, où les restrictions budgétaires mettent la magistrature à la portion congrue et sous une pression de moins en moins supportable, la question du statut du magistrat revêt une importance croissante. Il est crucial d'y être attentif.

Il me reste à remercier le comité de rédaction mais surtout Marie-Pierre Richard et Anne-Marie Villain, et à vous souhaiter une bonne lecture.

Nicole VAN CROMBRUGGHE
Rédacteur en Chef – *Juriste International*
nicole.vancrom@lvplaw.be

Mensaje del Redactor Jefe

I Nicole VAN CROMBRUGGHE

En este primer número de 2018, hemos decidido dedicar un gran espacio a lo que se ha dado en llamar las *LegalTech*, es decir, aquellas tecnologías que permiten automatizar un servicio jurídico de cualquier tipo, y que, al igual que la inteligencia artificial y los *Big Data*, forman parte de la transición digital que, según auguran, revolucionará nuestra profesión.

El informe que acaba de presentarse al Ministro de Justicia belga, inspirado parcialmente en el informe publicado en 2016 por Kami Haeri al Ministerio de Justicia francés, llega incluso a afirmar que estas nuevas tecnologías, según sus propias palabras, *modifican también el fenómeno jurídico en sí, al desplazar la creación de las normas jurídicas, que en un tiempo fueron competencia exclusiva de los gobernantes, hacia una comunidad difusa de entendidos, capaces de dominar los recursos de la tecnología y/o imponer normas éticas mediante el dominio de las técnicas de la comunicación. El papel del jurista en general, y del abogado en particular, será totalmente distinto, tanto en su esencia como en su vocación. La evolución del abogado consiste en pasar de ser un experto en derecho o un experto en el conocimiento de la regla de derecho a ser un experto en gestión de datos con impacto jurídico.*» Además, la innovación afectaría también al fundamento filosófico de nuestra profesión. Para reflexionar.

Es evidente que aunque, tal como recuerda Paulo Bandiera en su artículo, *«la abogacía sigue siendo una profesión conservadora con cierta dificultad para aceptar el cambio»*, nuestra profesión deberá *«adaptarse e integrar la esfera digital en su organización y sus modos de trabajo»*, como afirma Jean-Jacques Uettwiller. ¿Pero cómo y a qué precio? Para responder a estas preguntas, se impone una reflexión de fondo sobre la (r)evolución digital ante la que nos encontramos. Las respuestas que se aporten exigirán inversiones en tecnología que no todos podrán asumir. Además, esta evolución que se nos impone no parece carente de riesgos para la independencia, que constituye uno de los valores esenciales

de nuestra profesión. En este sentido, la intervención a iniciativa del político, incluso en la propia fase de reflexión, plantea dudas. ¿No existe un riesgo de que el político tome la iniciativa de *«presentar una visión de futuro para las profesiones jurídicas»*, tal como desea el ministro belga de justicia? La acción de las autoridades colegiales, tal como destaca Jean-François Henrotte, pero también la de cada uno de nosotros, parece crucial.

En cualquier caso, no se puede ignorar la importancia del fenómeno digital, y así lo recuerdan los artículos que dedicamos al tema en esta edición. En este sentido, el artículo de Murray Levin y David Gallagher, que arroja luz sobre los avances realizados ya en Estados Unidos, es especialmente interesante.

Nuestras columnas se hacen eco también de las numerosas actividades de nuestra asociación, entre las que cabe destacar la primera obra publicada por la UIA en las UIA-LexisNexis Publications Collections sobre el importante tema *“Compliance – Challenges and Opportunities for the Legal Profession”*, gracias en especial a los esfuerzos de Carlo Mastellone, nuestro director de publicaciones. Además, como verán, el equipo encargado de seminarios, hoy dirigido por Ignacio Cobera Dale, no para: las comisiones, los grupos de trabajo y los comités nacionales son, como siempre, muy activos en muchas regiones, tanto europeas como extra europeas. Los temas abordados son, además, muy diversos.

Leerán también la entrevista especialmente instructiva a Ouafya Sidhoum, Decana de la Orden de Abogados de la región de Bouira (Argelia), y primera mujer decana de este país, con la que se reunió Patricia López-Aufranc, Directora Adjunta – Estado de derecho, para la puesta en marcha del proyecto que consiste en dar la palabra a representantes de nuestros miembros colectivos.

En la sección dedicada a los Derechos Humanos, el artículo de Samantha

Davies y Nigel Thomas se hace eco de los apasionantes debates mantenidos en Toronto sobre los incentivos económicos y comerciales capaces de promover la *Rule of Law* y la protección de los derechos humanos que, tal como recuerdan, no pueden darse por sentados ni siquiera en Estados democráticos. Por su parte, Julie Goffin destaca en un artículo de opinión pertinente que, ante el Tribunal Penal Internacional, el destino de las víctimas, como simples *«participantes»* en el procedimiento, y su representación están lejos de ser idóneos. Por otra parte, Christoph Tometten y Antoine Chaudey nos recuerdan que se impone la vigilancia tanto si se trata de inmigración como de protección de las libertades individuales, en particular en el clima de sospecha que impera en relación con algunos.

Por último, en la sección *« La Abogacía »* destacamos el artículo que dedica Christophe Regnard al nuevo estatus universal del juez. En un mundo en el que nos hablan de justicia predictiva, donde las restricciones presupuestarias reducen al mínimo el papel de la magistratura y la someten a una presión cada vez más insoportable, la cuestión del estatus del magistrado adquiere una importancia creciente. Es fundamental prestarle atención.

Solo me queda dar las gracias al comité de redacción, pero sobre todo a Marie-Pierre Richard y Anne-Marie Villain, y desearles una agradable lectura.

Nicole VAN CROMBRUGGHE
Redactora Jefe – *Juriste International*
Nicole.vancrom@lvplaw.be



UIA News
Actualités de l'UIA
Novedades de la UIA





L'UIA à Fès

Les évolutions des métiers de l'avocat

I Jean-Jacques UETTWILLER

Comme chaque année, l'UIA a organisé avec l'Association des Barreaux du Maroc et, cette année, le barreau de Fès, un séminaire, qui s'est tenu les 6 et 7 avril 2018. Sous le titre des « *Évolutions des métiers de l'avocat* » cette réunion a eu pour objet de faire le point sur les sujets qui vont faire l'actualité de notre profession dans les moments qui viennent. Les deux thèmes les plus importants sont les évolutions technologiques et les effets de la lutte contre le blanchiment et la fraude fiscale.

Notre pratique professionnelle va être profondément affectée par le numérique, bien plus que nous le pensons. Le numérique a été d'abord la diffusion généralisée et pratiquement gratuite de la connaissance, ce qui a été une première évolution : l'avocat n'est plus le dispensateur du savoir mais l'explicateur d'un savoir qui est en accès libre.

Deux autres évolutions bien plus importantes se profilent, l'intelligence artificielle sur laquelle travaillent les universités mais aussi les très grands cabinets et la justice prédictive, qui est l'instrument informatique qui, partant des données de fait et de l'indication de la juridiction, va approcher le sens de la décision.* C'est une aide très importante à la résolution des conflits, par d'autres moyens que le recours judiciaire.

Dès maintenant, la profession d'avocat est attaquée dans son fondement le plus important qui est le secret professionnel par les actions des institutions nationales et supranationales visant à percer le secret de la confiance entre l'avocat et son client. Quelques barreaux, Paris et Bruxelles notamment, réagissent mais n'est-il pas trop tard ?

L'agression la plus visible actuellement est le projet conduit par les institutions internationales qui consiste à obliger l'avocat à révéler préalablement à l'administration fiscale, les montages fiscaux qualifiés d'« agressifs ». Ce n'est, malheureusement, pas une action isolée mais elle participe d'un consensus général qui cherche à diminuer le

rôle de l'avocat dans sa fonction de conseil et de défense. Ce système est déjà en place en Grande-Bretagne et il est inscrit dans les textes européens. On touche ici à l'état de droit, car dès lors que le secret de la confiance entre l'avocat et son client n'est plus protégé, le droit à la défense est amenuisé et le droit au procès équitable disparaît.

Que l'on tolère sans réactions le pillage organisé par des journalistes des archives électroniques de cabinets d'avocats, au nom d'une sacro-sainte transparence est révélateur de l'état d'esprit de la société. Le silence de nos institutions est, à cet égard, préoccupant. Que diraient ces mêmes journalistes – qui sont pour le moins en situation de receleur de violation du secret professionnel – si au nom des mêmes principes de transparence, on révélait leurs sources ?

La profession doit réfléchir à l'évolution de son écosystème réglementaire. Si la déontologie est universelle et intemporelle, dans ses principes essentiels, la réglementation d'exercice est, elle, marquée par son temps et sa localisation. Qui se souvient encore qu'il a fallu attendre les premières années du XX^e siècle pour que les femmes puissent être avocates en France. Le débat sur l'exercice en entreprise en conservant le titre et l'appartenance à un barreau soulève des polémiques passionnées dans certains pays, alors qu'au Canada des avocats en entreprise sont bâtonniers de l'Ordre. Ne restons pas figés mais sachons faire évoluer notre réglementation pour saisir les opportunités et préserver une profession libre et indépendante.

Le panel de ce séminaire a réuni des intervenants de grandes qualités, plusieurs anciens présidents du CCBE et des représentants éminents de la profession d'Europe et d'Afrique.

Ce combat est mené par l'UIA depuis plusieurs années, mais elle a besoin de l'appui de tous, c'est la raison de cette sensibilisation.

Fès est une ville magnifique, berceau de l'histoire du Maroc, avec des lieux de toute beauté, chargés d'histoire et de spiritualisme. Les participants au séminaire y ont été accueillis avec toute l'hospitalité marocaine.

Jean-Jacques UETTWILLER
Président d'Honneur de l'UIA
UGGC Avocats
Pars, France
jju@uggc.com

* Un dossier spécial est consacré à ces sujets dans ce numéro du *Juriste*.



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

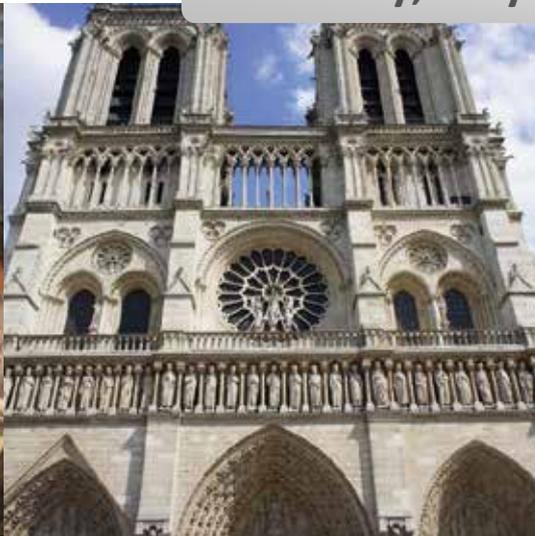
Attending this
event will grant
you CLE credits in
most jurisdictions!

UIA Training – Workshop

Win, Keep and Grow your Clients:

Marketing and Communication Strategies for Law Firms

Thursday, May 3 & Friday, May 4, 2018



#UIAstrategies4LawFirm

PARIS – FRANCE

Information and online registration at www.uianet.org

UIA • T +33 1 44 88 55 66 • F +33 1 44 88 55 77
uiacentre@uianet.org • www.uianet.org



L'UIA à Beyrouth

L'efficacité du rôle des tribunaux internationaux dans la sauvegarde des droits de l'homme, réalités et perspectives

I Elisabeth ZAKHARIA SIOUFI



C'est le thème principal du séminaire de l'Union Internationale des Avocats (UIA) qui se tiendra à Beyrouth, au Liban, les 11 et 12 Mai 2018, en partenariat avec l'Ordre des Avocats de Beyrouth.

Ce séminaire s'inscrit dans le cadre des ateliers de travail spécialisés qu'organise régulièrement la commission droits de l'homme de l'UIA, dans le but de fournir à ses membres ainsi qu'à tous les membres de l'UIA, mais aussi à tous les juristes et avocats, la possibilité d'échanger sur différents sujets d'actualité concernant les droits de l'homme et leur protection, tant au niveau international que national.

Le séminaire de Beyrouth entend analyser l'impact de la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux ou régionaux dont le mandat premier ne réside pas dans la protection des droits de l'homme, sur le développement et le respect de ces droits, mais aussi l'influence réciproque entre ces juridictions et celles spécialisées dans la protection des droits et des libertés fondamentales à travers l'analyse de leurs jurisprudences respectives en la matière.

Le séminaire aura aussi pour objectif de fournir aux praticiens une vue transversale de la jurisprudence pertinente en matière des droits de l'homme et d'une application de ces droits qui ne se limite pas aux juridictions spécialisées.

D'éminents orateurs et modérateurs venus de différents pays et des juges relevant de cours et tribunaux internationaux ou régionaux, prendront la parole durant les sessions de travail pour traiter des diverses questions que soulève le thème principal et en débattre avec l'assistance afin de parvenir à en cerner les multiples aspects et à déterminer le rôle que pourrait et devrait jouer l'avocat, dans le cadre des procédures devant ces instances, afin de préserver les droits de l'homme.

La contribution de la Cour internationale de justice à la reconnaissance et au développement du droit international des

droits de l'homme sera analysée dans la première session du séminaire.

Dans cette perspective, la portée des décisions de la Cour quant au respect des droits de l'homme par les États sera étudiée, permettant ainsi d'évaluer l'efficacité du rôle de cette Cour, au regard de la spécificité de son mandat, et les moyens de le renforcer.

Au niveau régional, c'est l'influence réciproque de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui sera abordée.

Deux sessions seront consacrées à l'analyse de l'effectivité du respect des droits de l'homme dans les procédures devant les juridictions pénales internationales et les juridictions hybrides, notamment la Cour pénale internationale et le Tribunal spécial pour le Liban, de même qu'à l'évaluation de l'impact de ces juridictions sur d'autres procédures et également sur la reconnaissance des droits des victimes.

D'autre part, la protection des droits de l'homme dans le cadre des procédures d'arbitrage international constituera un des sujets auxquels le séminaire accordera une attention particulière.

Ainsi, l'évolution de l'approche des instances d'arbitrage transnational concernant le respect des droits de l'homme sera étudiée, de même que le rôle de l'arbitrage international dans le contrôle de la responsabilité des entreprises en matière de protection de ces droits.

Se posera, alors, face à la diversité des cours et tribunaux, la question de l'harmonisation des jurisprudences de ces différents mécanismes judiciaires en matière des droits de l'homme en vue d'assurer la reconnaissance effective et efficace de ces droits et leur protection. Une instance actuelle pourrait-elle jouer ce rôle ou alors la création d'un nouvel organisme international devrait-elle être envisagée ?

Une autre question d'actualité pressante se posera également, celle de l'absence de recours internationaux concernant les allégations de violation des normes des droits de l'homme par les juridictions internationales, et les moyens efficaces pour y remédier seront envisagés.

L'interprétation simultanée (français, anglais, arabe) sera disponible durant tout le séminaire.

Le programme détaillé ainsi que le formulaire d'enregistrement sont disponibles sur le site de l'UIA.

Alors, à bientôt à Beyrouth !

Elisabeth ZAKHARIA SIOUFI
Présidente de la Commission des Droits de l'Homme de l'UIA
Elisabeth Zakharia Sioufi
Jdeidet El Metn, Liban
elisabethsioufi@gmail.com



The UIA in Poznan

*Drafting Effective International Contracts:
International Sales, Agency and Distributorship*

I Anna MASIOTA



The International Sale of Goods Commission together with the Contract Law Commission teamed up, with a new collective member of the UIA, the Poznan Bar Association (*Wielkopolska Izba Adwokacka*), to organise a seminar in Poland devoted to international commercial contracts.

In today's business environment, expanding internationally is much easier and common than ever. Nevertheless, selling goods or services on an international level involves complex legal issues that arise in cross-border contracts. Choosing one's own law does not help entirely to avoid pitfalls and does not guarantee complete security and certainty for cross-border legal transactions.

The UIA seminar to be organised in May 2018 in Poznan, Poland, aims to make its participants confront difficulties relating to cross-border contracts and to discover and exchange new ideas for negotiating and drafting such contracts to help businesses overcome the legal complications of selling one's products or services globally, on markets where laws differ from country to country.

The basic issues involved in drafting three types of contracts more commonly used by those who approach a foreign market will be analysed during the seminar: sales, commercial agency and distributorship. A carefully selected group of highly qualified speakers coming from different countries, having great practical experience in negotiating and drafting international contracts – among them, both academics and experienced practitioners – shall focus on the principles governing international contracts and talk about the most commonly used contractual clauses.

The seminar lasts one and a half day and is divided into two parts: the first one is devoted to international sales contracts; the second will guide participants through the intricacies of agency and distribution contracts. On Friday, May 18, 2018, the speakers

will concentrate on international sales and finish the day's session with distributorship contracts.

By the end of the first day, participants will understand why it is so important to know the Vienna Convention on International Sale of Goods and why they should never ignore the Incoterms of the International Chamber of Commerce.

What are the reasons for not excluding the Convention in a contract? What should you look at and be aware of as far as the general conditions of sale (or purchase) are concerned? How to approach clauses regarding delivery? How to address in a contract claims for non-conformity of the goods? How to deal with the counterparty once a non-conformity is discovered? What about liability limitation? How to choose the right Incoterm? Arbitration or court jurisdiction? All these questions (but not only these) will be answered. In the afternoon the participants will learn how to organise an international distribution network and will become acquainted with cross-border distributorship contracts.

On Saturday, May 19, 2018, we will focus on distributorship and agency agreements. Participants will become familiar with the rules protecting commercial agents in the European directive and in the laws of the Member States, post-termination provisions in agency and distributorship agreements and the aspects of complying with EU antitrust rules. Hot issues regarding sales on the internet will be the subject closing the seminar, without forgetting the IDArb project for expedited arbitration in distribution matters.

Yes, this seminar should teach its participants a lot... But besides considering its obvious educational value, please do not forget that this event is also a great networking opportunity.

Poznan is one of the biggest cities in Poland and it is certainly an important business

place in the west of my country, being a centre of industry, trade and logistics. It is still one of the most attractive investment locations in Poland. Poznan has a huge student population and hosts the annual Poznań International Fair – Poland's oldest and largest event of this type. Having an international airport, it is well connected with many European cities, so it shouldn't be difficult to reach.

Poznan's Old Town district, filled with monuments of various eras (e.g. the city hall at the Old Market Square is an example of Renaissance architecture), is very vibrant at any time of the day and by night, when it is filled with people heading to its many restaurants, pubs and clubs.

I have to admit that I am happy to have a chance to invite you to come to Poznan and to experience my country and its culture here.

We look forward to seeing you in Poznan!

Anna MASIOTA
UIA National Representative for Poland
Masiota – adwokaci i radcowie prawni
Poznan, Poland
a.masiota@masiota.com



The UIA in Mexico

Challenges of the Legal Profession a Result of the Revision of the Free Trade Agreements in the International Context

I Fernando HERNÁNDEZ GÓMEZ



The changes to Mexico's free trade agreements that are currently being negotiated represent a major challenge for lawyers.

In this context, the UIA National Committee for Mexico, with the support of its collective members the Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, A.C., the Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. and the Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, A.C., will hold a seminar on *"The changes to Mexico's free trade agreements: international implications and challenges for lawyers"*.

In a period of major change for international relations, with the UK still negotiating Brexit and the US considering a return to the Trans-Pacific Partnership (TPP) following its withdrawal in 2017, the outcome of the negotiations to modernise the North American Free Trade Agreement (NAFTA) remains uncertain after six rounds of talks.

While Canada and Mexico are hopeful of reaching an agreement on NAFTA 2.0, the US has maintained its threat to withdraw from the agreement if significant changes are not made regarding rules of origin, on the grounds that NAFTA has caused a major increase in the US trade deficit.

The sixth round of talks concluded in Washington with significant progress on some chapters, including the chapter on anticorruption rules, according to COPARMEX, the Mexican Employers' Confederation (Bloomberg/El Financiero Feb. 26, 2018). The seventh round of talks on rules of origin will end on March 5, in Mexico City.

In the very near future, a new global framework for international trade relations could emerge.

Given the importance of these current events, the UIA National Committee for Mexico has decided to hold a seminar on the challenges created by the changes

to international trade agreements, such as NAFTA and TPP, and the potential collateral effects for the countries involved.

The UIA National Committee for Mexico believes that UIA members and all lawyers with an international practice should be prepared for the various possible scenarios when the new landscape of foreign trade is defined. Lawyers should be aware of the implications of successful negotiations and of countries withdrawing from trade agreements.

Indemnities, arbitration procedures and new tariffs: what is really at stake?

The seminar is an excellent opportunity for lawyers with an international practice to analyse the major issues in parallel with the trade talks.

The seminar topics will include the NAFTA 2.0 talks, especially those on rules of origin, unfair trade practices and dispute resolution.

The threats by the US to withdraw from NAFTA mean that lawyers with an international practice will have to pay particular attention to the legal consequences and effects of this decision. More than 45% of foreign investment in Mexico comes from the US. Therefore, it is relevant to analyse what the consequences of such a withdrawal will be. How can investors be indemnified and what recourse is available to protect them?

We will also analyse the new chapters on upgrading and modernising these international trade relations, such as e-commerce, labour relations and intellectual property.

We will also study the current NAFTA mechanisms and structures for making and protecting investments.

At the same time as these changes to the framework for international trade, Mexico is implementing major legal reforms in

order to strengthen its national institutions and reinforce the rule of law.

A major reform of the judiciary is being implemented at the same time as the introduction of a new anticorruption system. Mexico is moving to a new oral adversarial system, which represents a major change and a considerable challenge. As we face these changes, we will analyse how the rule of law is threatened by corruption: Mexico must be able to show the world that measures are being applied and that the law can prevail against corrupt practices.

We will also discuss the effects on immigration. Illegal immigration has been identified as one of the causes of the decline in trade relations; however, is this a legal problem or a social problem? The way in which this issue is handled is a key factor in the trade relations between the US, Canada and Mexico.

Lawyers need to be aware of the potential changes to immigration law caused by the move to NAFTA 2.0.

The UIA National Committee for Mexico hopes that many UIA members will be able to attend this topical, informative seminar and visit our beautiful country. It will also be an opportunity to meet and network with senior lawyers from Latin America who specialise in cross-border transactions.

Fernando Hernández Gómez
President of the UIA National Committee for Mexico
Vázquez Aldana, Hernández Gómez &
Asociados
Guadalajara, Jalisco, Mexico
fernandez@vahg.mx



25^e anniversaire du Forum Mondial UIA des Centres de Médiation



I Fabienne van der VLEUGEL

Le Forum Mondial UIA des Centres de Médiation fête son 25^e anniversaire

Depuis 2001, tous les 9 mois, le Forum s'est réuni sur tous les continents et dans une diversité de pays : Bruxelles (avril 2001), Genève (novembre 2001), Hong Kong (avril 2002), Milan (janvier 2003), Windsor (novembre 2003), Paris (juin 2004), Amsterdam (mars 2005), Barcelone (décembre 2005), Dublin (septembre 2006), New York (juillet 2007), Milan (avril 2008), Lausanne (janvier 2009), Florence (octobre 2009), Ljubljana (juin 2010), Athènes (mars 2011), Lisbonne (janvier 2012), Zagreb (octobre 2012), Prague (juin 2013), Houston (mars 2014), Thessalonique (septembre 2014), Amsterdam (juin 2015), Luxembourg (avril 2016), Cracovie (janvier 2017), Singapour (octobre 2017) et... le 25^e Forum aura lieu en France, sur le territoire du Val d'Europe, en plein centre de la ville nouvelle de Marne-la-Vallée, du 22 au 23 juin 2018.

L'occasion pour les médiateurs, chefs d'entreprises, magistrats et juges, avocats, professeurs, universitaires, étudiants, et toute personne intéressée de près ou de loin par le développement des modes alternatifs de résolution des conflits (MARC), et plus précisément par la médiation franco-française ou internationale, d'apprendre, de préciser et de parfaire son expertise et ses connaissances en la matière.

Le Forum, c'est bien plus qu'une formation théorique. Participer au Forum, c'est se donner les moyens réels de développer sa pratique internationale en médiation, de structurer ses pensées, sa méthode de travail, d'enrichir son réseau de contacts professionnels à travers le monde.

Après deux jours, au cours desquels les réunions de travail se succèdent, dans le respect d'un *timing* précis, chaque participant a assurément développé, d'une façon conviviale et posée, son savoir-faire et ses compétences.

Pour son 25^e anniversaire, le Forum se promet d'être tout aussi riche en expériences que

tous ceux des autres années. Au moment de la rédaction du présent article, le programme scientifique du Forum de juin 2018 est en cours de finalisation, l'ordre et la succession des thèmes n'est pas figée et certains conférenciers doivent encore confirmer leur présence – les informations répercutées ici ne sont donc pas exhaustives, mais les sujets des diverses sessions sont bel et bien définis.

L'une des sessions se concentrera sur le développement de la **médiation judiciaire**. Il est certain que la médiation a connu un développement au sein des divers tribunaux et Cours d'appel de l'ordre judiciaire, en tout cas, certainement en France et en Europe. Comment cette évolution a-t-elle pu se faire ? Est-elle nécessaire, évidente, adaptée, suffisante ? Quelle coordination requiert-elle et entre quels acteurs ? Par quels moyens le juge peut-il proposer la médiation ? Les moyens mis en œuvre sont-ils efficaces ? Divers représentants des tribunaux de l'ordre judiciaire partageront leurs observations et leurs expériences pratiques en la matière.

le territoire britannique, américain, anglo-saxon et européen. Joe Behan (Irlande, Vice-Président du Forum Mondial UIA des Centres de Médiation), Ross W. Stoddard (États-Unis, Texas) et Alan Limbury (Australie) nous expliciteront la manière avec laquelle, de leur point de vue, cette notion doit être comprise. Sans nul doute, cette session initiera des discussions et des questions entre les conférenciers et les participants.

Danielle Hutchinson (Australie) et F. Peter Phillips (États-Unis, New Jersey) nous éclaireront, au cours d'une session qu'on aspire à vouloir écouter, sur le développement de la médiation chez les **peuples autochtones**. Nous nous souvenons de l'excellente intervention de Danielle Hutchinson (pour la session intitulée « *What is a Pound Worth ? Insights from the Worldwide Global Pound Conference Series 2016-17* ») et de l'entretien exclusif que F. Peter Phillips a tenu avec l'inoubliable Professeur associé Tye Beng (Joel) Lee (SIMI

Pour son 25^e anniversaire, le Forum se promet d'être tout aussi riche en expériences que tous ceux des autres années.

Les MARC révèlent aussi un choc intergénérationnel dont il est temps de prendre conscience. Les élèves et étudiants d'aujourd'hui, sont les décisionnaires et chefs d'entreprises de demain : comment les sensibilise-t-on à la pratique de la médiation ? Doit-on le faire ? La session consacrée au lien existant entre **la médiation, l'école et les universités** sera menée par Zeina Kesrouani (Liban), accompagnée par, notamment, Rosemary Howell (Australie), Emma-May Litchfield (Australie) et Thomas Gaultier (Portugal). Des exemples concrets seront décrits par les intervenants, reconnus pour leur expertise.

La **confidentialité** fait partie intégrante de la médiation, mais il s'agit d'une notion qui se conjugue d'une façon différente sur

– *Singapore International Mediation Institute*) lors du Forum de Singapour. En juin 2018, nos deux orateurs vont conjuguer leur talent pour nous parler d'un sujet inattendu à explorer.

Au cours du dernier Forum qui a été organisé à Singapour en octobre 2017, il a aussi été question d'un thème qui tenait à cœur aux participants : le développement de la médiation dans le **Moyen-Orient** et en **Afrique**. Dina Elchanawany et Essam Shisha interviendront pour nous présenter la situation en Egypte. Anne Audrey Ekongolo nous sensibilisera sur le développement de la médiation au Cameroun, et Daniel Tricot (France) apportera un éclairage sur l'OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires).

La gestion efficace et moderne des conflits requiert aujourd'hui une prise de conscience des **techniques nouvelles** qui s'offrent à nous. La technologie qui évolue, et dont il faut tirer profit, s'impose également dans les MARC. C'est dans ce cadre que la session menée par Katarzyna Przuluska-Ciszewska (Pologne) permettra de nous éclairer avec les interventions très attendues de Jérémy Lack (Suisse), Monique van de Griendt (Pays-Bas) et Nadja Alexander (Singapour). Nul doute que les participants au Forum profiteront de cette session hors du commun pour se forger des idées nouvelles et utiliser les techniques au service de la bonne gestion des conflits.

La médiation internationale va de pair aussi avec le choc des cultures, la gestion des différences, l'empathie spontanée avec les différences, la nécessité de s'adapter et de s'assurer de comprendre l'autre pour mieux l'aider à s'orienter dans la gestion des différends. Certains conflits sensibles se gèrent mieux via la **co-médiation**. Cezary Rogula (Pologne), Jane Gunn (UK) et Stephano Pavletic (Italie), probablement avec un collègue médiateur venant d'Asie, vont, ensemble sensibiliser les participants au Forum sur les difficultés et les avantages pratiques liés à la co-médiation, notamment pour les litiges à connotations multiculturelles.

Et la médiation, concrètement, reste liée, bien évidemment, à la gestion même des **entreprises** pour les conflits inter ou

intra-entreprises. Il est apparu inévitable d'organiser une session consacrée aux témoignages d'entreprises, pour les inviter à nous faire part de leur avis en la matière. Ces interventions donneront aux divers thèmes abordés tout au long du Forum une connotation pratique concrète passionnante.

Les années qui passent vont de pair avec un développement croissant, exponentiel et inévitable de la médiation en tant que méthode alternative de résolution des litiges.

C'est une évidence.

Les chefs d'entreprises ont compris que cette gestion des conflits, avec d'autres méthodes alternatives de résolution des conflits, reste pour eux un outil efficace, notamment pour les litiges internationaux, même s'il reste évident que les procédures judiciaires resteront toujours utiles, nécessaires et incontournables pour de multiples litiges.

Ce qui reste une certitude, c'est que les solutions extraordinaires négociées via la médiation permettent aux parties, lorsque la médiation est bien menée, de purger tous les points du litige, même s'ils n'apparaissent pas directement aux yeux des parties médiées elles-mêmes. Avec l'aide du médiateur, les parties médiées structurent elles-mêmes leurs pensées, leurs décisions, et arrivent à échanger concrètement – ce qui n'est pas toujours évident au départ – pour fixer le dénouement approprié

et l'issue la plus favorable pour chacune d'entre elles. Ensemble, si elles le veulent vraiment, elles pourront elles-mêmes fixer une solution qu'elles n'auront d'autres choix que de respecter – puisque c'est la leur. La médiation se révèle donc efficace, pragmatique, rapide et respectueuse des intérêts entrepreneuriaux, mais exige en contrepartie de la part des parties médiées des efforts partagés, à déployer dans un calendrier serré, une adaptabilité et une réactivité que le médiateur aide à maintenir.

Le Forum Mondial UIA des Centres de Médiation, organisé tous les 9 mois, a vu naître la médiation, a suivi son développement, et a permis à ses participants, acteurs de la médiation, d'en connaître le sens et l'importance. Le programme scientifique du 25^e anniversaire, au cours de deux journées de travaux, permettra une nouvelle fois de préciser les contours de cette évolution, par l'écoute de nos experts et conférenciers ainsi que par la participation aux débats qui en découleront.

Rendez-vous donc, les 22 et 23 juin 2018, en grand nombre, sur le territoire du Val d'Europe pour ce prochain Forum, au terme duquel, comme de coutume, la nouvelle destination du 26^e Forum sera annoncée.

Fabienne van der VLEUGEL
Présidente, Forum Mondial UIA des Centres de
Médiation
Serris, France
fabienne@vdvavocats.com





L'UIA à Kinshasa

Marchés publics et contrats de partenariat : quel cadre juridique pour quelles opérations ?



I Delphine JAAFAR et Coco KAYUDI MISAMU



A special seminar on partnership contracts and their legal framework organized by the UIA, will take place in the Kempinski Hôtel Fleuve Congo (DRC) on July 5, 6 and 7, 2018.

Many interventions of lawyers, senators, teachers, and ministers will feed the debate organized around partnership contracts. All those professionals will share their opinion on this very interesting issue.

Une complétude des contrats administratifs assurée par les contrats de partenariat

Le développement des contrats de partenariat public privé a permis de contribuer à un enrichissement évident de la nomenclature des contrats administratifs. Qualifiés de « globaux », ces contrats visent à permettre une association durable entre entrepreneurs privés et ouvrages publics. Toute la particularité de ces contrats réside alors dans leur dérogation au Code des marchés publics français ainsi qu'à la loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique. Ce faisant, ils offrent à la personne publique une souplesse de gestion évidente lui permettant, dans le même temps, une gestion effective du service public. Création originale, le partenariat public privé permet à des acteurs publics et privés d'agir communément afin de répondre à un besoin collectif grâce à l'attribution de ressources tant publiques que privées. Il existe alors une véritable coopération entre les deux domaines. Pour autant, le

développement et la démocratisation du partenariat public privé font apparaître en filigrane quelques enjeux essentiels.

Les enjeux entourant la question des contrats de partenariat

En dépit de l'extension évidente du champ des contrats administratifs par l'inclusion des partenariats public privé, demeurent en suspens certaines questions relatives aux opérations qu'ils engendrent ainsi qu'à leur cadre juridique. Le séminaire se tenant à Kinshasa aura pour objectif de recenser l'ensemble des enjeux entourant la question des contrats de partenariat, de souligner leur intérêt et de construire une réflexion commune en réponse à ces différentes problématiques. Il s'agira de dessiner le cadre juridique entourant les questions relatives aux contrats de partenariat mais également de s'éloigner d'une approche théorique afin de nourrir et apporter un certain nombre de réflexions et réponses pratiques. En ce sens, l'intervention de professionnels du droit de différents pays permettra d'alimenter des débats particulièrement riches et propices aux idées nouvelles.

Un séminaire particulièrement riche et complet

La première partie du séminaire vise, dans une approche internationale du droit, à conduire une réflexion relative au cadre juridique des contrats de partenariat. Il s'agira d'abord de souligner les contours du contrat de Partenariat public privé notamment à travers son acception, son régime juridique

ou les principes fondamentaux qu'il met en jeu. Il s'agira ensuite de s'interroger sur le cadre institutionnel et particulièrement sur son articulation avec la délégation de service public et les règles de passation du contrat de partenariat. Il s'agira également d'aborder la question du financement des projets issus des partenariats public privé et notamment celle des montages et instruments financiers. Il s'agira enfin d'évoquer le contentieux lié aux partenariats public privé et leur mode de résolution. Toute la première partie du séminaire vise donc à appréhender mais également à s'interroger sur le contrat de partenariat, de sa conclusion jusqu'à sa résiliation. La seconde partie du séminaire envisage une approche de la question à travers le droit en vigueur dans certains pays d'Afrique. Ce faisant, il s'agira de s'interroger sur l'économie générale du projet ou de la loi sur le partenariat public privé en RDC mais il s'agira également de se questionner sur cette pratique dans d'autres pays tels que la Côte d'Ivoire, le Cameroun, le Congo Brazzaville ou le Bénin.

Une approche complète de la question grâce à des points de vue divers

Ce séminaire se composera d'éminents professionnels du droit et accueillera l'intervention d'avocats, sénateurs, ministres, enseignants, bâtonniers et un ancien président de la CIB. La diversité des intervenants permettra d'assurer une complétude des réflexions mais également une richesse des raisonnements en lien avec le thème choisi.

Un séminaire enrichissant

Ce séminaire aura lieu à Kinshasa, capitale de la République démocratique du Congo et plus grande agglomération francophone du monde. Kinshasa est traditionnellement considérée comme le cœur économique, politique mais également culturel de la RDC. Les éléments climatiques pour cette période de l'année font de Kinshasa une destination particulièrement conseillée au mois de juillet. Le séminaire inclut également un cocktail de bienvenue le jeudi 5 juillet, un déjeuner le vendredi 6 juillet ainsi qu'une visite guidée au Parc de Bonobos le dimanche 8 juillet 2018. Il est également proposé un dîner le vendredi 6 juillet, activité optionnelle non incluse dans les frais d'inscription.

En conséquence, nous invitons tous les membres de l'UIA à prendre part à ce séminaire auquel participent de brillants professionnels du droit, dans une approche exhaustive du thème, de réflexions particulièrement enrichissantes et dans un esprit de convivialité.

Delphine JAAFAR
Directrice Adjointe – Séminaires de l'UIA
Vatier & Associés
Paris, France
d.jaafar@vatier.com

Coco KAYUDI MISAMU
Bâtonnier de l'Ordre Barreau de Kinshasa-
Matete
Kinshasa, République Démocratique du Congo
ckayudi@gmail.com



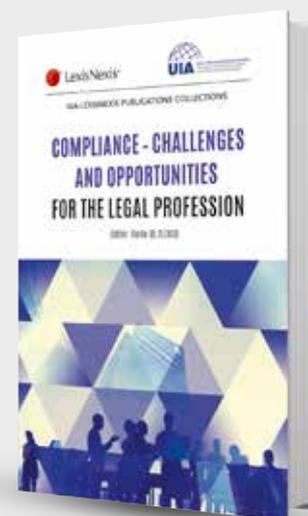
UIA / LexisNexis Publications Collection

I Guido DE CLERCQ

When UIA selected the theme of “Compliance” as one of the principal themes of its 2016 Budapest UIA Congress, it took the brave decision of reserving a full day of the conference programme to explore not only the concept of compliance but equally the way in which compliance operates in the fields of the fight against corruption, of anti-trust and of export controls.

From the outset, the ambition of UIA and of LexisNexis has been to share, and hence to publish, the views expressed by the different panellists and speakers.

The publication of “Compliance – Challenges and Opportunities for the Legal Profession” in the UIA-LexisNexis Publications Collection is an important illustration of two key aspects of UIA mission: the illustration of UIA as a forum of learning and the illustration that this learning relates to issues which matter for the legal profession as well as for society.



growing number of jurisdictions enterprises are solicited by enforcement agencies and regulators to bear the burden of detecting and investigating economic corporate crime, hence re-allocating to private actors part of the public tasks which are traditionally considered to come within the realm of the State. This shift does raise the question how

[...] UIA-LexisNexis Publications Collections is an important illustration of two key aspects of UIA mission [...].

By publishing this book, UIA has indeed put learning at the centre of its agenda. But it has done more: it has extended the concept of learning by adding a new dimension, i.e. the dimension of writing. Moreover this writing has been accomplished by practitioners who were speakers or panellists at this 2016 UIA Budapest Congress. It represents for these practitioners an additional professional dimension. Their writing is not a pleading or “advocacy” but is embedded in a more objective though personal approach, i.e. it is embedded in the way they cope with the rules, with the setting of compliance.

The book deals with a theme that touches on the legal profession. It challenges the boundaries of the legal profession. This challenge results from the fact that in a

the legal profession and in particular how lawyers/avocats will position themselves vis-à-vis compliance. Is their traditional role of litigator and adviser to be complemented by a new role, i.e. the role of prosecutor to conduct “internal investigations” in corporations? And regarding these corporations: is “compliance” part of the legal function or not? What is the role of General Counsel vis-à-vis the Head of Compliance? These and other questions open the debate on whether the legal practitioner should stick to the law or whether he should look beyond the law and integrate in his/her role elements other than legal such as reputation, strategy, etc. Being compliant with the law and regulations may be “legally” sufficient but may be detrimental to the enterprise in terms of reputation and citizenship.

The issues which this book addresses matter for society. This is perfectly illustrated by the fact that at the 2017 Toronto UIA congress a session on “Should Freedom from Corruption be a Human Right?” was organised. In order for such freedom to become a human right, questions of compliance will necessarily be at the heart of the debate.

The compliance agenda presents itself as a global agenda and as an expanding agenda. The global dimension of the compliance agenda is illustrated by the fact that the contributions to this publication are by practitioners from Argentina, Belgium, France, Germany, India, Italy, Japan, the Netherlands, Poland, United Kingdom and the United States. The expanding dimension is illustrated by the fact that the 192 pages of this book cover the developments in only three fields of compliance, i.e. anti-corruption, competition and export controls. Other fields of compliance such as anti-money laundering, data security / privacy, securities / financial fraud and insider trading are not dealt with in this publication.

In the “Compliance and the Fight against Corruption” section, most of the debate focusses still on the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). Although there is no “adequate procedures”, defence to liability under the FCPA, having an effective anti-corruption compliance programme in place can be a good tool to try to mitigate potential exposure that an enterprise may have when prosecutors seek to enforce the FCPA. The required practice of internal investigation, self-disclosure and remedial action is also complied with, because it provides companies with a potential significant benefit when the penalties are meted out. New legislative developments are also dealt with in this section. With regard to the French “Sapin II” legislation, the question remains whether this legislation will turn France into a credible player in the worldwide fight against corruption, especially in the light of the absence of any provision on the above mentioned issues of co-operation and self-disclosure.

Antitrust or competition law compliance is and remains an extremely difficult and sensitive matter to handle. Companies find themselves under constant scrutiny by the competition authorities. Breaches, even the unintentional ones, have severe consequences

for enterprises and individuals. This complexity is reflected in the way competition law compliance programmes are established and implemented. Special attention needs to be given both in terms of design and implementation of such programmes.

The design and implementation of trade control compliance programmes poses the same challenging questions as addressed for competition law compliance. The guiding principle consist in the need for enterprises to act in all jurisdictions in absolute compliance with any and all rules and regulations on trade control, applicable to their own activity. These rules are far-reaching, complex and aggressively enforced. Moreover, they do not constitute a homogeneous body of rules and regulations. Trade control compliance represents not just a vague goal that enterprises aspire to in their efforts to comply, but an absolute must. In this regard special attention is given to the way the US Department of Treasury, Office of Foreign Asset Control (OFAC) administers a series of laws and regulations that impose economic sanctions against nations, entities and individuals perceived to be hostile to the US foreign policy and national security objectives. The reaction of the European Union in response to these extra-territorial US sanctions and the way the European Union implements its own sanctions constitute a perfect illustration of the complex and far reaching nature of these global regulations and of the challenge to be and remain compliant.

It is interesting to note that through this legal work on compliance, the “common law” and “civil law” systems look for solutions to cope with questions set by the compliance

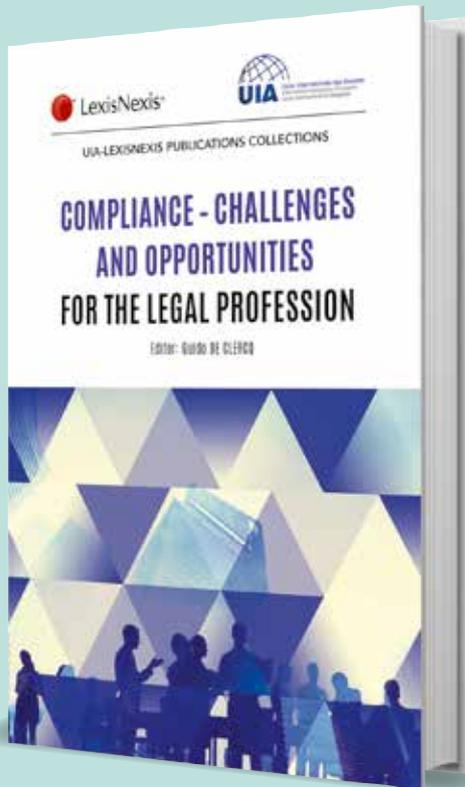
agenda. The way they achieve this is by borrowing from the other legal system. This is illustrated by the introduction in the “civil law” system of “common law” instruments such as “Deferred Prosecution Agreements” as well as by the gradual acceptance in the US legal approach to compliance, of a “risk based” methodology. These two examples illustrate how a practical approach to the compliance challenge, fosters the cross fertilisation between these two legal systems.

Finally, the debate on compliance triggers the reflection on the ethical dimension of the legal profession. Compliance that is advocated is compliance with rules that are inspired by shared values. These values have a social, economic and political significance as they constitute fundamental values of our democracy. Both parts of the equation are necessary. Indeed compliance may not be fully understood if ethics / values are absent. On the other hand, the recognition of ethics / values is in itself not enough since value-based methodologies may tend to discount laws as formalities. The combination of values / ethics and compliance is hence needed because law and threats without values have little appeal, and values without law can become too subjective and vague and may even lead to rationalising serious legal violations. The legal profession as the guardian of this equation is by excellence well positioned to take up this challenge.

Guido DE CLERCQ
Member of the Brussels Bar
Knokke-Heist, Belgium
guido.de.clercq@outlook.com



1st row: Nigel Roberts, Laurence Bory, Carlo Mastellone, Paulo Bandeira
2nd row: Guido De Clercq, Michael Meyenburg, Aleksander Stawicki



COMPLIANCE - CHALLENGES AND OPPORTUNITIES FOR THE LEGAL PROFESSION

This book is a publication of the views expressed by the panellists and speakers at the 2016 Budapest Congress. These views reflect the way in which legal practitioners in various jurisdictions are dealing with the compliance agenda. This book is their testimony, based on their daily experience in the field.



CURRENTS TRENDS IN START-UPS AND CROWDFINANCING

This book is an attempt to cover the most relevant legal topics relating to start-ups and crowdfunding, and is intended to assist legal practitioners in developing a better understanding of the concerns relating to start-ups and crowdfunding. This book will be useful for any legal practitioner wishing to venture into the start-up and crowdfunding world.



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





Les enjeux des concepts de « pays tiers sûrs » en matière d'asile

I Christoph TOMETTEN

La reforma del Sistema Europeo Común de Asilo propuesta por la Comisión Europea reestructurará completamente las leyes de asilo de todos los Estados miembros de la Unión Europea. Aspira a hacer obligatoria una aplicación más estricta aún del derecho de asilo. Entre otros, los conceptos de « terceros países seguros » serán extendidos para restringir el acceso de refugiados a la protección internacional. Estas disposiciones no solo cuestionan el alcance de los derechos humanos en la Unión Europea sino también inspiran el diseño de políticas restrictivas en otras regiones del mundo.

Le Parlement européen et le Conseil délibèrent, depuis bientôt deux ans, sur une réforme du régime d'asile européen commun de portée considérable. Les propositions législatives introduites par la Commission européenne en 2016 visent à remplacer les directives européennes en vigueur par des règlements européens d'application directe. En concours avec le principe de primauté du droit européen, ceci rendrait obsolète une grande partie des textes nationaux applicables en la matière et ne laisserait aux États membres que peu de marge de manœuvre. Les conséquences d'une réforme aussi fondamentale ne sont que peu prévisibles, tant pour les administrations et les juridictions chargées de la mettre en œuvre, que pour les demandeurs et les bénéficiaires de protection internationale.

Parmi les nombreuses composantes de cette réforme, les concepts de « pays tiers sûrs » méritent une attention particulière. Ces concepts tendent à restreindre l'accès des réfugiés à la protection internationale. La réforme en cours propose de faciliter leur application et de la rendre contraignante. Ce faisant, elle ne se bornerait pas à rendre la situation des demandeurs de protection internationale plus précaire au sein de l'Union européenne, mais contribuerait à normaliser l'application de ces concepts dans des pays tiers qui s'inspirent aujourd'hui déjà de la politique migratoire européenne.

En l'état du droit actuellement en vigueur dans l'Union européenne, la sûreté d'un pays tiers a pour conséquence l'irrecevabilité de la demande de protection internationale dans trois cas de figure.

Un mécanisme de rejet des demandes d'asile

Tout d'abord, selon l'Article 35 de la directive 2013/32/UE (« Directive Procédure »), une demande de protection internationale est irrecevable lorsque la personne qui la formule s'est vue reconnaître la qualité de réfugié dans un pays tiers et peut encore se prévaloir de cette protection, ou alors jouit, à un autre titre, d'une protection suffisante dans ce pays, y compris du bénéfice du principe de non-refoulement.

sur le statut des réfugiés. Le concept ne peut être appliqué lorsque la présence des personnes concernées dans le pays tiers en question les exposerait à un risque d'atteintes graves à leurs droits au-delà du seuil requis pour l'obtention de la protection subsidiaire dans l'Union européenne. Contrairement au concept de « premier pays d'asile », l'application du concept de « pays tiers sûrs » ne requiert donc pas que les demandeurs d'asile aient obtenu la protection des pays concernés avant leur arrivée en Europe. C'est la simple hypothèse ou présomption de leur sûreté dans un pays tiers qui mène au rejet de la demande d'asile.

Finalement, le concept de « pays tiers européens sûrs » allège les obligations

Contrairement au concept de « premier pays d'asile », l'application du concept de « pays tiers sûrs » ne requiert donc pas que les demandeurs d'asile aient obtenu la protection des pays concernés avant leur arrivée en Europe.

Ce concept du « premier pays d'asile » est applicable à condition que l'intéressé soit réadmis dans le pays tiers en question. Un demandeur de protection internationale bénéficie notamment d'une telle protection lorsqu'un pays tiers lui ayant délivré un document de voyage respecte les garanties de la Convention de 1951 sur le statut des réfugiés.

Ensuite, selon l'Article 38 de la Directive Procédure, le concept de « pays tiers sûrs » permet aux États membres de rejeter les demandes de protection internationale introduites par des personnes qui présentent un lien de connexion avec un pays tiers dans lequel ils bénéficieraient, hypothétiquement, d'un traitement conforme aux principes fondamentaux du droit des réfugiés (non-discrimination, non-refoulement, interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants) et auraient la possibilité d'obtenir une protection internationale conforme avec la Convention de 1951

des États membres quant à l'application du concept de « pays tiers sûrs » à des pays européens ayant ratifié la Convention de 1951 sur le statut des réfugiés sans limitation géographique ainsi que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et disposant d'une procédure d'asile prévue par la loi (Article 39 de la Directive Procédure). Le demandeur de protection internationale peut, certes, contester l'application de ce concept au motif que le pays tiers concerné n'est pas sûr dans son cas particulier. Toutefois, compte tenu du caractère objectif des conditions nécessaires à l'application de ce concept, cela ne lui sera que difficilement possible.

Avant la mise en œuvre de la déclaration de l'Union européenne et de la Turquie du 18 mars 2016,¹ ces concepts n'étaient pas appliqués systématiquement. Alors que la déclaration ne mentionne ni ces concepts ni la possibilité de les appliquer

à la Turquie, seule leur application est en mesure d'assurer la reconduite d'un grand nombre de demandeurs de protection internationale vers la Turquie sans violation flagrante du droit international et européen des réfugiés. Les autorités responsables de l'examen des demandes d'asile sur les îles grecques procèdent aujourd'hui au rejet de la quasi-totalité des demandes en application du concept de « pays tiers sûrs », sauf à démontrer des liens familiaux de nature à envisager un transfert de responsabilité vers un autre État membre en application du Règlement Dublin, tant en première instance administrative qu'en cas de recours. Le Conseil d'État hellénique a confirmé ce point de vue dans ses arrêts n° 2347/2017 et 2348/2017 du 22 septembre 2017. Il a renoncé à saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'un renvoi préjudiciel portant sur l'interprétation du droit européen en la matière, renvoi qui aurait pourtant été opportun.

La facilitation des rejets prévue par la réforme

Dans son arrêt, le Conseil d'État hellénique a écarté les griefs faisant état de l'enfermement et de la reconduite à la frontière de ressortissants syriens vers la Turquie en violation du principe de non-refoulement. Il a par conséquent choisi d'ignorer les graves entraves aux garanties internationales dont doivent pourtant bénéficier les demandeurs de protection internationale dans un pays tiers afin de considérer celui-ci comme sûr. Il se heurte, dans son argumentation, non seulement à l'expertise de nombreuses organisations non-gouvernementales et d'associations professionnelles et syndicales, mais également à l'avis de l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides et de la Commission nationale consultative des droits de l'homme. Ces organes relèvent, d'une part, que le concept de « pays tiers sûrs » ne trouve pas de fondement dans les dispositions de la Convention de 1951 sur le statut des réfugiés. Ils considèrent, d'autre part, que la Turquie ne réunit pas les conditions nécessaires à l'application du concept conformément aux dispositions légales en vigueur.² L'arrêt du Conseil d'État hellénique présente ainsi de graves failles juridiques dont le législateur européen est sans doute conscient. C'est peut-être en raison de celles-ci que les propositions de réforme visent, dans leur ensemble,

à alléger les conditions d'application des concepts de « pays tiers sûrs ».

La réforme touche aux trois concepts susmentionnés. Si l'on peut saluer le fait que l'Article 44 de la proposition d'un Règlement Procédure³ concrétise les conditions d'application du concept de premier pays d'asile en signalant désormais que la qualité de réfugié dont doit bénéficier l'intéressé doit correspondre aux garanties de la Convention de 1951 sur le statut des réfugiés, il est déplorable que l'Article 45 de cette proposition allège les conditions d'application du concept de « pays tiers sûrs ». Le concept de « pays tiers européen sûr », lui, serait supprimé par la réforme.

Selon les dispositions de la proposition de règlement, l'application du concept de pays tiers sûrs ne serait plus subordonnée à la possibilité pour l'intéressé d'obtenir une protection conforme à la Convention de 1951 sur le statut des réfugiés dans le pays tiers. Dorénavant, une protection conforme aux dispositions substantielles de ladite Convention serait suffisante. L'effet de ce changement sémantique est à présent peu prévisible, mais le contexte politique de la réforme permet de supposer que la Commission espère ainsi assurer l'application du concept à la Turquie, pays qui maintient la limitation géographique de la Convention de 1951 sur le statut des réfugiés et n'en respecte pas toutes les dispositions.

Par ailleurs, la proposition de règlement supprime le critère de lien de connexion entre l'intéressé et le pays tiers et permettrait ainsi son application dans l'hypothèse où un quelconque pays tiers se déclarerait prêt à accueillir l'intéressé. Ceci permettrait, dans un avenir proche, l'élaboration d'accords de réadmission avec des pays tiers qui, d'une part, seraient prêts à accueillir des personnes déboutées de la protection internationale dans l'Union européenne moyennant quelque avantage financier ou autre, et d'autre part, réuniraient les conditions nécessaires afin d'être considérés comme sûrs au sens du droit européen. Il s'agit là non pas d'une conjecture paranoïaque, mais bien d'un système appliqué d'ores et déjà sur le principe dans les relations entre Israël et certains pays d'Afrique de l'Est.

Une réforme portant atteinte au respect de la vie familiale

Non seulement, le projet de réforme faciliterait l'application du concept de « pays tiers sûrs », mais encore la rendrait-il obligatoire : selon l'Article 3(3) de la proposition d'un nouveau Règlement Dublin,⁴ tous les États membres devraient dorénavant se pencher sur ce concept au cas par cas avant même la détermination de l'État membre responsable de l'examen de la demande de protection internationale sur le fond. Cette responsabilité incombe, selon les Articles 8 à 11 du règlement Dublin en vigueur, à l'État membre où se trouvent des membres de la famille de l'intéressé. En l'absence de membres de famille sur le territoire de l'Union européenne, la responsabilité incombe à l'État ayant délivré un visa ou un titre de séjour (Article 12) ou, finalement, à l'État dont la frontière a été franchie en premier lieu (Articles 13 et 14). Toutefois, selon la clause de souveraineté contenue à l'Article 17(1) du Règlement en vigueur, tout État membre est libre de procéder à l'examen de quelconque demande d'asile s'il le désire. C'est notamment ce qu'ont fait l'Allemagne et la Suède face à l'arrivée de grand nombre de réfugiés sur leurs territoires dès l'été 2015.

La Commission propose aujourd'hui de restreindre l'exercice de la clause de souveraineté à des situations concernant des membres de la famille élargie de personnes déjà présentes sur le territoire d'un État membre (Article 19(1) de la proposition d'un nouveau Règlement Dublin) et de le subordonner à certains délais. Parmi les effets néfastes de cette proposition, il en est un qui est à soulever plus particulièrement : la clause de souveraineté ne pourrait pas, selon les textes proposés, être appliquée afin de regrouper la famille nucléaire au sein de l'Union européenne, car elle ne concerne que les membres de la famille élargie. Ainsi, des familles séparées après leur arrivée sur le territoire de l'Union européenne se verraient privées d'un avenir commun. Cette conséquence est tellement contradictoire qu'elle ne peut être voulue par le législateur européen et, certes, les juridictions européennes pourraient facilement interpréter les dispositions applicables de manière à

assurer le respect de la vie familiale des personnes concernées, mais les juridictions européennes qui ne sont bien souvent saisies qu'après l'épuisement des voies de recours au niveau national ne statueraient donc probablement qu'après l'écoulement de longs délais.

Vers une normalisation néfaste du concept de « pays tiers sûrs »

Face aux nombreux problèmes qu'occasionnent les propositions de réforme de la Commission, le Parlement européen, à travers sa Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, s'est notamment déclaré défavorable à l'application préalable du concept de « pays tiers sûrs » à certaines catégories de demandeurs de protection internationale : ceux dont des membres de famille se trouvent déjà sur le territoire de l'Union européenne, ainsi que les personnes particulièrement vulnérables et donc en besoin de garanties de procédure spécifique.⁵ Sur le fondement du rapport de la Commission, le Parlement européen a décidé d'engager des négociations interinstitutionnelles avec le Conseil de l'Union européenne le 16 novembre 2017 alors que les négociations au sein du Conseil n'ont pas encore abouti à une position commune de la majorité de ses membres. Il reste à espérer que le Conseil s'engagera également à maintenir, en Europe, un régime de protection internationale digne de ce nom et à limiter les effets pervers qu'un durcissement du régime européen d'asile commun aurait sur d'autres régions du monde. Ces effets sont déjà aujourd'hui visibles.

Les concepts susmentionnés ne sont pas particuliers à l'Europe. Ils ont notamment été introduits en droit australien, canadien et turc,⁶ témoins de l'influence normative de l'Union européenne à l'échelle internationale. Cette influence devrait être prise en considération lors des travaux législatifs au sein de l'Union européenne et engager celle-ci à prendre conscience de sa responsabilité globale. Car s'il est vrai que dans l'Union européenne, le recours est possible contre les décisions prises à l'encontre de demandeurs d'asile sur le fondement de concepts restrictifs, la qualité du système juridictionnel est loin d'être la même dans d'autres pays. Un même concept peut éventuellement être appliqué

de manière conforme au droit international dans un pays, mais faute de recours effectifs, ne pas l'être dans d'autres.

C'est aussi à l'échelle internationale qu'apparaissent clairement les conséquences néfastes que peut avoir l'application du concept de sûreté d'un pays tiers. Le gouvernement israélien rejette de manière systématique les demandes d'asile de ressortissants érythréens et soudanais et les incite à quitter le territoire israélien vers des pays tiers en Afrique de l'Est, que ce soit avant ou après le rejet de leur demande. Alors que ces retours se font, jusqu'à présent, avec l'accord des personnes concernées – le caractère volontaire de cet accord étant toutefois contesté – les autorités israéliennes se voient toutefois amenées à justifier cette procédure en affirmant la sûreté des pays d'accueil. Cette approche est partagée par la Haute Cour de Justice israélienne dans son arrêt n° 8101/15 du 28 août 2017 (*Zegete./Ministre de l'Intérieur*). Or, si ces pays n'ont pas publiquement admis être de ceux avec lesquels Israël a traité, les recherches de nombreuses organisations non-gouvernementales indiquent que les intéressés sont reconduits vers le Rwanda et l'Ouganda sans pour autant y obtenir accès à une procédure d'asile ou à un quelconque forme de séjour légal.⁷ La procédure de retour peut donc être qualifiée de double application du concept de pays tiers sûrs : pour Israël, nul besoin d'accorder la protection internationale s'il est possible de renvoyer les intéressés vers des pays où ils y auraient accès ; pour le Rwanda et l'Ouganda, nul besoin d'accorder la protection internationale qui aurait déjà pu être obtenue en Israël.

Cette création de personnes en limbes de la protection internationale présente un rapport étroit avec les négociations actuelles dans l'Union européenne. Car les propositions de la Commission visent bien à rendre possible l'application du concept de « pays tiers sûrs » en l'absence d'un lien de connexion avec les pays tiers en question. Si cela aboutit, le droit de l'Union européenne permettrait la négociation d'accords tout à fait semblables à ceux conclus, secrètement, entre Israël et certains pays d'Afrique de l'Est. La possibilité d'un tel développement, à rebours de la solidarité internationale, de la protection effective et des droits des réfugiés, en appelle à tous ceux qui veillent au respect des droits de l'homme et des réfugiés à suivre de près la réforme en cours.

Christoph TOMETTEN, LL.M.

Avocat

Kanzlei Kottbusser Damm

Berlin, Allemagne

tometten@kanzlei-kottbusser-damm.de

1. La déclaration et ses conséquences ont fait l'objet de plusieurs articles dans le numéro 3/2016 de ce magazine.

2. Voir Audition de M. Pascal Brice, directeur général de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides au Sénat, le 18 mai 2016: <http://www.senat.fr/rap/r16-038/r16-03825.html> (consulté le 15 février 2018); avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme sur le « concept de pays tiers sûr » du 19 décembre 2017: http://www.cncdh.fr/sites/default/files/171219_avis_concept_pays_tiers_sur_5.pdf (consulté le 15 février 2018).

3. Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE (COM(2016) 467 final).

4. Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte) (COM(2016) 270 final).

5. Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte) (COM(2016)0270 – C8-0173/2016 – 2016/0133(COD)).

6. Voir notamment ABA ROLI Turkey, Promoting Legal Awareness and Information for Syrian Refugees in Turkey, *Juriste International* 2016(3), pp. 26s.

7. Yotam Gidron, Israel's High Court allows transfers of Sudanese and Eritreans to Rwanda and Uganda but strikes down indefinite imprisonment: an analysis, 21 September 2017: <http://refugee-rights.org/israels-high-court-allows-transfers-of-sudanese-and-eritreans-to-rwanda-and-uganda-but-strikes-down-indefinite-imprisonment-an-analysis/> (consulté le 15 février 2018); Hotline for Refugees and Migrants, *Deported to the Unknown*, December 2015: <https://hotline.org.il/wp-content/uploads/2015/12/Deported-To-The-Unknown.pdf> (consulté le 15 février 2018); International Refugee Rights Initiative, « I was left with nothing »: « Voluntary » departures of asylum seekers from Israel to Rwanda and Uganda, September 2015: <http://www.refworld.org/docid/55e8334.html> (consulté le 15 février 2018).



« Les victimes sont au cœur du travail de la Cour »¹ Mais avec quels droits ?

I Julie GOFFIN

Billet d'humeur

Le Statut de Rome fut et reste commenté comme une avancée notable pour le droit des victimes : elles ont la qualité de participants à la procédure.

Après les Tribunaux pénaux internationaux (TPI) qui excluaient toute intervention de victimes dans les procès, celles-ci se trouvent devant une « avancée majeure » dans la reconnaissance de leurs droits et l'on s'étonne, ça et là, qu'elles réclament plus de prérogatives, que leurs avocats² expriment leur mécontentement.

Les victimes ne sont pas parties à la procédure devant la Cour pénale internationale (CPI) ; elles ne sont ni totalement dedans ni totalement dehors... elles participent....

Elles n'ont jamais de droits acquis, ceux-ci sont « négociés », attribué au cas par cas, rarement d'initiative et surtout jamais, par principe, à hauteur des droits des parties (Procureur et Défense).

Les organes de la Cour – tous – n'ont de cesse de proclamer leur intérêt pour le sort des victimes avec la même ardeur, qu'il s'agisse du Procureur, du Greffe ou de la Présidence. Et pourtant lorsqu'il s'agit de leur reconnaître des droits en salle d'audience et une représentation légale digne de ce nom, l'entrain subitement s'affaiblit.

Il est admis que les victimes doivent être présentes à la Cour, certainement – après tout, il n'y aurait pas de Cour s'il n'y avait pas de victime, admettons-le – mais il ne faut pas pour autant qu'elles viennent chambouler le système pensé il y a 20 ans sur des projections théoriques et sur lequel s'est construite une procédure dont l'objectif premier a été de développer un cadre tellement verrouillé qu'il apparaît comme un labyrinthe dans lequel est projeté la victime et son avocat, le jour où elle s'en voit attribuer un.

L'entrée dans la procédure, les premiers contacts des victimes avec l'environnement

judiciaire se font via le Greffe qui enregistre les demandes de participation. Pas d'avocat à ce moment-là. La victime ne connaît pas les éléments clés du dossier dans lequel elle sollicite de pouvoir se faire entendre, avoir une vérité à apporter ou même juste une voix à porter. Si, par malheur, elle communique des éléments qui pourront lui être défavorables, qui ne sont pas pertinents pour la procédure et/ou relèvent de sa vie privée, peu importe, tout est enregistré par le Greffe et rentré dans la base de données pour être communiqué aux Chambres qui statueront sur leur demande. Tant pis si la victime s'est trompée, tant pis si elle a commis des erreurs, des mauvais choix dans ses déclarations, tant pis si elle n'a pas tout dit par peur, par ignorance ; pas de droit à un avocat à ce moment-là et adienne que pourra

s'engagent dans la défense des victimes. Il est difficile pour l'avocat des victimes devant la Cour de se départir de l'impression qu'on attribue à ses clients des droits au rabais.

À ce jour, la majorité des victimes sont représentées par un organe du Greffe, le Bureau du Conseil public pour les victimes (BCPV). L'argument du nombre de victimes potentielles dans chaque dossier a progressivement justifié l'exclusion totale du principe fondamental du choix de l'avocat pour la désignation d'un représentant commun qui ne procède pas du choix des victimes.

Au moins deux arguments évidents plaident pour une remise en cause de ce système de représentation par le BCPV.

L'argument du nombre de victimes potentielles dans chaque dossier a progressivement justifié l'exclusion totale du principe fondamental du choix de l'avocat pour la désignation d'un représentant commun qui ne procède pas du choix des victimes.

de sa demande. Pour celle qui, à l'inverse, voit la porte de la procédure s'ouvrir alors qu'il apparaîtra que sa demande ne remplit pas les critères procéduraux, il appartiendra à l'avocat désigné ultérieurement de se débrouiller avec ce dossier qui lui aura été transmis comme une pochette surprise. Et à l'un ou l'autre moment, dans tous les procès devant la Cour, l'on reprochera aux victimes de ralentir la procédure car tel est l'argument si souvent opposé aux avocats des victimes dont on limite le temps de parole, la longueur des écritures, les interventions ou leur contenu sur des critères qui en disent long parfois sur la façon dont l'intérêt des victimes peut être évalué dans les procédures.

Si l'argument pris du retard porté à la procédure peut être légitimement entendu de la Défense, comment accepter qu'il émane des juges qui, dans le même temps, ont développé une pratique posant les balises de ce qui se révèle être un véritable parcours du combattant pour ceux qui

La nature même de l'organe et son absence structurelle d'indépendance par rapport au Greffe dont il relève posent d'elles-mêmes une difficulté majeure sur laquelle il n'est pas besoin de s'étendre.

La qualité de la représentation pose une autre préoccupation sérieuse lorsque l'on sait que ce sont des milliers de victimes qui sont représentées dans les différents dossiers, portant le total d'individus représentés à un nombre pharamineux, par une équipe réduite à quelques personnes au sein de ce Bureau. Cette réalité pose deux problèmes majeurs, l'impossibilité d'assurer une représentation qui puisse être à l'écoute des individus dont les droits sont défendus et dont les vues et préoccupations individuelles doivent être écoutées, quels que soit le caractère global de l'expression de ces vues et préoccupations et le caractère commun de la représentation qui leur a été imposée³, et la survenance inévitable de conflits d'intérêt au vu de la configuration des différents dossiers⁴.

La pratique démontre que ces préoccupations ne relèvent pas de l'imagination mais qu'au contraire les difficultés évoquées ci-dessous – et bien d'autres – forment une réalité qui confirme la nécessité d'exclure ce mode de représentation des victimes dans la procédure. Malheureusement la confidentialité des procédures devant la Cour, soigneusement préservée sur ces questions, rend impossible une quelconque visibilité de l'ampleur du problème⁵.

Les victimes sont placées au centre des activités d'une série d'organes du Greffe⁶, dont les compétences ont été définies sur un scénario qui apparaît aujourd'hui inadéquat sur bien des points. Il crée des ambiguïtés dans le meilleur des cas et de luttes de pouvoir dans le pire. Dans cette configuration, les victimes sont prises en main à chaque pas avec toutes les précautions pour éviter de donner la moindre résonance à des préoccupations qui bousculeraient le système mis en place.

Devant la multitude d'organes créés autour des victimes, les Chambres elles-mêmes semblent parfois prises dans un tourbillon qui les amène à déléguer des compétences dont on ne pourrait concevoir en tant que défenseurs de droits qu'elles ne soient pas tranchées dans un débat contradictoire par un organe judiciaire⁷.

Il n'est pas exagéré de considérer que l'adoption du Statut de Rome et son entrée en vigueur relèvent du miracle. Je ne peux admettre que l'énergie et la conviction qui ont présidé au travail ayant permis à cette Cour d'exister ne puisse surpasser les alibis ressassés du ralentissement de la procédure ou du nombre et être engagés dans la construction d'un mode de représentation des victimes indépendant et effectif au sens où nous l'entendons comme avocats ou comme défenseurs des droits de l'homme.

Cette conviction ne repose pas sur une analyse théorique des difficultés évoquées ci-dessus ou sur un protectionnisme basique, mais sur une expérience de plus de dix ans auprès d'avocats passionnés et avant tout sur mon appréciation de ce que représente le meilleur intérêt des victimes dans la procédure au regard de LEUR parole. Qui d'autre que l'avocat est mieux à même de porter cette parole sans autre intérêt que celui de la personne qui l'a désigné pour ce faire ?

J'ai bon espoir qu'il apparaisse un jour évident à tous les acteurs du système créé par le Statut de Rome⁸ qu'il y va de l'intérêt de la Cour elle-même.

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

1. Déclaration du Greffier de la CPI à l'occasion de la remise du prix des droits de l'homme de Stockholm 2017, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1344&ln=fr>
2. Appelés devant la CPI « Représentants légaux ».
3. Les victimes se voient imposer un représentant légal commun compte tenu de l'impossibilité de désigner les avocats de leur choix au vu du nombre potentiel de représentants que cela pourrait impliquer dans chaque procès.
4. Plusieurs dossiers devant la Cour sont liés d'un point de vue géographique et temporel, impliquant des communautés dont les intérêts sont opposés et dont les membres sont d'un côté comme de l'autre représentés par le BCPV.
5. Pour une analyse développée de la question, voir le rapport de Human Rights Watch « Qui nous défendra ? La représentation légale des victimes à la CPI dans l'affaire Ongwen et au-delà. »
6. Section de la participation et de la réparation pour les victimes, Section de la protection des témoins et des victimes, Bureau du Conseil public pour les victimes.
7. Exemple : Dans plusieurs affaires, la décision sur un transfert de droit résultant du décès d'une victime et à la désignation d'un reprenneur est de facto transférée au Greffe.
8. Outre son mandat judiciaire, la Cour développe une série de tâches de natures diverses (*outreach* et autres procédures de sensibilisation, actions auprès des médias et de la communauté internationale, ...)

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.

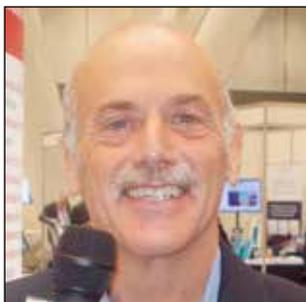
Informations

Union Internationale des Avocats
20, rue Drouot
75009 Paris - France

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



Responsible Growth: The Business and Economic Incentive for the Advancement of the Rule of Law and Protection of Human Rights



■ Samantha DAVIES
& Nigel ROBERTS



The business and economic incentive for the advancement of the rule of law and protection of human rights was the topic of an excellent panel held at the UIA Congress in Toronto in October 2017 with experts from the UK, USA, Canada, France and Spain, providing their insight and expertise. Despite measures to promote the rule of law around the world in the current changing geo-political landscape application of the rule of law is by no means a foregone conclusion. Whether we consider the European Union's unprecedented disciplinary action in relation to Poland's judicial reforms within the Supreme Court and National Judicial Council or the repercussions of the Oderbrecht scandal in Latin America, it is becoming increasingly clear that the effective application of the rule of law is a fundamental principle that cannot be taken for granted by any democratic state.

Companies often face major challenges in seeking to work in a predictable business environment and maintaining ethical standards. Investment and growth may be stifled where companies cannot feel assured of stability in target regions. Effective application of the rule of law allows businesses to compete fairly, while ensuring the protection of citizens and promoting stability.

The panel discussed global standards for the rule of law and the extent to which recent socio-economic and political developments give rise to a potential threat to the application of the rule of law. Participants considered the steps companies can take

with a view to encouraging the rule of law as a CSR imperative in regions where they are active. Particular consideration was given to the UN Global Compact "Business for Rule of Law Framework" and how businesses can support the rule of law through their core business activities. We set out below some helpful insights from the panellists:

Ian McDougall, EVP and General Counsel for LexisNexis, opened the session by presenting a definition for the rule of law: Equality Under the Law + Transparency of Law + Judiciary + Accessible Legal Remedy.

Ian McDougall highlighted the business and economic incentive for the Rule of Law and referenced the Business for the Rule of Law (B4ROL) project with the United Nations Global Compact (UNGC), which culminated in the B4ROL Principles which were launched by the UNGC and have been adopted by over 200 business entities to date.

Ian also gave some insight into LexisNexis' strategic approach for advancing the Rule of Law by partnering with customers and leveraging their core skills, such as technology, and other specific projects for advancing the rule of law.

As Mr. McDougall remarked,

"Advancing equality and accountability under the law, transparency of laws, and access to laws, including those that protect fundamental human rights, among other critical aspects of the rule of law, not only benefit the greater good, but are imperative to protecting and

supporting the goals of global business. Studies show a direct connection with GDP, the economic growth of a country, and the rule of law. While lawyers should lead this effort, we need to engage one of the biggest sectors of society that can make an immediate and significant difference - the business community."

Fred Headon, Assistant General Counsel Labor and Employment Law at Air Canada and a past President of the Canadian Bar Association, provided a corporate perspective on the topic. Fred spoke of the fact that globalisation has made the need for businesses to engage with human rights issues all the more pressing. Fred commented:

"Few businesses operate without any international contact, and from enforcing contractual rights to ensuring legal and ethical standards are met, the rule of law is essential. Operating in states without functioning institutions, including legal institutions, magnifies the risk companies manage because they are not able to rely on the contracts they sign."

"Businesses operating internationally are well placed to reinforce the importance of the rule of law which can take many forms. For example, at Air Canada, we have trained some of the operating employees on how to identify behaviours which may be indicative of human trafficking being present or travellers involved in sex tourism."

"Human trafficking is one of the most tragic human rights issues of our time and the third-biggest criminal enterprise in the world."

We were also very fortunate to have participants representing all of the UIA's official languages.

Also present on the panel was **Carmen Pombo, Director of the Fundación Fernando Pombo in Spain**¹.

Carmen spoke about the opportunity for responsible growth through social entrepreneurship and the fact that there is now a new role for corporate lawyers in working to uphold and promote ethical standards for business. Highlights from her presentation were as follows:

1. Profits alone are not a good indicator for responsible growth, the key question for corporates must now be HOW companies make profits. There is a clear business case for human rights compliance and investment in social entrepreneurship.
2. The lawyer's role has evolved; lawyers must not only advise upon what can be done but must also advise companies what ought to be done. Lawyers should now see themselves as social leaders.
3. The application of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (the "Guiding Principles") by the legal profession, regardless of whether they come from a civil law or common law tradition, is indicative of a triumph of ethical codes of professional conduct.
4. Pro bono work represents a tool for the development of this new role of corporate lawyers in connection with business and human rights.
5. Corporate lawyers must now have the knowledge of the Guiding Principles at their fingertips so that they can properly advise and guide the growing number of companies that wish to promote sustainable growth.

The panel spoke very candidly about the fact that businesses do not operate in a political vacuum and cannot insulate themselves from geo-political developments. Conflict and instability in regions where businesses operate will often severely impact their activities. Businesses must ensure that they continue to respect the universal principles of respect for human rights and the rule of law even in such challenging circumstances.

Philippe-Henri Dutheil, Président de la Commission des Affaires, Européennes et Internationales (2015-2017), Conseil National des Barreaux (France) spoke of the challenges faced by businesses operating in conflict zones or countries recovering from recent crisis situations.

En maintenant leurs activités dans les zones de conflits, les entreprises prennent de nombreux risques économiques, politiques et sécuritaires et bien souvent, force est de constater que l'État de droit y est largement affaibli, voire inexistant. Une entreprise qui travaille dans une zone de guerre ou de post-crise devient une partie prenante d'un environnement militaire. Nombreux sont les exemples: des sociétés qui ont alimenté pendant des années le trafic de « diamants du sang » mené par des groupes rebelles au Libéria et en République démocratique du Congo, des entreprises rémunérant des milices paramilitaires en Colombie dans les années 90 et 2000 et, plus récemment, un groupe franco-suisse admettant avoir eu recours à des arrangements en Syrie pour maintenir en activité une de ses usines.

C'est pourquoi le Conseil National des Barreaux a élaboré un outil pratique à destination des avocats, le guide « Entreprises et droits de l'homme » afin de les encourager à prendre ce sujet en considération, notamment au vu de l'évolution législative que la France a connu avec le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

As well as having the benefit of institutional members such as Philippe-Henri, the panel was also joined by **Christina Koulias, Senior Manager, Anti-Corruption and Global Governance, UN Global Compact**, who spoke of the UN Global Compact's mandate – as adopted by the UN General Assembly – which is to promote responsible business practices and UN values including the recently adopted Sustainable Development Goals (SDGs). The UN Global Compact is a call to businesses everywhere to align their operations and strategies with ten universally accepted principles in the areas of human rights, labour, environment and anti-corruption and take action in support of UN goals. Businesses are then required to report

Businesses must ensure that they continue to respect the universal principles of respect for human rights and the rule of law even in such challenging circumstances.

Pourtant, les entreprises font face à une responsabilité croissante, a fortiori dans les zones de conflits où se commettent les plus importants crimes contre l'humanité et dont les acteurs sont souvent financés par l'exploitation et l'exportation de ressources naturelles. Les entreprises doivent, dès lors, penser l'impact de leur activité économique, et ce, de manière plus globale: leur devoir ne s'arrête pas aux portes de leur lieu de production. Elles doivent être attentives aux modalités d'acheminements vers et au départ des appareils productifs afin de prévenir un financement indirect du conflit ou un soutien logistique aux belligérants, mettre en place des obligations contractuelles liant filiales et sous-traitants et notamment les transporteurs, contrôler le respect de ces clauses.

Face à ces difficultés, le rôle de l'avocat est primordial. En tant que conseil des entreprises ou en étant les gardiens des droits de l'homme, les avocats sont les mieux à même de faire en sorte que l'Etat de droit soit le plus fort possible.

annually on their progress in doing so. Ms. Koulias also stressed the growing need for co-operation between all the relevant partners and that, now more than ever, governments and civil society are turning to responsible businesses to lend their support to sustainable development. The UN Global Compact acknowledges that real change requires action and that businesses are uniquely positioned to mobilise the resources required to advance economic, social and environmental development and enable the realisation of the SDGs.

Key texts for anyone interested in furthering these objectives:

- Business for the Rule of Law Framework (English)
- Guide for General Counsel on Corporate Sustainability (English)
- UN Guiding Principles on Business and Human Rights ('Guiding Principles') (English)(French)

Concours international de plaidoiries des avocats pour les droits de l'homme

Mémorial de Caen
28 janvier 2018

There is also an increasing acknowledgement of the critical role lawyers can play in advancing corporate sustainability. Whether working as an internal or external advisor, counsels are encouraged to leverage their special position to advise businesses on not only what is legally permissible but also on what is socially acceptable. Enlightened lawyers can highlight the benefits of socially responsible practices and foster a culture that encourages all lawyers to be key agents for change. Consistent with the Guiding Principles, it is the duty of states to protect human rights and responsibility of businesses to respect human rights.

Application and strengthening of the rule of law – both procedurally and substantively – will ensure that these objectives are achieved.

The Panel was adeptly assisted by Stéphane Bonifassi (Bonifassi Avocats, Paris) who enabled seamless moderation of the session translating and elucidating the nuances of the legal terms used within our various national jurisdictions. It was a lively and informative session with spirited contributions from the floor and much insight gained by all. It is clear that as lawyers we are uniquely placed to encourage businesses to aim for the highest standards. Let us rise to the challenge!

See you all in Porto! #Porto2018

Samantha DAVIES
*President of the UIA Business and Human Rights Commission
London, United Kingdom
barrister@samanthadavieslegal.com*

Nigel ROBERTS
*Vice President, Global Associations LexisNexis Legal & Professional
New York, NY, United States
Nigel.roberts@lexisnexis.com*

1. <http://www.fundacionpombo.org/en/carmen-pombo-morales/>.

L'UIA, représentée par M^e Maxime Delhomme, Directeur Adjoint à l'UIA-IROL, a offert au lauréat une année d'adhésion à l'association ainsi que les frais d'inscription et d'hébergement au congrès de Porto, Portugal, du 30 octobre au 3 novembre 2018.

Les neuf finalistes restants se sont vu offrir une année d'adhésion à l'association ainsi que les frais d'inscription à l'un des séminaires de l'année 2018.

Président d'honneur du jury 2018

M. Philippe Bilger, magistrat honoraire, Président de l'Institut de la Parole.

Les finalistes

- La « trans panic defense » : une atteinte à la dignité des victimes
Océane HORN, Barreau de Marseille, France
- L'Oublié des 672
Léa PERENNES, Barreau de Brest, France
- Un silence assourdissant
Elodie VICTOR, Barreau de Paris, France
- Au Népal, la pratique du Chhaupadi, le confinement menstruel, met les femmes en danger
Marie-Andrée WEISS, Barreau de Strasbourg, France
- Plaidoirie pour Taner Kiliç
Alexandra DUMITRESCO, Barreau de Hauts-de-Seine, France
- Deux ans sous état d'urgence
Antoine CHAUDEY, Barreau de Lille, France
- Bénin : les « vidomègon », ces nouveaux esclaves urbains !
Brice HOUSSOU, Barreau du Bénin
- Cachez ces français qu'on ne saurait revoir : le cas de Mélina et ses enfants
Anaïs MEHIRI, Barreau de Paris, France

■ Otto Warmbier / Faute & mort par-delà le vrai & le faux

Florence MOUSSIER, Barreau de Colmar, France

■ « Tu ne mangeras point du fruit de l'arbre défendu » : Eva et le stigmate de l'homosexualité féminine

Adriana Laura ALEMANDI, Barreau de Santa Fe, Argentine

Les lauréats

1^{er} prix

Prix de la Ville de Caen et du Mémorial de Caen

Antoine CHAUDEY, Barreau de Lille, France

2^e prix

Prix du Barreau

Marie-Andrée WEISS, Barreau de Strasbourg, France

3^e prix

Prix du public

Alexandra DUMITRESCO, Barreau de Hauts-de-Seine, France

Rendez-vous en 2019 pour la 30^e édition du Concours international de plaidoiries des avocats !

Plus d'informations sur :
www.memorial-plaidoiries.fr



Deux ans sous état d'urgence

I Antoine CHAUDEY

1^{er} prix
Mémorial
de Caen 2018

Choice of Cause

The French are still deeply bruised by the various attacks perpetrated on their soil, as the threat remains still present today. The numerous legislations adopted in recent years by the successive French governments' aim to respond to the request of security and rigour expressed by the population.

Nevertheless, beyond the legitimate emotion caused by these dramatic events, I am convinced that we must proceed with a thorough reflection on the political and legislative orientations adopted by French representatives, in terms of security and counterterrorism. The measures put in place in recent months, which I come back to in my speech, do in fact contain, in themselves, a certain number of risks of abuse.

But the protection of the fundamental freedoms of all citizens must remain a top priority, and history has repeatedly taught us that the end must never justify the means. By mentioning the special case of

Maxime, who I assisted during a custody measure, and within the limits given to me by the Caen Memorial, I wanted to give some solutions, which I hope will be useful to apprehend the risks associated with the introduction of an exceptional legislation, while France seems to be at a new turning point in its history.

Summary

The state of emergency was decreed by the French President François Hollande in the night of 13 to 14 November 2015, while the assault in Bataclan had not yet been conducted. After several successive extensions, it ended on November 1, 2017, with the adoption of the new anti-terrorism law in France. Nevertheless, most of the measures provided by the state of emergency have been renewed.

Through the story of Maxime, under house arrest, I wanted to warn about the risks associated with the implementation of exceptional legislation, and the threats it represents to the protection of our fundamental freedoms.

pas alors ma stupéfaction à la découverte de cet homme, grand échelas aux mains tremblantes, à la barbe rousse et épaisse, totalement hésitant et apeuré !

Il ne ressemblait en rien à l'image fantasmée que je m'étais faite de lui, et je fis de nouveau cette expérience bouleversante, que je renouvellerai souvent par la suite : le Mal – conception diffuse – avait en réalité un visage humain.

Maxime me retraça brièvement son parcours : la trentaine, enfant des classes moyennes de la banlieue dunkerquoise, il s'était rapidement réfugié dans la religion, comme un palliatif à ses manques de repères. Il avait alors rencontré une jeune femme, qui devint rapidement son épouse, et avec laquelle il venait d'avoir un enfant. Il avait entrepris des études d'aide-soignant, avant d'être assigné à résidence, la veille de son examen final, ses comptes bancaires ayant préalablement été gelés.

Musulman pratiquant, lui ? Assurément me disait-il, et avec une pratique plutôt rigoureuse et exigeante de la religion.

Islamiste radical ? Certainement pas.

Il lui était, certes, arrivé de rencontrer une fois, dans le cadre de sa pratique religieuse, un individu fiché S, avec lequel il avait partagé un repas. Il lui était, certes, arrivé de se rendre sur des sites Internet extrémistes, pour débattre. Il lui était, certes, arrivé de consulter une littérature peu orthodoxe.

Il ne s'agissait néanmoins que de lectures, m'assurait-il, de débats ou de rencontres, aux grès des prières... Maxime disposait en réalité d'un casier judiciaire vierge, n'avait jamais tenté de se rendre en Syrie ou ailleurs, et la perquisition administrative réalisée à son domicile s'était avérée négative !

Cela faisait pourtant plus de six mois qu'il était assigné à résidence dans un petit village de 800 âmes qu'il ne pouvait quitter,

Deux ans sous état d'urgence

J'ai rencontré Maxime par une morose après-midi de janvier, au détour de l'une de ces permanences garde à vue que j'enchaînais à la pelle, et où se côtoient la violence et la misère humaine.

Lorsque j'ai été contacté pour l'assister, il ne m'a été précisé que le motif de son placement en garde à vue : à savoir la violation de ses obligations dans le cadre d'une assignation à résidence.

Je compris en réalité immédiatement que l'on me demandait de prêter mon concours à un individu suspecté d'appartenir à la mouvance islamiste, assigné, à ce titre, à résidence dans le cadre de l'état d'urgence, et n'ayant pas respecté les obligations auxquelles il était astreint. Ce qui constitue une infraction autonome.

J'appréhendais une atmosphère particulière, lourde et délétère, dans le contexte d'une France encore et toujours profondément blessée par les différents attentats perpétrés sur son territoire ; je craignais la rencontre avec un Mal qui me dépassait, avec une idéologie meurtrière et liberticide, à laquelle tout m'opposait.

Ce n'est donc pas sans quelques réticences que je me présentais, en cette triste après-midi de janvier, dans les austères locaux de la police judiciaire de Lille.

Après les quelques formalités d'usage, je pris place dans l'étroit local réservé aux entretiens avec les avocats, à peine éclairé de sa lumière blafarde et grésillante.

Maxime me fut rapidement présenté. Il prit place en face de moi. Quelle ne fut

contraint d'aller signer trois fois par jours à la gendarmerie, sans activité, ni ressources financières.

Il avait bien tenté de contester son assignation devant le Tribunal administratif... En vain cependant.

Alors Maxime avait cédé ; oui, me disait-il, il avait bien violé ses obligations. Une première fois pour se rendre au bowling, une seconde au cinéma, pour tromper l'ennui d'un quotidien trop pesant. Une autre fois, encore, pour accompagner son fils à un rendez-vous médical d'urgence. Une dernière fois surtout, au détour d'une balade en compagnie de son fils, pour rendre un Coran à un ami, assigné à résidence lui aussi.

Voilà ce qu'on lui reprochait, et qui justifiait son placement en garde à vue. Rien d'autre en réalité que des soupçons d'appartenance à la mouvance islamique, peu étayés, ayant entraîné la fixation d'obligations extrêmement restrictives, lesquelles, dans une simple aspiration à la liberté, avaient été violées.

C'est ce qu'il indiqua sans aucune réticence aux policiers, lors de ses auditions.

Dialogue de sourds néanmoins : toute discussion se révéla impossible, tant il lui fut systématiquement opposé la *taqiya*, le fameux art de la dissimulation, cher aux partisans de Daesh.

Il fut déféré le lendemain après-midi devant le Tribunal correctionnel de Dunkerque. J'ai ensuite appris qu'il avait été condamné à la peine de 8 mois d'emprisonnement ferme, avec mandat de dépôt, et mise à exécution immédiate.

C'est alors que je me suis demandé pour la première fois si nous n'étions pas en train de basculer dans une république des suspects.

L'état d'urgence a été proclamé par le Président de la République François Hollande dans la nuit du 13 au 14 novembre 2015, avant de faire l'objet de 6 prorogations successives, pour une durée totale de 719 jours, soit jusqu'au 1^{er} novembre 2017, et l'adoption de la nouvelle loi antiterroriste.

L'état d'urgence permettait, au Ministre de l'Intérieur, notamment, de prendre des mesures exceptionnelles, sans contrôle de l'autorité judiciaire : assignation à résidence, perquisitions administratives, fermeture de lieux de culte, contrôles d'identité renforcés... Tout en se soustrayant aux obligations de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il était ainsi possible d'obliger une personne à rester à son domicile entre 20 heures et 6 heures du matin, de la contraindre à se présenter 3 fois par jour au commissariat, et de lui interdire de quitter le périmètre de sa commune, sans qu'aucune infraction pénale ne lui soit reprochée.

cette assistance maternelle dont l'agrément a été retiré par le Conseil général, suite à des soupçons d'appartenance à la mouvance islamiste visant son mari, et finalement non démontrés... Cette dame n'a plus de travail aujourd'hui. Elle subit malheureusement la solitude, le déclassement et l'ostracisation sociale.

Au total, ce sont plus de 4 600 perquisitions qui ont été réalisées, pour seulement 23 procédures ouvertes au parquet antiterroriste de Paris.

Au 30 octobre 2017, encore huit personnes étaient assignées à résidence depuis plus de deux ans ...!

L'état d'urgence permettait, au Ministre de l'Intérieur, notamment, de prendre des mesures exceptionnelles, sans contrôle de l'autorité judiciaire [...].

Ces mesures pouvaient être prises à l'égard de toute personne *«pour laquelle il existait des raisons sérieuses de penser que son comportement constituait une menace pour la sécurité et l'ordre public»*.

Ces « raisons sérieuses » n'étaient étayées que par les fameuses « notes blanches », documents non signés et non datés, émanant des services de renseignement, et souvent lacunaires.

Il s'agissait, en tout état de cause, de critères extrêmement vagues et subjectifs, difficiles à évaluer, sauf à considérer qu'en France, on a le droit de condamner pour des idées.

On le voit, l'état d'urgence comporte en lui-même un certain nombre de risques d'abus.

Maxime n'est pas le seul à avoir dû subir ce régime d'exception : les exemples sont multiples, et la presse s'en est fait l'écho. C'est, notamment, le cas de cette mosquée mise à sac à Aubervilliers, et dans laquelle la police ne retrouve rien, obligeant le Ministre de l'Intérieur à reconnaître une erreur, et à formuler des excuses ; c'est encore le cas de cette perquisition effectuée à Nice par le RAID, qui se trompe de logement et ouvre une porte au fusil à pompe, les balles en céramique venant se loger dans un lit où dort une fillette de 7 ans... C'est aussi le cas de

Surtout, l'état d'urgence a été détourné de son objectif principal à plusieurs reprises, servant ainsi à réprimer les manifestants contre la loi Travail ou encore ceux de la COP21.

Et la loi antiterroriste du 1^{er} novembre 2017, signé en grande pompe à la télévision en l'absence du Garde des Sceaux, n'a fait que transposer à peu de choses près dans le droit commun les modalités de l'état d'urgence, faisant ainsi malheureusement de l'exception la règle.

Certaines de ces mesures ont d'ailleurs été censurées par le Conseil constitutionnel le 1^{er} décembre dernier, tout comme la seconde mouture du délit de consultation habituelle de sites Internet terroristes, preuve du caractère extrêmement dangereux de cette législation.

Au surplus, son efficacité est en réalité très difficile à évaluer.

Si l'on sait en effet que ce dispositif a permis de rassurer les Français, sa mise en œuvre n'a pas permis de faire cesser la commission d'attentats sur notre sol ; au contraire, la plupart des attentats déjoués ces derniers mois l'ont été avec les méthodes classiques du droit ; et on comprend qu'en réalité, l'état d'urgence a surtout permis d'alimenter le renseignement.

Face à cela, il convient de rester vigilant.

Pouvons-nous accepter de laisser le pouvoir exécutif décider de mesures graves, sans contrôle de l'autorité judiciaire, alors que la séparation des pouvoirs est l'un des fondements de notre état de droit ?

Pouvons-nous accepter de basculer dans l'ère du soupçon, avec une conception prédictive de la justice, reposant sur la dangerosité potentielle des individus ?

Pouvons-nous accepter de stigmatiser encore un peu plus une partie de la population, car telle est aussi une conséquence bien réelle de cette législation ?

Pouvons-nous accepter de créer des monstres juridiques, dont on ne sait pas dans quelles mains ils se retrouveront dans dix ans ?

A l'évidence, non.

Je pense, au contraire, que nous devons, chacun à notre niveau, être des militants vigilants du quotidien, et contribuer ainsi à un changement de l'opinion publique.

Rappeler que la France doit rester à la pointe de la protection des libertés individuelles, et qu'à force de lutter contre le monstre, il faut veiller à ne pas le devenir soit même.

Que nous ne devons pas céder à la peur, mais encore moins aux sirènes des démagogues de tous bords.

Que dans les temps troubles, il convient de garder la lucidité nécessaire, de prendre un peu de hauteur, et de tenir un discours de vérité.

Et de considérer que Maxime, convaincu en réalité d'aucun crime, devrait pouvoir continuer à élever paisiblement son fils, avec la dignité d'un homme libre.

Antoine CHAUDEY
Avocat
Lille, France
antoinechaudey.avocat@gmail.com





The Legal Profession
La profession d'avocat
La Abogacía



La voix des barreaux

Ordre des Avocats de la Région de Bouira

Membre
depuis 2014



Patricia López Aufranc¹ s'entretient avec les Bâtonniers et les Présidents d'organisations membres collectifs de l'UIA pour connaître leurs inquiétudes et apprendre comment notre Association peut les aider, particulièrement en ce qui concerne le respect des principes fondamentaux de notre profession.

Ouafya Sidhoum, Bâtonnière de l'Ordre des Avocats de la Région de Bouira, Algérie, répond à ses questions.

Patricia LÓPEZAUFRANC (PLA) : Combien y a-t-il d'avocats inscrits au sein de votre Barreau ?

Ouafya SIDHOUM (OS) : Il y a environ 800 avocats.

PLA : Pouvez-vous nous raconter brièvement votre histoire ? Vous êtes la première femme à être Bâtonnière en Algérie.

OS : J'ai fait mes études en Algérie, et j'exerce la profession d'avocat depuis 1988. J'ai été membre du Conseil de l'Ordre de Tizi Ouzou où j'ai exercé 4 mandats de 3 ans chacun, jusqu'à la création de l'Ordre de Bouira où j'ai été élue première femme Bâtonnière. J'exerçais, à cette époque, mon deuxième mandat au Conseil de l'Ordre de Tizi Ouzou.

PLA : Votre campagne pour devenir Bâtonnière a-t-elle été différente du fait que vous êtes une femme ? Quelles ont été les raisons de votre succès ?

OS : J'ai mené un combat bien avant de commencer ma campagne. J'étais très présente sur le terrain. Je suis toujours à l'écoute. Je crois qu'on a voté pour moi en raison de ma présence continue, de ma préoccupation sans faille pour résoudre les problèmes de la profession, et le fait que je suis toujours présente auprès des jeunes.

PLA : Est-ce que les femmes sont présentes au sein du Conseil de l'Ordre ?

OS : Il y a huit femmes parmi les dix-neuf membres du Conseil de l'Ordre. Les femmes sont bien représentées. Elles sont

un exemple car elle illustre le fait que les femmes peuvent accéder aux fonctions traditionnellement réservées aux hommes. En Algérie, il y a beaucoup de femmes ministres. Les femmes magistrates sont plus nombreuses que les hommes.

PLA : À quel problème principal êtes-vous confrontée en tant que Bâtonnière ?

OS : Le principal problème est l'encadrement des jeunes avocats. Comment leur assurer une formation adéquate. Les licenciés en droit qui entrent sur le marché chaque année sont nombreux et il n'y a pas suffisamment de travail pour tous comme juristes. La seule issue accessible est un stage comme avocat. Il est difficile de former un si grand nombre de jeunes diplômés.

PLA : Depuis quand êtes-vous membre de l'UIA ?

OS : Je suis membre individuelle de l'UIA depuis 2014, l'année où je suis devenue Bâtonnière.

PLA : Est-ce que votre Barreau en est membre ?

OS : Oui, mon barreau est membre de l'UIA depuis le 28 mai 2014.

PLA : Comment l'UIA pourrait-elle vous aider dans votre fonction de Bâtonnière ?

Un de nos principaux soucis est la formation. Je crois que l'UIA pourrait beaucoup nous apporter en proposant des cours de formations et des séminaires. Nous comprenons qu'il est difficile et coûteux d'organiser régulièrement des séminaires sur place. La formation en ligne nous serait aussi très utile. Particulièrement pour les jeunes qui sont très connectés et utilisent beaucoup le numérique !

PLA : Quelles sont les sujets qui vous intéressent le plus en matière de formation ?

OS : Actuellement nous devrions nous concentrer sur des sujets économiques et sur les investissements, ainsi que sur les contrats en général.

Évidemment, nous ne devons pas oublier la déontologie !

PLA : L'UIA pourrait-elle faire autre chose pour augmenter les membres dans votre pays ?

OS : L'UIA pourrait aussi contribuer à l'épanouissement des avocates en les amenant à l'UIA.

PLA : Souhaitez-vous nous faire d'autres commentaires ?

Mon souhait est de voir les frais d'adhésion à l'UIA baisser afin de permettre aux jeunes avocats algériens d'adhérer, ou de trouver d'autres moyens de financer leur participation au sein de l'UIA.

Ouafya SIDHOUM
Bâtonnière de l'Ordre des Avocats
de la région de Bouira, Algérie
batonniersidhoum@outlook.com



1. Entretien réalisé par Patricia LÓPEZAUFRANC, Directrice Adjointe – État de Droit – UIA-IROL, Marval, O'Farrell & Mairal, Capital Federal, Buenos Aires, Argentina, pla@marval.com



En route vers une Convention européenne sur la profession d'avocat

I François MOYSE

Le 24 janvier 2018, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté à une très large majorité une recommandation visant à l'adoption d'une Convention européenne destinée à la protection de la profession d'avocat.

L'UIA était présente à Strasbourg lors de ce vote, alors que l'Institut pour l'État de Droit de notre organisation, l'UIA-IROL, s'était mobilisé, avec d'autres associations d'avocats tel le CCBE, pour convaincre les représentants des pays membres du Conseil de l'Europe de la nécessité d'adopter une telle convention.

I- Rétroactes

Une proposition de recommandation avait été déposée par différents membres de l'Assemblée parlementaire, qui – rappelons-le – sont des délégués des parlements nationaux, en date du 13 octobre 2016. La Commission des questions juridiques et des droits de l'homme avait nommé le 7 mars 2017, Madame Sabien Lahaye-Battheu, Belgique, comme rapporteure.

Celle-ci releva que certaines normes internationales relatives à l'exercice de cette profession existent déjà, notamment une recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (Recommandation n° R(2000)21 sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat), ainsi que les Principes de base des Nations Unies de 1990 relatifs au rôle du barreau.

Cependant ces normes ne sont pas contraignantes. Ainsi n'existe-t-il pas de normes internationales réglementant la profession d'avocat. Or les réglementations nationales ne sont pas toutes équivalentes et la protection des avocats n'est pas toujours assurée, ce qui est fondamental pour assurer la représentation des clients et le rôle impartial de la justice.

Le rôle important des avocats « dans l'ensemble des relations des citoyens avec les pouvoirs publics pour ce qui touche à l'exercice et à la protection de leurs droits » est ainsi relevé

par la rapporteure (cf. Note introductive AS/Jur (2017) 25, du 24 août 2017).

D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a elle-même estimé que « (l)e statut spécifique des avocats, intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux, leur fait occuper une position centrale dans l'administration de la justice. C'est à ce titre qu'ils jouent un rôle clé pour assurer la confiance du public dans l'action des tribunaux, dont la mission est fondamentale dans une démocratie et un État de droit (affaire Morice c. France, 29369/10, Grande Chambre, 23 avril 2015).

Cependant, ce n'est pas seulement les normes juridiques qui sont en cause, mais également la situation sur le terrain. Or, constate la rapporteure, « les avocats sont encore souvent victimes d'actes de harcèlement, de menaces et d'agressions dans tous les États membres du Conseil de l'Europe », d'où le besoin d'une convention sur la profession d'avocat (cf. note introductive, précitée).

- les devoirs de l'avocat, corollaire des droits qui lui sont reconnus.
- le rôle protecteur des organismes professionnels et leurs responsabilités et obligations notamment en matière de formation et déontologie ;
- enfin, les obligations actives de l'État pour protéger les droits de l'avocat comme un acteur essentiel de la Justice mais aussi à l'égard des organismes professionnels.

2- La session à Strasbourg du 24 janvier 2018

Durant la session de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, un petit séminaire avait été organisé par le CCBE auquel j'ai pu assister. Ont été présentés des situations de pratique très difficiles, explicitées par des avocats venant de Turquie, d'Azerbaïdjan ou de Moldavie et qui ont tous été la cible des autorités de ces pays.

Un groupe de travail de l'UIA-IROL avait été mis sur pied afin de sensibiliser la rapporteure à certains aspects fondamentaux de la protection des avocats.

Un groupe de travail de l'UIA-IROL avait été mis sur pied afin de sensibiliser la rapporteure à certains aspects fondamentaux de la protection des avocats. Une délégation de l'UIA, composée de la Présidente Sortante de l'UIA, Me Laurence Bory, Julie Goffin et moi-même, avait rencontré à Bruxelles Madame Lahaye-Battheu le 14 novembre 2017.

Nous avons insisté sur certains points que la convention devrait régler, tels que :

- les principes essentiels à la protection de la profession d'avocat et qui trouvent leur fondement dans le rôle déterminant de celle-ci dans la protection des droits de l'homme, du respect de la légalité et du droit au procès équitable et d'une administration de la justice exempte de discrimination ;

Un avocat des Pays-Bas a, quant à lui, expliqué que son cabinet avait été mis sur écoute par le service de renseignement et qu'il a dû obtenir une décision de justice pour faire cesser ces écoutes attentatoires au secret professionnel entre l'avocat et son client.

La rapporteure prit la parole à la fin pour souligner que ces exemples d'atteintes à la pratique professionnelle des avocats n'étaient que la pointe de l'iceberg.

Le vote eut finalement lieu en toute fin de journée : après un court débat et la présentation de quatre amendements de dernière minute, le texte de la résolution fut voté à une très large majorité des

membres encore présents de l'Assemblée parlementaire, sans aucune voix contre.

3- Le futur

L'UIA-IROL continuera à suivre le projet. Une étude de faisabilité devrait être lancée avant qu'un projet soit élaboré, afin d'être soumis au Comité des Ministres. Ce processus devrait prendre plusieurs années.

Nous serons vigilants afin que le texte proposé soit rédigé de telle sorte à refléter les préoccupations de la profession d'avocat et de nos membres individuels.

François MOYSE
Directeur État de Droit – UIA-IROL
Moyses Bleser SARL
Luxembourg, Luxembourg
fm@moysebleser.lu



Pour mieux défendre l'indépendance de la Justice dans le monde entier, un nouveau statut universel du juge

■ Christophe REGNARD

The International Association of Judges (IAJ) is the most important association of judges in the world. In November 2017, IAJ adopted a new Universal Charter of the judge, which contains the minimum guarantees to establish the independence of judges. IAJ is now working to evolve these international standards, for the time being only indicative, into binding standards, particularly for the Member States of the European Union after their admission. IAJ has recently proposed the adoption of a protocol to the European Convention on Human Rights, in order to enable the Court of Human Rights to assess, in respect of the principle of fair trial, the guarantees allowing judges to be fully independent. Lastly, it took part in the works aiming at updating the United Nations basic principles on the independence of the judiciary elaborated in 1985. Sharing common values, lawyers and judges have everything to gain by joining their efforts and bringing together projects in the interests of citizens and, more broadly, of democracy.

L'Union Internationale des Magistrats (UIM/IAJ) est la plus importante organisation de juges et de procureurs dans le monde. Fondée en 1953 à Salzbourg (Autriche), l'UIM est une fédération d'associations nationales de magistrats. Apolitique et bénéficiant du statut d'observateur auprès de toutes les grandes organisations internationales, elle compte aujourd'hui 87 associations membres issues d'autant de pays différents et est représentée, au travers de ses quatre groupes régionaux, sur les cinq continents.

Son principal objectif est de « *sauvegarder l'indépendance du Pouvoir Judiciaire, condition essentielle de la fonction juridictionnelle et garantie des droits et libertés humains* ».

Outre son travail de soutien actif aux associations membres, (je ne peux à cet égard omettre d'évoquer la situation dramatique en Turquie pour les magistrats certes, mais aussi pour les avocats, les universitaires et les journalistes qui nous impose des réactions communes), elle se veut force de réflexion et de proposition pour améliorer le statut des juges dans le monde entier.

Au-delà du travail réalisé par ses quatre commissions d'études thématiques, elle s'est attachée depuis des années à porter des valeurs et des principes tendant à protéger les juges dans leur activité quotidienne.

Comme le note très justement, le préambule de la recommandation 2010-12 du Conseil de l'Europe sur « les juges : indépendance, efficacité et responsabilités », « *l'indépendance de la justice garantit à toute personne le droit à un procès équitable, (...) elle n'est donc pas un privilège des juges mais une garantie du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui permet à toute personne d'avoir confiance dans le système judiciaire* ».

Il ne saurait y avoir d'État de droit sans que l'indépendance du pouvoir judiciaire ne soit assurée. Il est donc impératif de consolider celui-ci comme garantie de protection des droits des citoyens.

Des principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature ont été édictés dès 1985 par l'Organisation des Nations Unies. Un rapporteur spécial chargé de l'indépendance des juges et des avocats est chargé de s'assurer du respect de ces normes et de les faire évoluer vers toujours plus d'indépendance dans l'intérêt des citoyens.

Les organisations internationales au niveau régional, notamment le Conseil de l'Europe,

ont aussi édicté ces dernières années de nombreuses normes (Charte européenne sur le statut des juges élaborée par le Conseil de l'Europe en 1998 ; Recommandation 2010/12 du comité des ministres du Conseil de l'Europe ; « Magna carta » diffusée en 2010 par le CCJE...).

Ce corpus de règles protectrices, naturellement important, présente néanmoins deux défauts. Le premier est que, si ces règles ont le plus souvent été préparées par des groupes de travail composés de magistrats et juristes, leur adoption par les organes délibérants des institutions internationales impose un consensus politique, qui a parfois conduit à une diminution des garanties pourtant indispensables. Ensuite, ces règles ne sont en rien impératives. Elles constituent seulement un ensemble de principes vers lesquels les États doivent tendre, leur violation n'étant jamais, ou quasiment jamais, sanctionnée, comme le montrent les récents exemples hongrois et polonais.

Il nous est apparu qu'il était de la responsabilité d'une organisation comme l'UIM de promouvoir ses propres règles (I) et de travailler pour leur donner au travers le monde un caractère impératif (II).

I. Promouvoir des valeurs : le « statut universel du juge »

Fort du constat précédemment rappelé que les juges et procureurs du monde entier doivent s'attacher à protéger leur statut et assurer leur indépendance, les groupes régionaux de l'UIM ont adopté entre 1993 et 1995 des chartes régionales fixant des règles protectrices à respecter par les gouvernements nationaux.

L'idée d'un statut universel s'est rapidement imposée et dès 1999, à Taïwan, un « statut universel du juge » a été adopté à l'unanimité des 42 associations alors membres de l'UIM. Complexe à rédiger, compte tenu des approches différentes de ces questions selon les traditions juridiques, il a néanmoins permis de poser de grands principes en matière de nomination, de promotion et de discipline.

Depuis lors, de nombreux sujets qui n'avaient pu être envisagés à l'époque sont apparus. Ainsi en est-il des questions d'éthique et de déontologie qui se sont

développées sur fond d'exigences accrues et légitimes des citoyens. Ainsi en est-il également en matière de communication, dans un monde de plus en plus ouvert et « connecté ». Ainsi en est-il enfin, dans un contexte économique difficile des questions budgétaires, indemnitaires et de charge de travail des magistrats. D'autres sujets, comme le management des juridictions, l'évaluation, l'accès à la Justice ou les relations avec les médias, ont en outre été abordés par l'UIM dans le cadre des travaux de sa première commission d'études.

Il a donc été décidé en 2014 de mettre à jour ce statut universel. Après un long travail de réflexion et de concertation, la nouvelle charte a été adoptée à l'unanimité par les associations membres de l'UIM lors de la réunion annuelle organisée en novembre 2017 à Santiago du Chili.

Comprenant une dizaine d'articles, ce statut universel a pour ambition de synthétiser les règles minimales qui nous paraissent essentielles pour assurer l'indépendance des juges et du système judiciaire.

Comprenant une dizaine d'articles, ce statut universel a pour ambition de synthétiser les règles minimales qui nous paraissent essentielles pour assurer l'indépendance des juges et du système judiciaire.

Articulé assez classiquement autour des grandes notions d'indépendance interne et externe, il s'intéresse naturellement aux conditions de recrutement, de nomination, de promotion, d'évaluation, mais aussi à la discipline et à la déontologie. Il fixe des règles sur la protection du principe du juge naturel, de la sécurité du juge et de sa famille, du respect de ses décisions et de sa personne.

Il n'est pas possible ici de commenter la totalité des principes contenus dans la charte, à laquelle il convient de renvoyer.

Il est néanmoins souhaitable d'insister sur trois points essentiels.

I.1. Un rappel liminaire des exigences fondamentales

Le nouveau statut universel commence par le rappel de la règle fondamentale selon laquelle « *Le pouvoir judiciaire, garant de l'existence de l'État de droit, est l'un des trois pouvoirs de tout*

État démocratique », suivi d'une définition de la tâche principale du juge, à savoir « *garantir le droit de chacun à un procès équitable* ». Il est également fait clairement mention du « *droit des individus à une audience publique dans un délai raisonnable* » et de l'exigence d'« *un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, en vue de déterminer les droits et obligations en matière civile, ou la réalité des charges en matière criminelle* ».

En ce qui concerne l'indépendance, l'article 2 prévoit tout d'abord que ce principe « *doit être inscrit dans la Constitution ou au plus haut niveau juridique possible* » et insiste sur le caractère impératif de l'inamovibilité et sur les moyens de l'assurer.

Il est ainsi noté que « *les juges, qu'ils soient nommés ou élus, sont inamovibles tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire de la retraite*

ou la fin de leur mandat » et qu'« *un juge ne peut être déplacé, suspendu, ou démis de ses fonctions que dans les cas prévus par la loi et dans le respect de procédures disciplinaires, assurant le respect des droits de la défense et le principe du contradictoire* ».

Les pratiques de première nomination à l'essai ou de « lustration », pratiquées dans plusieurs pays de l'est de l'Europe, qui peuvent être utilisées par les gouvernements pour s'assurer que seuls les juges « loyaux » conservent leur poste, sont proscrites. Il est en effet prévu qu'« *un juge doit être nommé sans limitation de temps. Si un système juridique prévoit une nomination pour une période limitée, les conditions de nomination devraient garantir que l'indépendance de la justice ne soit pas mise en danger* ».

I.2. L'importance d'un Conseil de Justice : pierre angulaire du dispositif de protection

L'UIM considère que, même si d'autres systèmes, obéissant à une tradition juridique différente et fondés sur un respect de la personne et de la fonction du juge, ont pu faire leurs preuves, le Conseil de Justice est le plus à même d'assurer l'indépendance des juges.

La déclaration liminaire, selon laquelle « pour sauvegarder l'indépendance judiciaire, il faut créer un Conseil de la magistrature ou un autre organe équivalent », marque en cela une nette différence avec les documents internationaux existants en matière d'indépendance judiciaire, et notamment avec l'article 26 de la Recommandation 2010/12 du Conseil de l'Europe qui indique seulement que les Conseils de Justice sont des organes « qui cherchent à sauvegarder l'indépendance du pouvoir judiciaire et des juges individuels et à promouvoir ainsi le fonctionnement efficace du système judiciaire », sans recommandation ni prescription pour la création de tels organes.

En ce qui concerne la composition de cet organe, la nouvelle Charte dispose qu'il doit « être composé d'une majorité de juges élus par leurs pairs, selon des procédures garantissant la représentation la plus large ». Cette disposition est plus avancée que son équivalent dans la Recommandation 2010/12 déjà mentionnée, selon laquelle « pas moins de la moitié des membres de ces conseils devraient être des juges choisis par leurs pairs ». Mais elle est conforme à d'autres instruments internationaux et notamment la résolution 1685 (2009) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, qui invite, entre autres, la France à « envisager de rétablir la majorité des juges et des procureurs au sein du Conseil supérieur de la magistrature » et l'article 13 de la « Magna Carta des juges européens » qui dispose que « le Conseil est composé soit de juges exclusivement, soit d'une majorité substantielle de juges élus par leurs pairs ».

La présence au sein du conseil de Justice de représentants des pouvoirs exécutif et législatif, au demeurant déjà censurée par la CEDH, est parallèlement formellement écartée et des garanties accrues de compétence et d'indépendance des membres non-magistrats exigées.

Enfin, les Conseils de la Justice ne peuvent être de simples organes consultatifs, car ils « doivent être dotés des plus grands pouvoirs en matière de recrutement, formation, nomination, promotion et discipline des juges ». Ils doivent parallèlement être associés à toutes les évolutions judiciaires, tant en matière budgétaire que d'implantation des juridictions et de management de celles-ci.

1.3. Des exigences éthiques et déontologiques fortes pour renforcer la confiance du public

La nouvelle Charte Universelle de l'UIM pose le principe qu'« en toutes circonstances, les juges doivent être guidés par des principes éthiques. Ces principes, qui concernent, à la fois leurs devoirs professionnels et leur manière de se comporter, doivent guider les juges et faire partie de leur formation ».

Certains de ces principes sont énumérés par la Charte. Ils concernent : a) le devoir d'être impartial (et d'être perçu comme tel) ; b) le devoir d'exercer des activités judiciaires avec retenue et attention à la dignité du tribunal et de toutes les personnes impliquées ; c) le devoir de s'abstenir de tout comportement, action ou expression de nature à affecter effectivement la confiance dans son impartialité et son indépendance ; d) l'obligation d'accomplir les tâches judiciaires « avec diligence et efficacité (...) sans aucun retard injustifié » ; e) le devoir de ne pas exercer d'autre fonction, publique ou privée, rémunérée ou non, qui n'est pas pleinement compatible avec les devoirs et le statut d'un juge ; f) le devoir d'éviter tout conflit d'intérêt éventuel.

II. Donner une valeur juridique à ces principes

Les standards internationaux fixant les critères qui permettent de considérer qu'une justice est indépendante existent. Ils font l'objet d'un large consensus dans les milieux juridiques et judiciaires. Ils demeurent, hélas, à bien des égards seulement indicatifs, nombre de politiciens refusant de les considérer comme pertinents au prétexte fallacieux qu'ils sont établis par des institutions (ONU et Conseil de l'Europe) dont certains membres ne sont pas pleinement des états démocratiques.

Pour autant, même si la situation de la justice est préoccupante et le recul de l'indépendance trop fréquent, quelques évolutions positives, qu'il convient de soutenir et d'encourager existent.

2.1. Au sein de l'Union européenne

En Europe, des exigences très claires sont fixées par le traité de Lisbonne et les critères de Copenhague pour permettre d'envisager une adhésion d'un pays à l'Union européenne.

L'article 49 du traité qui dispose que « tout État européen [...] peut demander à

Les mesures disciplinaires à l'encontre des juges doivent être organisées de telle sorte qu'elles ne compromettent pas l'indépendance réelle des juges.

En matière de responsabilité disciplinaire, il est prévu que « les mesures disciplinaires à l'encontre des juges doivent être organisées de telle sorte qu'elles ne compromettent pas l'indépendance réelle des juges ». Pour cette raison, les procédures disciplinaires « doivent être menées par des organes indépendants, qui comprennent une majorité de juges », ce que la CEDH vient au demeurant de rappeler récemment en condamnant le Portugal.

Les procédures disciplinaires doivent évidemment se dérouler selon le principe du procès équitable. Le juge doit être autorisé à avoir accès à la procédure et bénéficier de l'assistance d'un avocat ou d'un pair. Les jugements disciplinaires doivent être motivés et pouvoir être contestés devant un organe indépendant.

devenir membre de l'Union », renvoie en effet à l'article 1^{bis} du même traité qui impose le respect de valeurs communes : liberté, démocratie, respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de l'État de droit. Les négociations consécutives à l'ouverture des chapitres 23 « Appareil judiciaire et droits fondamentaux » et 24 « Justice, sécurité et liberté » doivent permettre à l'État candidat de faire évoluer son droit pour le mettre en conformité avec les exigences de l'acquis communautaire.

La coopération accrue en matière judiciaire, l'existence d'une reconnaissance des décisions de Justice des autres pays membres, le mandat d'arrêt européen, très bientôt la création d'un procureur européen, imposent une confiance dans la

justice des autres pays et la certitude que les juges agissent bien en toute indépendance.

De nombreux États entrés dans l'Union ces dernières années ont ainsi préalablement modifié en profondeur leur législation, voire leur Constitution pour se conformer aux principes internationalement reconnus en matière d'indépendance du pouvoir judiciaire.

Mais nombre d'entre eux, sitôt leur qualité de membre reconnue et au gré de changements de majorité, se sont empressés de revenir en arrière. Les exemples de la Hongrie, de la Pologne, et dans une moindre mesure de la Bulgarie et de la Roumanie, sont parlants.

Il est en réalité essentiel que l'Europe se dote d'un dispositif, plus dissuasif et moins lourd à mettre en place que l'actuel article 7 pour faire respecter par les états membres les engagements pris par eux lors de leur adhésion.

L'AEM est pleinement investie dans les contacts avec les autorités européennes à Bruxelles, vient un groupe de travail *ad hoc*. Mais après les « assises de la Justice » qui se sont tenues en 2013 sans résultat concret probant, le plan pluriannuel 2014-2018 ne semble, hélas, pas avoir davantage permis d'avancer sur les questions statutaires et d'indépendance de la Justice dans les États membres, ni à imposer des règles contraignantes en la matière.

2.2. Au sein du Conseil de l'Europe

Le travail mené par les différentes instances du Conseil de l'Europe est extrêmement important. Que ce soient les études de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), les avis des Conseils Consultatifs des Juges et des Procureurs Européens, les préconisations de la commission de Venise et les investigations du Groupe d'États contre la corruption (GRECO), toutes apportent à la réflexion sur l'indépendance judiciaire et posent peu à peu les règles incontournables destinées à asseoir dans tous les pays européens une justice réellement impartiale et indépendante dotée des moyens de fonctionner dans l'intérêt du justiciable.

La seule faiblesse de ces standards est encore une fois leur caractère purement

indicatif. Mais il semble que l'état d'esprit soit en train d'évoluer. Le Conseil de l'Europe a récemment ouvert un nouveau cycle de discussion et débat d'un plan d'action sur le renforcement de l'indépendance judiciaire et l'impartialité.

Parmi les objectifs fixés, figurent notamment « *la mise en place de mécanismes permettant aux États membres de s'acquitter pleinement de leurs obligations, en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, et de garantir l'accès à un tribunal indépendant et impartial* » et « *l'amélioration ou l'instauration de garanties légales formelles de l'indépendance et de l'impartialité du pouvoir judiciaire et la mise en place de structures, politiques et pratiques indispensables au respect de ces garanties et au bon fonctionnement du pouvoir judiciaire* ».

L'AEM a décidé de s'investir dans ce projet et a proposé récemment l'adoption d'un protocole additionnel à la CEDH, qui au-delà du contrôle par la Cour du respect des exigences posées par l'article 6 notamment, permettrait de censurer des décisions nationales, en considération non pas seulement de la procédure suivie, mais aussi au regard de la structure même du corps judiciaire et du respect ou non des standards permettant de s'assurer que les juges peuvent exercer en toute indépendance.

2.3. Au sein de l'ONU

Au niveau mondial, un travail approfondi se met en place avec le nouveau rapporteur spécial de l'ONU sur l'indépendance des juges et des avocats, M. Diego Garcia Sayan. Présent lors de la signature formelle du nouveau statut universel, il nous a appelé à participer à ses côtés aux réflexions destinées à permettre les évolutions indispensables à ces yeux des principes désormais anciens adoptés par les Nations Unies en 1985.

Lors de la conférence organisée à Santiago du Chili en novembre dernier sur le thème de « *La gouvernance du pouvoir judiciaire et l'indépendance des juges* », il a posé plusieurs principes qui devraient impérativement être respectés : « *une gestion du pouvoir judiciaire garantissant un processus de sélection transparent ; la liberté d'association des juges ; la formation des juges ;*

des ressources et un budget indépendants et suffisants ; une inamovibilité des juges et l'interdiction du dessaisissement des affaires ».

C'est sur ces bases que dans les prochains mois, nous allons œuvrer à ses côtés, et espérons-le avec les associations internationales d'avocats, au premier rang desquels, bien sûr, se trouve l'UIA, tant il est vrai que nos préoccupations sont nécessairement communes, afin de promouvoir les principes précédemment rappelés qui figurent dans le nouveau statut universel du juge.

Conclusion

Les évolutions de ces dernières années dans le domaine judiciaire sont, à bien des égards, inquiétantes.

Sur fond de montée des intolérances, de volonté de lutte contre le terrorisme, ce sont des pans entiers de notre droit et de nos valeurs qui, notamment en Europe, sont en train de se fissurer.

L'indépendance des juges semblent ne plus être au cœur des priorités gouvernementales, alors même qu'elle est à l'évidence essentielle. L'objectif des prochaines années est de dresser des remparts pour éviter l'effondrement de notre conception de la démocratie.

Chacun de notre côté, nous nous employons à construire ces étais et à défendre nos valeurs. Celles-ci sont à l'évidence communes, parce que magistrats et avocats contribuent partout, et à égalité, à l'œuvre de Justice.

Travailler demain ensemble est une chance de plus que nous soyons entendus.

Christophe REGNARD
Conseiller à la Cour d'Appel de Paris
Président de l'Union Internationale des
Magistrats
Rome, Italie
christophe.regnard@jurice.fr

1. <http://www.iaj-uim.org/fr/universal-charter-of-the-judge-2017/>

PORTUGAL STOPOVER

DISCOVER PORTUGAL ON THE WAY

Thinking about your next trip?

If your trip has a stop in Lisbon or Porto, this is your opportunity to discover more of Portugal. Enjoy a stay up to 5 nights, with no additional airfare and the added benefit of special offers and discounts.

UP TO
5 NIGHTS



portugalstopover.flytap.com 

AIR PORTUGAL

LEGAL ADVICE

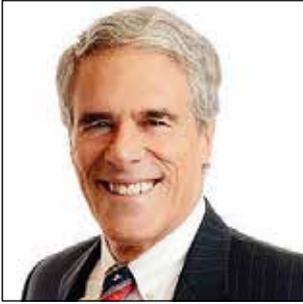


ASK A LAWYER

Special issue on LegalTech
Dossier spécial sur les LegalTech
Sección especial sobre LegalTech



Legal Advice



The Impact of Technology on the Practice of Law



**I Murray S. LEVIN
& David GALLAGHER**

I. INTRODUCTION

Ross is a young attorney working as an associate in a large American Law firm. A partner asks Ross to research relevant California and Pennsylvania contract law to support a client's position. While the partner is a seasoned lawyer with a great deal of experience handling contract law matters, he is unfamiliar with the law of the two jurisdictions and does not have time to sift through hundreds of potentially relevant cases.

No problem: Ross is up for the job. He reviews the entire body of California and Pennsylvania case law on contracts, and follows this with a review of secondary sources. Ross then analyzes all the information, and provides his partner with the answers he needs, including citations to all relevant authority. Ross completed his work in a matter of minutes. Ross is a robot.

If Ross sounds like a character in some futuristic legal sci-fi thriller, think again. Ross – actually named ROSS – is real, and is employed by various law firms across the U.S. The growing use of ROSS represents just one of the many technological innovations impacting the practice of law today.

Two personal experiences, decades apart, illustrate how technology is changing the everyday practice of law. As a law student involved in a moot court exercise many years ago, I well remember an entire week spent in the law library meticulously going through one West Law Reporter after another, with many references to the

Shepard Citation System. Recently, in a demonstration, a representative from an online research company accomplished my week-long exercise in less than 10 minutes. And this year, I was involved in a multi-party litigation where the other side's document request called for documents from a database containing more than 25 million pages. Under court supervision, five attorneys from each side spent seven weeks engaged in predictive coding; that is together we reviewed a small subset of the documents and selected those all agreed were relevant and responsive to the document request. These agreed-upon documents were inputted to a computer program which scanned the millions of remaining pages and chose those which were responsive to the document request. In this manner, we "trained" the computer to discern and select only those documents which were appropriate for production.

As technology continues to expand and improve exponentially, even the most old-fashioned lawyers, if they wish to remain relevant in a competitive market, will find themselves compelled to adapt to the new technologies transforming the practice of law. Clients are more cost-conscious than ever, and they want lawyers who will leverage technology to perform high-quality work more efficiently (read: at a lower cost). Furthermore, attorneys must care about technological advances in the legal industry because they have an ethical duty to remain technologically competent.

Recognizing that technology is impacting the practice of law in numerous ways, we will focus on the following:

1. The growing role of big data and predictive analytics;
2. The ways in which ESI and e-Discovery are changing the practice of law; and
3. Cyber-security threats and how law firms can best protect themselves.

II. BIG DATA AND PREDICTIVE ANALYTICS

a. What Do We Mean by Big Data and Predictive Analytics and Why Should Lawyers Care?

The advent of 'big data' and the analytical tools stemming from it is transforming the practice of law and forcing even the most old-fashioned firms to take notice of – if not incorporate – these new technologies into their practices. Just what is "big data"? While it can be defined in many ways, in its simplest form,

Big data is a collection of data from traditional and digital sources inside and outside your company that represents a source for ongoing discovery and analysis. If this definition doesn't make 'big data' sound groundbreaking, it's because – in and of itself – it isn't. Companies in all industries collect and aggregate virtually every aspect of consumer data: age, race, income and the products you buy. What these companies have been doing (and what law firms have not) is using this data to their advantage – targeting potential customers, notifying existing ones of sales, and so on. This is where the legal industry is beginning to catch up, using a technological tool known as 'predictive analytics'

to leverage enormous aggregations of data to benefit their practices.

Predictive analytics combines archives of data with machine learning – “training software by giving it examples to learn from” – to forecast results, and provide lawyers with novel insights. The emergence of these new technologies has the potential to re-shape the legal industry by pushing it to “the cusp of a technological revolution.” With this in mind, firms should adapt so as not to let their rivals gain a competitive edge.

The use of predictive analytics can benefit the practice of the law in many ways: improving cost/benefit analyses; predicting judicial outcomes; improving prospects for settlements; increasing legal access for lower-income clients; and so on.

b. What Can Predictive Analytics Do for Lawyers?

Two of the most well-known predictive analytic tools in the legal industry are Bloomberg Legal Analytics (BLA) and Ravel Law’s Court & Judicial Analytics (Ravel). Predictive analytics in the legal field is predicated on leverage – using technology to cover much more ground. Think of predictive analytics like baking a cake: Bloomberg and Ravel are the chefs; they take millions of ‘big data’ archival records (the raw ingredients); they re-organize them in a more cohesive manner (combine the ingredients according to a recipe); they apply artificial intelligence and machine learning (put the mixture in the oven); and what comes out are easy-to-digest, sliceable insights which can impact settlement strategies or help predict case outcomes (a cake that can be eaten in whole or in pieces).

Further illustrating how predictive analytics works, Ravel’s Analytics can give users a big picture overview of the outcome of various motions in federal and state trial courts (the entire cake). Users can filter this by topic area and focus only on the outcomes of motions in, for instance, housing discrimination cases in the Third Circuit (a slice of the cake). Users can further narrow their search and choose to see only the outcomes of motions in housing discrimination matters decided by a certain Third Circuit judge (an even smaller slice).

c. How Predictive Analytics Can Aid Lawyers as Decision-Makers

When dealing with clients, one of a lawyer’s primary functions is that of a decision-maker. Clients pay lawyers because clients do not have the time, ability or resources – and may lack all three – to make informed legal decisions on their own. To make the most informed recommendations for clients, lawyers must make predictions based on the information they have at their disposal.

Inherent in any process of successful decision-making is an element of cost-benefit analysis. Lawyers in particular have to engage in this kind of analysis routinely: What are my client’s chances of winning this motion? What is the expected length of this litigation and how much will it likely cost? These questions – and the answers to them – all implicate some degree of risk calculus. That is, they all turn on probability:

Risk assessment is primarily the exercise of making judgments about probability. The trouble is that making accurate judgments about probability is an extraordinarily difficult task, and many people dramatically over-estimate the accuracy of their judgments.

Indeed, we humans often “do dramatically over-estimate the accuracy of our judgments” and for many reasons, such as: availability bias (what is at hand), confirmation bias (what we already believe), etc. These biases operate automatically ‘behind-the-scenes’ in our brain, influencing our decisions even if we are unaware of their presence. By providing objective, easily-digestible information, predictive analytics can serve to combat these limitations on our decision-making.

Other decision-making impediments stem from obvious limitations in human experience. For example, the assessments of even the most experienced lawyers are limited:

While an experienced lawyer might be familiar with hundreds, if not thousands, of prior events, he or she is unlikely to have observed tens of thousands, hundreds of thousands, or millions of prior events. Thus, when answering the question, ‘Do I have a case?’ an individual’s particular understanding of

likelihood might be driven by personal observations that are anecdotal, censored, or otherwise not indicative of the true distribution of outcomes.

Utilizing ‘big data’ and predictive analytics to make predictions based on a wealth of aggregated information can help offset these limitations. Gone are the days when attorneys could only rely on anecdotal evidence from colleagues about the way a particular judge might rule, or what courts are more amenable to a certain argument than others. Predictive analytics allows lawyers to make more well-informed decisions by relying on a larger sample size of objective data when evaluating possible outcomes. While prior behavior is not always a guarantee of the future, predictions are more accurate when based on a larger, more complete, set of information.

d. Predicting Judicial Outcomes and Tailoring Arguments More Effectively

As explained above, legal analytic tools from platforms such as Bloomberg and Ravel can provide users with detailed breakdowns of judicial decision-making history, and these can be easily filtered by topic area, jurisdiction, type of motion, judge, etc. This information is significant because judges’ decision-making is subject to the same biases as lawyers. As Nicholas Reed, a co-founder of Ravel, explains:

“While judges are often popularly conceived as objective arbiters of the truth, the reality is that every judge is a human being, a product of their own experiences and biases. No two judges are exactly alike. The specific judge and even the timing of a trial can have a disproportionate impact on the outcome of a trial.”

This is an essential point for lawyers to remember when preparing for litigation. Attorneys may think of judges as completely objective decision-makers who give equal credence to both sides’ arguments, regardless of the case at hand. The statistics gleaned from big data and predictive analytics demonstrate that this may not always be so. Using predictive analytics, lawyers can acquire a better understanding of likely outcomes based on the actual subject matter and actual judge involved in their particular case.

Not only can predictive analytics provide lawyers with information about *how* a judge may rule – they can also shed insight as to *why* a particular judge is more likely to arrive at one conclusion over another. For example, Ravel can provide users with language patterns and the citation history prevalent in judges’ opinions – demonstrating what cases judges view as persuasive, and which arguments a judge is likely to give more weight to in deciding a legal issue.

Lawyers can use this information to more effectively tailor their arguments based on the subject of their litigation, the forum and the judge. Relying on precedents and arguments a certain judge finds most persuasive can make or break a lawyer’s case. This revolutionary approach to litigation prep has caused one scholar to dub legal analytics the “Moneyball” of the legal field – a reference to the statistical revolution that swept through sports in the 2000s and fundamentally changed the way teams approached roster-building to achieve their goal of winning championships. Similarly, lawyers will increasingly utilize analytics and big data to predict judicial outcomes and tailor their arguments to increase their chances of success in achieving the litigation goals of their clients.

e. Improved Cost-Benefit Analysis for Clients; Better Prospects for Settlement

Predictive analytics can help lawyers secure favorable litigation outcomes and as well, promote other client goals – and this often means settlement. Predictive analytics can improve the cost-benefit analysis performed by attorneys and clients in deciding on strategy. For example, a lawyer can use analytics to gather information on how long certain cases are likely to take until verdict; what the likelihood of prevailing is; and the typical recovery for a case of that kind. The attorney can then provide the client with an intelligent prediction as to the clients’ chances of success in a given case and the likely benefits of proceeding with litigation. The lawyer can also inform the client how long the litigation will likely take, how many hours of work will be needed, and so on. The client can then weigh the likely costs of the prospective litigation against the potential for a favorable outcome, and make an informed decision as to litigation strategy: try the matter or settle.

This type of improved cost-benefit analysis can be especially useful for businesses or organizations that are involved in repeated similar cases. The wealth of insights derived from big data analytics can enable these entities to rein in their litigation budgets, to shape decisions as to what matters are most beneficial to litigate and conversely, which should be settled. Our clients have seen great benefits from incorporating big data analytics into their internal decision-making processes, and expect their outside counsel to do the same when advising them on matters large and small.

the court sits to gain information about a judge. Now, lawyers can use analytics to craft legal arguments and strategies in a fraction of the time. In a field that usually bills by the hour, less time means less cost. Less cost means lower-income clients with unmet legal needs may be able to afford needed legal services. Another implication of the increased ease with which lawyers can perform legal tasks is that attorneys may be more willing to undertake pro bono work for indigent clients than before, since such work may now take much less time.

For example, a lawyer can use analytics to gather information on how long certain cases are likely to take until verdict; what the likelihood of prevailing is; and the typical recovery for a case of that kind.

As more data surrounding litigation becomes available, there will likely be more convergence of opinion as to the value of a given case, and thus, more pre-trial settlements. As McGinnis and Pearce explain, “*whenever the parties agree on the amount a case is worth, the case is likely to settle.*” Even if the parties’ estimates do not perfectly align, the cost of attorneys’ fees and time saved by foregoing trial will create a “window” in which settlement makes sense for both sides.

Increase in settlements can impact the legal field, by reducing court backlogs and the administrative burdens on judges and juries. This has the added benefit of enabling parties to feel “successful” in resolving disputes as opposed to resolution through trial in which only one party “wins”. Furthermore, a rise in the number of settlements indicates parties are acting as rational decision-makers, making our legal system more efficient.

f. Increased Legal Access for Lower-Income Clients

The use of big data and predictive analytics should drive down the cost of legal services by enabling lawyers to complete tasks more quickly and effectively. In the past, lawyers would have to physically dig through stacks of pages to find valuable information necessary to work up a case, or, in some cases, fly to the city where

III. ESI and E-Discovery

a. What are ESI and E-Discovery? Why Should Lawyers Care?

“ESI” refers to electronically stored information. “E-Discovery” is the process of identifying, preserving, collecting, preparing, reviewing, and producing ESI in the context of a legal or investigative process. As one legal scholar explained:

“When we refer to ESI in an e-Discovery capacity, we are referring to big data. ESI is a general name that is a catch-all for any and all information produced and housed on a computer or computing device. But ESI is big data in the legal profession.”

Lawyers should care about e-Discovery because it is increasingly significant in everyday practice. As one legal commentator observed: “*like death and taxes... electronic discovery is unavoidable in an era in which virtually all business information and communications are digital.*” The last part especially holds true: in 1996, it was estimated that only 5% of discoverable information existed in electronic format. Today, that estimate is over 90%. As more information is stored and transmitted electronically, knowing how to handle ESI in the e-Discovery context is becoming a prerequisite to serve as a competent attorney.

Unfortunately, most attorneys are not proficient on this topic. In a 2017 survey of

22 U.S. Federal Judges, 63% of the respondent judges either disagreed or strongly disagreed with the statement that “the typical attorney possesses the subject matter knowledge (legal and technical) required to effectively counsel clients on e-Discovery matters.” More alarmingly, no judges agreed with the statement – the remaining 37% indicated that they felt “neutral” on the matter.

With these disappointing figures in mind, lawyers should take steps to improve their ESI and e-Discovery skills. For one thing, attorneys have an ethical duty to remain competent in their practice. As the volume of ESI/e-Discovery continues to increase, being skilled and knowledgeable about ESI/e-Discovery best practices is ever more important. In dealing with ESI in e-Discovery, firms must be careful not to accidentally reveal privileged or confidential information. More and more often, firms wary of their attorneys inadvertently doing so are designating dedicated “e-discovery counsel.” While this is a prudent move, all attorneys should understand ESI / e-Discovery basics and best practices.

b. ESI and e-Discovery Basics

In a typical matter, there are several stages of e-Discovery, each with multiple parts.

While a full recitation of e-Discovery would require a treatise (and there are several) the *Electronic Discovery Reference Model*, reproduced below, has become generally accepted as the best visual, flow chart depiction of the different phases. To best understand e-Discovery it may be helpful to walk through each of these stages:

Information Governance – Getting your electronic house in order to mitigate risk and expenses should e-discovery become an issue, from initial creation of ESI through to final disposition.

Identification – Locating potential sources of ESI and determining its scope, breadth and depth.

Preservation – Ensuring that ESI is protected against inappropriate alteration or destruction.

Collection – Gathering ESI for further use in the e-discovery process (processing, review, etc.).

Processing – Reducing the volume of ESI and converting it, if necessary, to forms more suitable for review and analysis.

Review – Evaluating ESI for relevance and privilege.

Analysis – Evaluating ESI for content and context, including key patterns, topics, people and discussion.

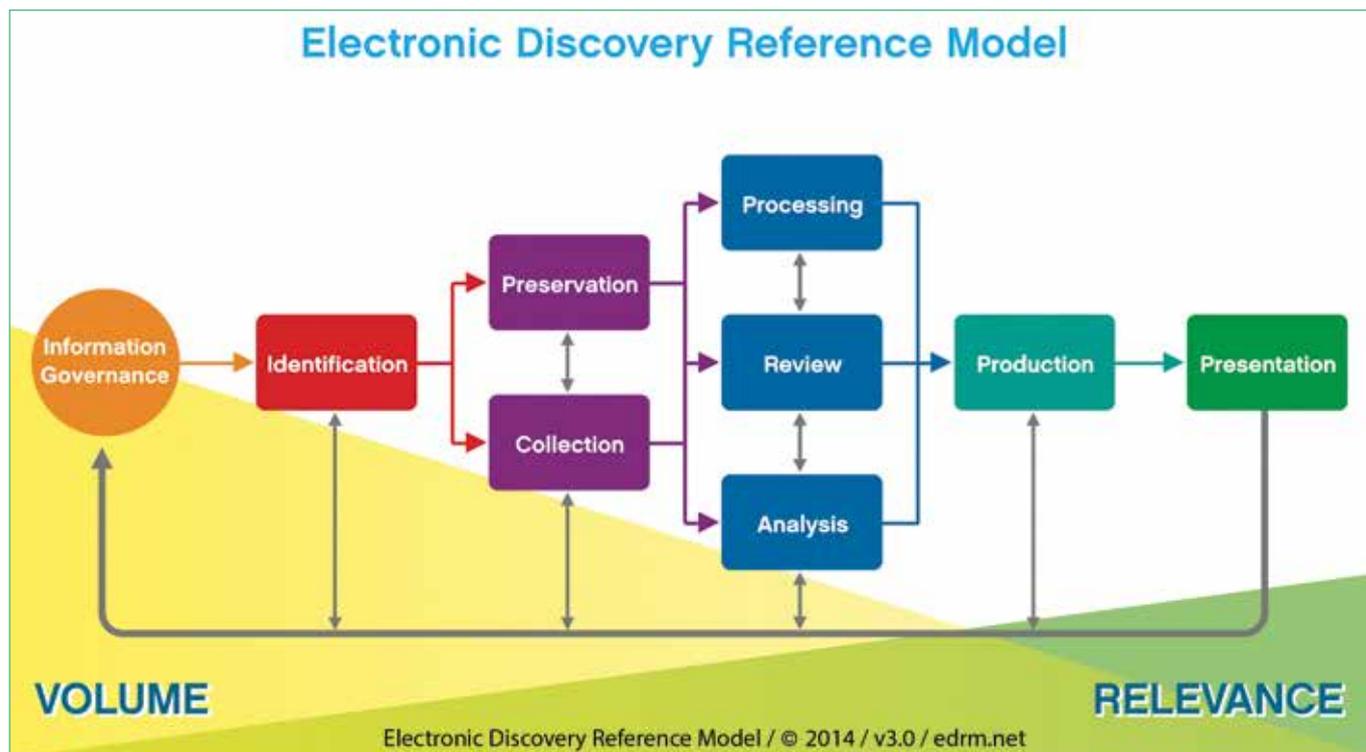
Production – Delivering ESI to others in appropriate forms and using appropriate delivery mechanisms.

Presentation – Displaying ESI before audiences (at depositions, hearings, trials, etc.), especially in native and near-native forms, to elicit further information, validate existing facts or positions, or persuade an audience.

c. Best Practices in ESI and E-Discovery

Once lawyers understand the basic stages of e-Discovery, they should become familiar with the best strategies for executing those steps. Given the results of the 2017 Federal Judges survey, it is safe to say that many lawyers simply don’t know where to begin when dealing with ESI / e-Discovery issues. However, there is guidance out there for those who feel ‘lost’ in terms of e-Discovery. A panel of practitioners with experience on the matter recommended lawyers consider the following questions when beginning e-Discovery:

- How much data is involved?
- How many data sources are implicated and how accessible are they?
- Will the collection involve any specialized tools or expertise?



Does the legal matter involve encrypted or sensitive data?

Are internal IT resources available to assist with data collection?

What are the time constraints?

It makes sense for lawyers to be proactive in e-Discovery, to think about these questions, and the answers to them at early stages, to stay ahead of the game and catch problems before they arise. Many of the federal judges surveyed agreed that the most common mistakes in e-Discovery occurred in the preservation or processing stages. To combat this, experts suggest *“having a forward-thinking preservation process, that anticipates collection... [and gives you] a competitive edge by allowing you to get the facts of the case sooner and adjust your strategy accordingly.”* To save time and money for clients, firms should preserve broadly while utilizing early case assessment tools to identify documents that are likely to be responsive.

It's important for attorneys to cooperate, where possible, with opposing counsel and, of course, with the court. Cooperation ensures knowledge concerning ESI and e-Discovery matters are communicated between parties, and helps to raise the general level of competency for the legal system as a whole. This elevated level of competency benefits everyone: saving attorneys time and frustration, saving clients' money, and reserving judges' time for meritorious contentions rather than resolving mundane, often tedious e-Discovery disputes. These actions, taken together, can increase the overall efficiency of our legal systems.

Finally, attorneys should be aware of best practices in data authentication. It is imperative that the proper steps be taken to preserve the authenticity of the ESI collected to ensure that the data holds up as evidence in court. The two most important steps to be taken in this context are accurately recording the data's chain of custody, and a procedure known as 'hashing.'

First, recording the chain of custody entails *“documentation regarding the possession, movement, handling, and location of evidence from the time it was identified to the time it is presented in court or otherwise transferred or submitted.”* This documentation is commonly referred to as an 'audit trail.' Complying

with this procedure demonstrates that no outside agents had unauthorized access to the data during the e-Discovery process and thus, that the data was not 'compromised.'

Second, the procedure known as hashing is a tool used to demonstrate that a document has not been altered or tampered with since it was collected. Each document has a 'hash value,' which serves as a "digital fingerprint" of sorts. When a document is created, it is assigned a hash value. Every time a document is changed, re-named or otherwise edited, its hash value changes. Thus, by comparing the hash value of two documents, it is easy to demonstrate that neither the contents nor the metadata of a document was changed in any way during the e-Discovery process.

“In many cases, because they are vendors to their clients, law firms [are upgrading their cybersecurity] because their clients are requiring it. This makes sense: law firms receive their clients' most sensitive information and data. As a client, you do not want to run the risk of this confidential information becoming public knowledge. As such, clients are looking for firms who go above and beyond in implementing and maintaining cyber-security measures to ensure that clients' data is safe... Law firm clients are beginning to require that firms complete extensive and exhaustive data security questionnaires and might even send due diligence teams to a law firm's office to inspect their technology and physical security.”

Described as “the biggest risk law firms face in 2017,” cyber-security threats are a serious issue that law firms and attorneys should educate themselves about.

IV. Cyber-Security

Described as “the biggest risk law firms face in 2017,” cyber-security threats are a serious issue that law firms and attorneys should educate themselves about. These threats are not new. Beginning in 2009, the FBI first announced that cybercriminals were specifically targeting law firms. Not long ago, the international law firm DLA Piper was victimized by a huge cyberattack that left its electronic systems crippled for several days.

Law firms are popular victims of cyberattacks for at least three reasons. First, law firms' cyber-security systems often lag behind those of their clients, making them an easier target for hackers. Second, law firms possess a wealth of valuable information about their clients: financial records, merger negotiations, trade secrets, etc. Lastly, firms are seen as “high-value targets” for the use of ransomware and other extortion tactics because hackers view them as capable of paying large sums to avoid compromising client data.

a. Why Should Firms Care?

Most simply, firms should care because their clients do. As Julie Sobowale explains:

This clearly illustrates how important cyber-security is to clients and, thus, should be to law firms as well. If a firm cannot meet a potential client's cyber-security standards, it will not get that client's business, regardless of how skilled or reputable its attorneys may be. Furthermore, law firms rely on reputation a great deal. A firm with a weak reputation in terms of cyber-security – perhaps because of a data breach – may find itself on the outside looking in when it comes time to vie for clients' business.

Furthermore, firms should care about cyber-security because they owe a professional and ethical duty of confidentiality to their clients. As Jack Vaughan points out, “remaining the weakest link protecting their clients' data is an unsustainable proposition” for law firms, because it “expose[s] them to considerable liability.”

b. The Legal Industry Lags Behind

Despite very good reasons for why firms should put more emphasis on cyber-security, the legal industry lags behind its professional peers when it comes to this issue. For example: 40% of lawyers surveyed in the ABA's 2016 TechReport said that they use public Wi-Fi – which is inherently insecure, absent additional security procedures -- to

do legal work remotely; only 43% of lawyers reported that their firms had a mobile technology policy regulating the use and security measures attorneys should take when working with or transmitting client data from mobile devices; only 19% of lawyers reported encrypting their laptop hard drive; and just 53% of attorneys surveyed reported that they – *sometimes* – use a VPN when doing work on Wi-Fi outside the office. Even more alarming, the cyber-security firm Mandiant “estimated that *at least 80* of the biggest firms in [the United States], by revenue, have been hacked since 2011.”

So why does the legal industry struggle to adapt and improve its cyber-security measures? In a self-regulating profession, law firms lag because of the high costs associated with maintaining adequate cyber-security measures. This is especially true for large firms who have to roll out these cyber-security defenses across an array of offices in various locations with hundreds or thousands of users. On the other side of the token, small firms have a hard time with cyber-security due to the limited resources they can allocate to the issue, thus making it impractical for some smaller firms to hire people solely dedicated to cyber-security. As Sobowale puts it, “the biggest issue with law firms is the culture.” Thus, it has been external pressure – pressure from clients -- that has caused firms to put more of an emphasis on cyber-security.

c. Best Practices

What can law firms do to properly address cyber-security and effectively mitigate the risks associated with it? First, the firm must take cyber-security seriously, recognizing it as a high-priority issue by allocating necessary resources and “clearly communicating to all firm personnel and to clients that this issue is critical and is being addressed.” Once you prioritize the issue, experts suggest the following steps: conduct a risk assessment to determine which information is most sensitive so you can design your security measures accordingly; employ risk-based metrics to identify potential holes in your security; set up multiple layers of protection; and establish an incident response plan.

Of these, the incident response plan may be the most important procedure to put in place. Described as a “must-have” for

every law firm, an incident response plan is “more specific and sophisticated than crisis management policies and clearly lays out what the roles are and what has to be done when a breach happens.” Unfortunately, most firms do not currently have such protections in place. Responses to the 2016 ABA Technology Survey indicated that only 17.1 percent of all firms had an incident response plan in place. And for firms of 500 lawyers or more, that figure jumps to only 50 percent. As firms continue to recognize the importance of cyber-security, hopefully the number of firms with incident response plans will increase in the next few years. Firms can even contact the FBI to simulate a cyber-attack – hosting a mock exercise putting their plans to the test.

V. Some Concluding Thoughts

Technological change is here to stay; it is not going away. As lawyers our only choice is to adapt and move forward. This trend has a much more significant impact on younger lawyers who will be expected to use and master the new technological tools from day one. Luckily, the use of these tools seems to be more intuitive – and met with more open arms – by younger attorneys.

Some opponents of technological change argue that it will be detrimental to the legal industry, that it will reduce jobs and “take over” the role of lawyers.

While some technological tools such as predictive analytics may improve to the point where they displace some employees in the legal industry, there are substantial barriers to a “computer takeover” of the role of lawyers. Most importantly, lawyers do more than just engage in legal analysis. There is the very important lawyer-client relationship.

The unique human nature of the attorney-client relationship makes it unlikely that increased reliance on technological tools will render lawyers obsolete. Furthermore, lawyers are still needed to analyze the data provided by technological tools and to apply them to the specific facts in a given case. And lawyers will likely prove indispensable in litigation. They must appear in court, take discovery and participate in oral arguments. Fear of job losses is likely overblown. As Nicholas Reed – co-founder of Ravel –

explains, today’s generation of lawyers have embraced the use of technological analytical tools. For older, more experienced lawyers, the use of these new technological tools can be disruptive and frustrating. These lawyers should oppose the urge to resist change and give the new technological tools a chance, whether in planning litigation strategy, tailoring briefs, or drafting corporate agreements.

The sooner the legal industry accepts the use of these emerging technologies as a tool to aid lawyers, rather than viewing them as a threat, the sooner the industry as a whole will realize the many benefits these technologies can provide. Technology is not a ‘be-all, end-all’ substitute for the lawyer’s personal knowledge, but rather an instrument to augment the lawyer’s breadth of knowledge and expertise:

A lawyer’s judgment may still add... value to the predictions derived from machine intelligence, even if the machine prediction alone is better than the lawyer’s prediction alone.

We should not be afraid of the rate these tools will continue to improve. The use of technology – combined with the priceless nature of human experience – is the reason why “humans + machines > humans or machines.”

We’ve all been witnessing the evolution of our profession over several decades from one where we were required to be physically present – in the office to answer calls, or in warehouses to review hard-copy documents – to one where we can often do our work from almost anywhere in the world. Unless I’m greatly mistaken, technological innovations will continue to benefit the practice of law. Let’s do our best to be ready!

Murray S. LEVIN
Counsellor to the UIA President
Pepper Hamilton, LLP
Philadelphia, PA, United States
levinm@pepperlaw.com

David GALLAGHER
Former summer associate at Pepper Hamilton
Law student at University of North Carolina
gallaghd@live.unc.edu



Justice prédictive : que prévoit-on pour les juges ?

I Olivier HAENECOUR

I. Mons lance le barreau 3.0

Je suis devenu avocat avec, sous mon bras, un Commodore 64, un lecteur de *floppy disk* (grand progrès par rapport à la sauvegarde des données sur des cassettes de format audio), et une imprimante à marguerite.

Tout au long de ma carrière au barreau, j'ai eu le souci constant que les avocats de mon barreau puissent profiter de ce que les nouvelles technologies pouvaient leur apporter.

Devenu bâtonnier, en 2015, j'ai été particulièrement interpellé par les mutations profondes que je présentais pour notre profession face à l'application de l'intelligence artificielle au droit.

Le barreau de Mons est de taille moyenne, presque exclusivement composé d'avocats pratiquant seuls, ou en association de taille petite ou moyenne (jusqu'à une dizaine d'avocats).

Les gros cabinets internationaux investissaient alors déjà massivement dans des outils d'intelligence artificielle.

Ma crainte était de voir se développer un barreau à deux vitesses, que les avocats de petites structures ne soient pas capables d'accéder aux outils d'intelligence artificielle.

J'ai plaidé, notamment au niveau d'Avocats.be, pour la promotion d'un outil collectif, financé de manière solidaire par tous les avocats et mis au service de chacun d'entre eux. Avocats.be s'est engagé dans cette voie avec une startup, avec des perspectives prometteuses.

Malheureusement, les faiblesses de la société, essentiellement dues à sa taille, la rendaient vulnérable au niveau des ressources humaines (un des acteurs essentiels de l'entreprise a quitté celle-ci), et au niveau financier, ne permettant pas d'assurer le succès à terme d'un projet d'une telle envergure.

Et, par la suite, j'ai été contacté par *Wolters Kluwer Belgique*, au courant de mon intérêt pour ces questions.

Les discussions avec *Wolters Kluwer*, qui est tout à la fois un éditeur de revues juridiques et d'ouvrages de doctrine, un éditeur de plateforme de gestion de base de données juridiques, et un éditeur de logiciels de gestion de cabinet d'avocats, m'a permis de me rendre compte de la grande complexité de la mise au point d'algorithmes permettant d'appliquer l'intelligence artificielle au droit.

Cette complexité provient notamment de la diversité des systèmes juridiques, qui fait en sorte que des algorithmes fonctionnant dans d'autres systèmes juridiques, comme le système américain, ne sont pas transposables facilement pour être appliqués dans notre environnement juridique et judiciaire. Même entre des pays voisins, les mêmes réalités juridiques coexistent sous des dénominations différentes (je pense notamment au droit de l'insolvabilité).

Le *feedback* donné par les avocats qui avaient effectivement testé le produit a été généralement positif. La pertinence des résultats fournis par le programme était plutôt bonne.

L'innovation résultait surtout dans le fait que le programme donnait les chances de succès, en ce qui concerne le problème posé par rapport à l'ensemble des décisions étudiées, en un chiffre exprimé en pourcentage.

Le programme permettait d'affiner l'analyse par ressort de Cour d'appel.

En cela, il était prédictif, permettant d'apprécier les chances de succès avant l'intentement d'un litige.

Le programme apparaissait toute fois trop proche de *Jura*, qui est l'outil de recherche documentaire de *Wolters Kluwer*.

Il semblait également clair que l'outil ne pouvait donner sa pleine mesure, à défaut d'être

À notre connaissance, à ce jour, l'intervention humaine est toujours nécessaire après un premier travail exécuté par la machine pour aboutir à un résultat correct.

Par ailleurs, *Wolters Kluwer* m'a rassuré sur ce que leur intention était de développer leur outil d'intelligence artificielle en sorte qu'il soit accessible pour tous les avocats, quelle que soit leur structure.

Nous avons dès lors convenu que je fournirais les coordonnées d'une cinquantaine d'avocats destinés à tester la plateforme *Legal insights* dans sa version bêta.

Kluwer avait choisi comme domaine d'application le droit social et plus particulièrement la rupture du contrat de travail. J'ai donc donné des noms d'avocats qui, soit étaient des avocats pratiquant régulièrement ces matières, soit des avocats ouverts aux nouvelles technologies.

alimenté par un nombre très important de décisions – on était loin du *big data*, indispensable pour nourrir un outil d'intelligence artificielle.

Les résultats de cette expérience ont été présentés lors d'un événement intitulé : « Mons lance le barreau 3.0 » qui s'est tenu en juin 2017, dans un cadre plus large de mutation de la profession, avec l'adoption d'une charte et une réflexion quant à la manière, pour l'avocat, d'être rétribué pour ses services.

II. Les acteurs technologiques de la justice prédictive en Belgique

Le produit *Legal insight*, de *Wolters Kluwer*, dont question ci-dessus, a également été

testé par le barreau de Gand. Il est en phase de lancement commercial.

Le groupe *Larcier* (qui fait désormais partie du groupe français d'édition *Lefebvre-Sarrut*) collabore sur ces questions d'intelligence artificielle avec la société *Legaltech4you*. Le projet s'appelle *Augmented intelligence experience*.

Cet outil présente des spécificités intéressantes, comme une carte des concepts concernés et des concepts voisins qui peuvent permettre de prolonger la réflexion.

La matière choisie est ici le droit fiscal.

Le produit est actuellement en deuxième phase de test avec des avocats.

Un test est en cours avec le barreau de Verviers.

De gros cabinets d'avocats internationaux développent leurs outils d'intelligence artificielle, soit en interne, soit par collaboration.

Il faut noter le développement, par l'université de Toronto, de Ross, qui est une application du domaine du droit de Watson, outil d'IA d'IBM.

Au niveau belge, le cabinet CEW, déjà promoteur de la plateforme de consultation en ligne *On line lawyers* développe un outil d'intelligence artificielle appelé *Lawrenza*.

Il y a bien entendu de nombreuses *legal tech* qui utilisent des outils d'intelligence artificielle pour proposer leurs services aux particuliers ou aux juristes.

On songe notamment aux outils d'aide rédactionnelle pour les contrats ou d'autres documents juridiques, qui sortent du cadre d'un article consacré à la justice prédictive.

Les plus proches en sont ceux qui travaillent sur des bases de données documentaires comme *Lex.Be* ou encore, en France, *doctrine.Fr*.

Case law analytics a une approche de modélisation de la décision judiciaire.

La société française *Predictice* est totalement centrée sur la justice prédictive.

Son outil est commercialisé depuis le mois de mai 2017, il se fonde, pour les données mises à sa disposition, sur une collaboration avec *Wolters Kluwer France*.

Il permet également d'appréhender les chances de succès d'une procédure de manière générale ou en fonction du ressort devant laquelle la cause doit être plaidée.

Predictice a été testé par les Cours d'appel de Douai et de Rennes, mais le premier Président de la Cour d'appel Rennes a fait part en octobre 2017 de ce que l'outil décevait la dizaine de magistrats qui l'ont testé.

Le communiqué ne permet pas d'imputer cette réponse négative à une appréhension des magistrats vis-à-vis d'un outil qui pourrait, à terme, les remplacer, mais se centre essentiellement sur le caractère non pertinent d'un certain nombre de résultats et l'impossibilité d'appréhender les cas particuliers avec suffisamment de précision.

Il faut en déduire que le problème se situe vraisemblablement au niveau du nombre insuffisant de données traitées.

III. Le Big data

Les outils d'intelligence artificielle ne pourront donner leur pleine mesure que lorsqu'ils pourront se nourrir d'un nombre très important de décisions, c'est-à-dire lorsqu'ils auront accès au *Big Data*.

Cela signifie, pratiquement, avoir accès à l'ensemble des jugements et arrêts des différentes juridictions.

Cet accès n'existe pas actuellement, ni en France, ni en Belgique, les bases de données publiques ne fournissant qu'un nombre fort limité de décisions (et de surcroît, en mode *open access* et pas en mode *open data*, qui permet son traitement automatisé, pour ce qui concerne la Belgique).

La loi française du 7 octobre 2016 pour une république numérique prévoit en ses articles 20 et 21 la mise à disposition du public de l'ensemble des décisions rendues par juridictions des ordres judiciaire et administratif français.

En vue de la mise en œuvre de ces dispositions, le garde des sceaux français

a commandé au professeur Loïc Cadiet un rapport sur l'open data des décisions de justice. Le rapport de la mission, composée de nombreux acteurs, (juridictions, barreaux, CNIL,...) a été déposé en novembre 2017.

Le rapport formule vingt recommandations sur la mise en œuvre de l'*Open data* des décisions de justice.

En Belgique, il existe le projet *Vaja*, dont les contours et l'échéance demeurent particulièrement floues.

Une question fondamentale se pose toutefois de la même manière en Belgique qu'en France.

Le rapport distingue l'anonymisation, définie comme étant le processus consistant à traiter des données à caractère personnel afin d'empêcher totalement et de manière irréversible l'identification d'une personne physique et, la pseudonymisation, définie comme étant le traitement de données à caractère personnel réalisé de sorte que celles-ci ne puissent plus être attribuées à une personne physique sans avoir recours à des informations supplémentaires (non disponibles lors de la mise à disposition publique).

Le rapport préconise la pseudonymisation. (Il faut toutefois noter dans un certain nombre de publications, les deux notions se retrouvent sous le vocable « anonymisation »).

Décider quelles sont les données qui doivent être retirées d'une décision et pseudonymisées est un travail complexe.

Il est évident que la mise à disposition du public doit respecter le règlement général pour la protection des données qui, rappelons-le, ne concerne que les personnes physiques.

La question de l'identification des personnes morales se pose, de même que celle des acteurs de justice (les avocats se sont clairement prononcés pour l'identification, les magistrats sont très divisés sur la question en France au point que la mission n'a pas pu remettre de recommandation à ce sujet).

Vis-à-vis des entreprises, la question du secret des affaires peut se poser.

À côté de la nécessité de ne pas laisser apparaître des données permettant une identification directe (marque

d'immatriculation, numéro d'entreprise d'une personne physique, ...), toute une série d'autres éléments peuvent se retrouver dans une décision judiciaire et peuvent permettre d'identifier, et éventuellement par croisement avec d'autres décisions, l'identité de la personne concernée.

Mais, à partir d'un certain niveau d'enlèvement des données d'une décision, celle-ci n'est plus compréhensible, ni par l'homme, ni par les algorithmes, en sorte que le jugement comme donnée perd tout son intérêt.

Il y a donc, par rapport aux décisions existantes, un juste équilibre à trouver, pour que les décisions soient suffisamment pseudonymisées pour ne pas permettre l'identification d'une personne déterminée, mais encore suffisamment complète pour en permettre l'utilisation.

À notre connaissance, à ce jour, l'intervention humaine est toujours nécessaire après un premier travail exécuté par la machine pour aboutir à un résultat correct.

Pour les décisions à venir, la solution la plus efficace semble être que le magistrat lui-même détermine au sein de la décision les données qui doivent être pseudonymisées avant communication au public.

Toute décision serait ainsi rendue sous deux versions, l'une destinée aux parties, et l'autre destinée à la publication en *Open data*.

En ce qui concerne les décisions anciennes, un traitement forcément *a posteriori* s'impose.

Une solution théoriquement envisageable serait qu'une intelligence artificielle puisse analyser les décisions avant qu'elles ne soient pseudonymisées ce qui est le plus efficace, et que la décision ne soit pseudonymisée qu'au moment de son édition.

Cette solution techniquement séduisante n'est pas praticable, car elle poserait la question de mise à disposition par les autorités publiques de décisions non pseudonymisées aux entreprises privées éditrices d'outils d'intelligence artificielle, ce qui paraît inconcevable (et d'ailleurs illégal).

On ne sera donc pas surpris que les éditeurs d'outils d'intelligence artificielle cherchent

à faire en sorte que les données faisant l'objet d'une pseudonymisation soient les plus limitées, afin de permettre à leur outil d'être le plus efficace.

IV. Les algorithmes

En fonction de la sophistication de l'outil de l'intelligence artificielle utilisé, le casus que l'utilisateur veut faire analyser par cet outil lui sera donné soit par l'intermédiaire de mots clés, soit en langage courant, soit même par l'interface d'un moteur de reconnaissance vocale.

Le casus va être confronté par l'algorithme aux données à disposition de l'intelligence artificielle.

Sur cette base, l'outil d'intelligence artificielle va donner une prédiction : suivant le problème donné, quelles sont les chances de succès en cas de procédure en justice.

En l'état actuel, la plus-value par rapport à la recherche documentaire se situe essentiellement au niveau des statistiques fournies, avec les chances de succès de manière chiffrée, et un détail par ressort ou par juridiction (voir un détail par juge, si le nom des juges est repris sur les décisions du public).

S'agit-il vraiment de prédiction ?

Le terme justice prédictive provient de la terminologie anglaise.

En français, il conviendrait plutôt de parler de prévision que de prédiction.

La Cour européenne des droits de l'homme a confronté le résultat donné par un outil d'intelligence artificielle aux résultats des juges sur quelques centaines de dossiers. Environ 80 % des décisions étaient conformes.

Ça donne assurément une idée du sérieux de l'outil.

Pour les 20 % restant, la machine s'est-elle trompée ? Ou le juge ? Ou plutôt, est-ce se tromper que de donner une solution différente de celle donnée par la majorité ? Les juristes savent que plusieurs décisions différentes peuvent, face à une hypothèse déterminée, être juridiquement justifiées.

Avoir une opinion divergente n'est pas nécessairement se tromper.

Ceci pose la question du caractère performatif des outils d'intelligence artificielle.

Le risque est évidemment grand que la décision ne soit pas orientée, mais déterminée, par la prévision donnée par l'outil d'intelligence artificielle.

Ce scénario assècherait le droit.

Le droit a souvent progressé grâce à des avocats inventifs et des juges audacieux.

Se référer à ce que la majorité a toujours décidé est une solution de facilité, pas une solution de progrès.

Il importe donc que les outils de justice prédictive (gardons le mot) n'occultent pas les décisions minoritaires, mais tout au contraire, mettent l'accent sur celles-ci. Seule l'opinion minoritaire peut agiter les idées.

Le risque performatif pour la société est aussi lié au caractère privé des sociétés commercialisant les outils justice prédictive.

La question se pose alors de savoir si les algorithmes en place sont véritablement impartiaux, et s'ils ne risquent pas d'être orientés en fonction d'intérêts privés.

La recommandation numéro 20 du rapport Cadiet est la suivante :

« réguler le recours aux nouveaux outils de justice dite « prédictive » par :

- L'édiction d'une obligation de transparence des algorithmes.
- La mise en œuvre de mécanismes souples de contrôle par la puissance publique
- L'adoption d'un dispositif de certification de qualité par un organisme indépendant »

Le mécanisme de contrôle doit être soigneusement réfléchi.

En caricaturant, on sait qu'aux États-Unis, on a tendance à faire confiance au privé et à se méfier du gouvernement, alors qu'en Europe, on a tendance à faire confiance au gouvernement et à se méfier du privé.

Cette vision pousserait vers un contrôle par un organisme public indépendant.

Il faut, toutefois, que cet organisme de contrôle dispose de moyens suffisants en regard de ceux dont disposent ceux qu'il doit contrôler (voir le problème du dieselgate...).

Or les acteurs de justice prédictive sont en nombre fort limité.

Et si l'enjeu économique et technologique le justifie, ils pourraient parfaitement être absorbés par les GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft).

On pourrait se retrouver avec une ou deux grandes entreprises privées américaines ou chinoises qui dominent le marché.

Dans cette optique, un organisme de certification au niveau européen aurait sa pertinence.

On le voit, le problème n'est pas simple, mais est un enjeu essentiel pour l'avenir de la justice numérique, donc de la justice.

V. Robotisation de la justice

Si la justice prédictive permet de prédire la justice, pourquoi ne pourrait-elle pas plus simplement la dire ?

La tentation existe de soumettre certains litiges, par exemple, ceux d'une faible valeur, à un outil d'intelligence artificielle qui les trancherait ainsi automatiquement.

Les partisans de cette solution mettent en avant la disparition de la subjectivité du juge. La justice a un bandeau sur les yeux, mais le juge voit. La machine ne voit pas. La suspicion du justiciable (perdant) si fréquente et si mal fondée que l'avocat adverse connaît le juge disparaîtrait.

On imagine volontiers que les gouvernants seraient prompts à envisager cette idée qui leur permettrait de substantielles économies au niveau du service de la justice.

Notons d'emblée que en l'état actuel des textes législatifs nationaux et européens, le prononcé d'un jugement par une machine n'est pas possible. Mais les textes peuvent changer, en sorte qu'il faut examiner les problèmes de fond qui s'opposent à une telle dérive.

- a. L'idée selon laquelle une affaire de faible enjeu serait nécessairement simple et une affaire d'un enjeu important

complexe est totalement fausse. Il n'y a pas de corrélation entre la valeur du litige, et le caractère complexe, ou non, du raisonnement à adopter pour résoudre celui-ci.

b. Les justiciables les plus modestes auraient, à raison, le sentiment de voir se développer une justice de classe : les riches face aux juges, les pauvres face à la machine.

c. Un juge (comme, d'ailleurs un avocat) n'est pas qu'un spécialiste du droit. Il est doté d'une conscience. Il est doué d'empathie. Il ne peut être question de juger une cause uniquement avec l'application de règles techniques de droit. Il faut aussi une appréhension humaine du litige. On sait que les recherches sont en cours pour faire émerger une conscience artificielle, mais l'échéance semble encore relativement éloignée.

d. Le pouvoir judiciaire est l'un des trois pouvoirs fondamentaux de l'état démocratique.

Imagine-t-on que l'on remplace au gouvernement un secrétaire d'état par un robot ?

Imagine-t-on que ce soit un processus informatisé qui émette des votes à la place d'un certain nombre de députés ?

Alors, pourquoi imaginer un juge robot ?

Quelles que soient les évolutions technologiques, le juge doit rester un humain, dont le savoir sera prolongé, augmenté par ces nouveaux outils.

VI. Justice prédictive et cabinets d'avocats

Comme le juge, l'avocat doit avant tout rester un semblable pour le préjudiciable. Le contact humain avec le justiciable demeure essentiel. Il demeure nourri d'empathie. L'avocat expérimenté sait que le litige réel n'est pas toujours celui qui apparaît à première vue et qui est présenté par le client. En fonction des données du dossier, l'avocat doit être capable, au moyen et au-delà de ce que lui indique l'outil d'intelligence artificielle, de développer une stratégie propre à défendre au mieux les intérêts de son client.

Ceci étant, il est indéniable que l'outil de justice prédictive va avoir une influence importante sur le travail des avocats.

La partie du travail des jeunes avocats qui consistait à effectuer des recherches juridiques risque de fortement s'amenuiser, même s'il restera toujours à confronter le résultat donné par l'outil à la réalité du dossier.

Ce travail ne disparaîtra toutefois pas, parce qu'en amont la présentation des données d'un litige à un outil d'intelligence artificielle, il faut caractériser la recherche que l'on veut effectuer. Cela peut impliquer de compulsurer les centaines de pages du dossier remis par le client pour y déterminer les éléments pertinents du litige. L'avocat expérimenté aura toujours besoin de l'aide d'un avocat plus jeune pour effectuer de telles tâches.

Le traitement des outils de justice prédictive doit être l'occasion de repenser l'organisation du travail en cabinet.

Le travail en entreprise se fait aujourd'hui de manière plus collaborative. Cette évolution est demandée par les jeunes générations d'avocats.

Les outils d'intelligence artificielle doivent être un des éléments participant au renouvellement des méthodes de travail en commun.

Conclusion

La justice prédictive n'est pas la justice.

Elle ne juge pas.

Elle ne fait pas de prédictions, mais donne des prévisions.

Et l'intelligence artificielle doit surtout être considérée comme une intelligence augmentée au service de l'avocat ou du magistrat qui doivent demeurer maîtres et responsables du processus de justice.

Olivier HAENECOUR

Avocat

Ancien Bâtonnier du barreau de Mons

Meritius Avocats

Le Roeulx, Belgique

olivier.haenecour@meritius.be

L'intelligence artificielle au service des avocats : comment quantifier l'aléa judiciaire

I Jacques LÉVY VÉHEL

Note du rédacteur en chef

A plusieurs reprises, les auteurs des articles publiés dans cette section spéciale du Juriste dédiée aux LegalTech ont fait allusion à la « justice prédictive ». Il nous a dès lors paru utile d'en savoir un peu plus et pour ce faire d'interroger Jacques Lévy Véhel qui, ensemble avec Jérôme Dupré, a co-fondé la start-up *Case Law Analytics*, a développé des outils de quantification mathématique du risque juridique et judiciaire et accepté de répondre à quelques questions.

Juriste International (JI) : Que faut-il entendre par « justice prédictive » ? Pourquoi cette appellation, là où le monde anglo-saxon parle plutôt de « predictive analytics » ?

Jacques Lévy-Véhel (JLV) : En ce qui nous concerne, chez *Case Law Analytics*, nous ne parlons jamais de « justice prédictive », qui est un concept non seulement vide de sens, mais de plus dangereux.

« Vide de sens » car il n'y a rien à prédire. En effet, comme démontré, par exemple, dans une étude parue dans les *Cahiers de la Justice* (voir « Des juges sous influence », *Cahiers de la Justice*, 2015/4), non seulement deux juges différents peuvent rendre des décisions différentes sur un même dossier, mais aussi un seul et même juge peut rendre des décisions distinctes dans des affaires présentant les mêmes caractéristiques. La longueur de l'audience, la nature du dossier traité juste avant et d'autres paramètres peuvent avoir une incidence forte sur la solution donnée. Plus profondément, même si deux affaires sont en apparence similaires, des différences subtiles et non quantifiables font que rendre des décisions différentes est parfaitement compréhensible : c'est toute la difficulté et l'art de rendre la justice que de tenter de traiter tout le monde de manière égale tout en tenant compte des particularités intrinsèques à chaque situation. Le projet même de prédire

la justice est donc fondamentalement erroné. Il est de plus « dangereux », car trompeur : en effet, si l'on imagine qu'un jour un ordinateur pourra « prédire » une décision, un instant de réflexion suffit à comprendre qu'en réalité il « prescrira » cette décision. C'est la machine qui dira le droit. La société n'est pas prête à déléguer ce genre de pouvoir à un ordinateur, et c'est tant mieux. Tous les acteurs, juristes, mathématiciens, simples citoyens, doivent se mobiliser contre un tel projet. En effet, nous sommes prêts à accepter la sentence d'un juge car celui-ci est à la fois un expert et un humain : il peut appréhender les faits et les organiser selon les règles de droits adéquates, mais est aussi capable d'entrer en empathie avec le ressenti de chacune des deux parties au moment de prendre sa décision, ce qu'une machine ne peut pas faire à ce jour.

les principaux critères sur lesquels s'appuie un juge pour prendre sa décision dans ce type de dossier : pour une prestation compensatoire, on prendra en compte par exemple la durée du mariage, les revenus des époux, leur patrimoine, etc. On cherche ensuite à modéliser la façon dont les juges parviennent à leurs conclusions. Pour ce faire, nous enseignons à la machine à prendre des décisions similaires à celles des juges humains en analysant une quantité significative de jurisprudence à la lumière des critères précédemment définis. Nous utilisons pour cela, entre autres, des techniques avancées d'intelligence artificielle, et, plus précisément, d'apprentissage automatique. De plus, pour tenir compte de ce qui a été mentionné au précédent paragraphe, nous modélisons non pas une seule réponse, mais

Le projet même de prédire la justice est donc fondamentalement erroné.

JJ : Comment la « justice prédictive » fonctionne-t-elle ?

JLV : Encore une fois, nous ne faisons pas de « justice prédictive » chez *Case Law Analytics*. Notre activité consiste à **quantifier l'aléa judiciaire**. Comme expliqué ci-dessus, il existe une incertitude irréductible sur l'issue d'un procès. Les situations comportant un aléa inévitable sont communes dans divers domaines, comme la météorologie, la médecine ou la finance. Le processus scientifique que l'on met en œuvre dans de tel cas s'appelle « modélisation ». Voici comment il se concrétise pour la problématique qui nous concerne. Nous commençons par choisir un contentieux bien circonscrit, par exemple, la rupture brutale des relations commerciales établies, le versement d'une prestation compensatoire ou encore d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. S'ensuit une phase d'expertise juridique pendant laquelle nous déterminons

un éventail de jugements possibles, qui sont, de façon prouvée, ceux qui seraient rendus sur un dossier donné devant une juridiction donnée. Autrement dit, nous garantissons que si vous vous présentiez, par exemple, cent fois à la Cour d'appel de Paris avec un dossier caractérisé par les critères définis dans l'outil, alors les jugements que vous obtiendriez seraient exactement les cent résultats proposés par *Case Law Analytics*. Il est important de comprendre qu'il n'est pas possible de faire mieux à cause du fait que deux juges différents peuvent prendre des décisions différentes, prétendre deviner l'issue de façon exacte est nécessairement voué à l'échec. Tout ce que l'on peut raisonnablement faire, c'est refléter la diversité des décisions qui seraient prises sur un dossier donné. L'aléa résiduel reflète à la fois le fait qu'aucun ensemble de critères, si riche soit-il, ne peut épuiser l'infinie diversité des cas individuels, et le fait que deux juges différents peuvent rendre des décisions différentes.

Jl : L'expérience de « justice prédictive » provenant du monde anglo-saxon est-elle transposable à un environnement civiliste ?

JLV : Clairement non. Ainsi, en particulier, les systèmes prétendant « prédire la justice » en donnant simplement une information purement statistique du type « avec tels et tels critères, 70 % des décisions rendues accordent tel montant » sont dangereux. Dans notre système, le précédent n'oblige pas le juge, et présenter des moyennes sur des décisions de la jurisprudence n'est que peu pertinent. Par définition, les statistiques s'appuient sur le passé : elles ne disent rien de l'avenir. Tout au plus, peuvent-elles mettre en lumière des corrélations. Mais c'est une vérité statistique de base que corrélation n'est pas causalité, et de tels systèmes peuvent être trompeurs en faisant croire à des enchaînements logiques là où il n'y a que concordance d'éléments qui peuvent procéder d'une cause commune.

Une autre difficulté est que, contrairement aux États-Unis, la jurisprudence accessible est relativement peu fournie en France. Par exemple, la Cour d'appel de Paris, seule compétente sur ce contentieux depuis 2012, a rendu moins de 2 000 arrêts concernant la rupture brutale des relations commerciales établies depuis cette date. Faire des statistiques en demandant les dossiers correspondant à une dizaine de critères prescrits (durée de la relation, taille des entreprises,...) est alors périlleux, car on calculera des moyennes sur un très petit nombre de jugements, et ces moyennes seront inévitablement très peu fiables.

Jl : Pour quel type d'affaires les outils de « justice prédictive » sont-ils les plus appropriés ?

JLV : Il est possible de procéder à une quantification fiable de l'aléa judiciaire dès que deux conditions sont remplies : premièrement, le contentieux doit être bien circonscrit, c'est-à-dire que l'on doit pouvoir dresser une liste pas trop longue de critères qui vont décrire les principaux éléments sur lesquels le juge fonde principalement sa décision. Deuxièmement, il est nécessaire que soit disponible une jurisprudence suffisante sur laquelle l'intelligence artificielle va pouvoir s'appuyer pour modéliser le processus de décision. On le voit, les domaines concernés

sont très divers, et vont du droit commercial (rupture brutale des relations commerciales établies, baux commerciaux) au droit civil (préjudice corporel) en passant par le droit de la famille (prestation compensatoire, contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants) et le droit social (indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse), cette liste étant loin d'être exhaustive.

Jl : A qui les instruments de « justice prédictive » sont-ils destinés ?

JLV : Ces outils sont destinés à tous les professionnels du droit.

Les avocats pourront corroborer leur expertise par des données chiffrées et quantifier le risque pour leurs clients dès le premier rendez-vous. Ils pourront aussi justifier plus facilement de rémunérations variables au succès.

Pour les directions juridiques, c'est une opportunité de développer une équipe de « juristes virtuels » fiable et dédiée, capable de provisionner le risque juridique pour les dossiers en cours et à venir et de valoriser l'ensemble de l'historique juridique de l'entreprise.

Les assureurs de protection juridique pourront donner une information précise à leurs assurés dès le premier appel avec un haut niveau de précision, et ainsi favoriser les modes alternatifs de règlement des différends et accélérer la résolution des dossiers.

Enfin, les experts-comptables les utiliseront pour revoir et valider les provisions juridiques de leurs clients avec un haut niveau de fiabilité et évaluer rapidement les risques juridiques potentiels.

Notons enfin que les magistrats trouvent aussi un intérêt dans un outil qui reflète les usages de leur juridiction : pour un dossier donné, Case Law Analytics présente les décisions qui seraient prises par leurs collègues. A chaque juge ensuite de se positionner en toute liberté dans cet éventail.

Jl : Quel impact sur la responsabilité de l'avocat ?

JLV : Qui dit nouveaux outils, dit en effet nouvelles responsabilités pour l'avocat.

Notons tout d'abord qu'un système de quantification de l'aléa judiciaire ne peut en aucun cas se substituer à un avocat. Les craintes sur le fait que ces machines puissent remplacer les professionnels du droit sont donc totalement infondées : pas plus qu'un scanner ne remplace un médecin, mais lui sert au contraire d'outil d'aide au diagnostic, une évaluation des décisions probables sur un dossier donné ne fera pas le travail à la place de l'avocat : elle se contentera de lui fournir un outil d'aide à la décision.

Pour se servir à bon escient de ces assistants d'un nouveau type, l'avocat doit cependant s'habituer à leur logique et à leur fonctionnement. Il doit apprendre à faire la différence entre statistiques, qui se contentent de fournir une photographie du passé, et modélisation, qui cherche à rendre compte du processus de décision judiciaire. Il doit aussi apprendre à lire un histogramme, ces diagrammes en bâtons qui présentent, pour chaque décision possible, la probabilité qu'elle survienne. En particulier, il doit résister à la tentation de se focaliser sur le plus haut de ces bâtons : en effet, dans la plupart des cas, s'il y a bien une décision qui est plus probable que toutes les autres, sa probabilité est typiquement autour de 25 à 35 %. Autrement dit, en général, deux fois sur trois, la décision prise ne sera pas celle correspondant au bâton le plus haut. Il est crucial que les avocats embrassent cette complexité en acceptant que mêmes les décisions les moins probables peuvent se produire, tout simplement parce qu'elles sont présentes dans l'histogramme calculé par l'outil : seul l'ensemble des issues possibles avec leur probabilité associée rend compte de la réalité, et se restreindre à une seule valeur, serait-elle la plus probable, ne peut qu'être trompeur.

Nous sommes confiants sur le fait que les avocats, tout comme les autres professionnels du droit, auront à cœur de se saisir de ces outils et d'apprendre à les maîtriser afin de les employer à bon escient pour un meilleur fonctionnement de notre système judiciaire.

Jacques LÉVY VÉHEL
Président Case Law Analytics
Nantes, France
Jacques.levy.vehel@caseanalytics



Le rôle ou la responsabilité de l'Ordre dans le développement de l'intelligence artificielle au service des avocats

I Jean-François HENROTTE

Le Président d'avocats.be (l'Ordre régional francophone et germanophone belge)¹ « estime que le rôle de l'Ordre n'est pas de se substituer au libre marché. L'Ordre peut aider à créer le cadre – légal, déontologique et organisationnel – du renouvellement de la profession, mais ce sont les acteurs du marché légal qui donneront forme à ce marché ». D'autres ordres s'abstiennent simplement de faire quoi que ce soit de concret.

Cela nous semble une erreur préjudiciable tant pour les justiciables que pour les avocats.

Bien sûr, on peut croire en la théorie du marché pur et parfait de Léon Walras qui conduit au maximum de richesse et de paix mais elle repose sur un marché de la concurrence parfaite qui n'a rien à voir avec le marché des oligopoles.

Or, précisément, le marché des bases de données juridiques est oligopolistique...

Quelle est la situation (en Belgique mais elle nous semble transposable dans l'ensemble des barreaux représentés à l'UIA) ?

Selon Wikipedia, « l'édition consiste à présenter, reproduire, puis commercialiser la production intellectuelle d'un auteur ». La présentation, la reproduction et la commercialisation de la donnée brute n'est donc pas consubstantielle à l'édition. Rien ne l'interdit à l'éditeur bien sûr mais on s'éloigne du cœur de métier de l'édition et on se rapproche du métier de producteur de base de données. Les éditeurs juridiques ont pourtant, s'écartant de leur métier, décidé de traiter ces données brutes.

La transition de la recherche manuelle vers la recherche informatisée dans les années quatre-vingt-dix a apporté un gain d'efficacité au travail des avocats.

Depuis, les évolutions techniques de ces bases de données sont malheureusement restées mineures : on ne peut pas parler de

disruption... Les trois principales bases de données juridiques privées belges continuent de reposer sur une recherche par mots-clés ou libre, recherche opérant entre autres dans une jurisprudence très parcellaire.

Les deux plus importantes bases de données ont vu leur prix augmenter très significativement l'année passée sans qu'aucune amélioration technique ne soit proposée en contrepartie...

Si nous ne nous saisissons pas de ces technologies avancées, nous ne serons pas en mesure de rendre les services d'un avocat accessible à un plus grand nombre de justiciables et ainsi d'arrêter la décroissance de notre clientèle.

Même si aucun chiffre ne sera jamais officialisé par ces éditeurs, on peut raisonnablement soutenir, sur base des minimas fixés par les éditeurs pour concéder aux barreaux un prix préférentiel sur lesdites bases de données, que le nombre de cabinets abonnés à ces banques de données est minoritaire.

Quelle est l'évolution de la technique ?

Toujours suivant Wikipedia, le *big data*, parfois aussi appelé données massives, aide les entreprises à réduire leurs risques et faciliter la prise de décision, ou créer la différence grâce à l'analyse prédictive.

Ces données massives ne sont plus interrogées par mot clés mais par concept, en langage naturel. C'est grâce à cela que les résultats obtenus sont pertinents et que l'utilisateur n'est pas submergé par une quantité gigantesque de résultats qui ne sert à rien, sans rapport avec le sujet réel de sa recherche.

Le système se fait, en outre, intelligent et « apprend » pour devenir plus performant que l'homme dans certains secteurs de la pensée.

L'intelligence artificielle est supervisée, l'homme est augmenté et non remplacé, mais cette technologie se montre de plus en

plus performante. Une étude de l'Université de North Carolina School fondée sur mille cas de cancer diagnostiqués par des oncologues a démontré que Watson, le système d'intelligence artificielle d'IBM, a dans 99 % des cas recommandé le même traitement que celui des médecins spécialistes. Au contraire, dans 30% des cas, ces oncologues ont omis des options envisagées par la brique logicielle d'IBM !

De telles technologies pourraient évidemment être utilisées dans le secteur du droit et ne le sont pourtant pas !

En quoi cela pose-t-il un problème ?

De moins en moins de justiciables (personnes physiques ou morales) peuvent se permettre de consulter un avocat. Les avocats doivent devenir plus efficaces pour offrir des prestations à un coût abordable².

Ceux qui peuvent encore consulter un avocat sont de plus en plus exigeants. Ils ne peuvent comprendre pourquoi la technologie améliore la pratique de la plupart des professions mais pas la nôtre. Ils demandent plus de rigueur et de prévisibilité.

Si nous ne nous saisissons pas de ces technologies avancées, nous ne serons pas en mesure de rendre les services d'un avocat accessible à un plus grand nombre de justiciables et ainsi d'arrêter la décroissance de notre clientèle.

Pouvons-nous faire confiance au marché pour qu'émerge ces technologies ?

Difficile de répondre. Les deux principaux éditeurs belges (en réalité des éditeurs internationaux) annoncent avoir des projets.

Il semble que ce soit essentiellement des outils prédictifs. Il ne s'agirait donc que d'un premier pas vers l'intelligence artificielle. En tout cas, puisqu'ils n'ont pas accès à l'ensemble de la jurisprudence et qu'ils n'ont dès lors pas le *big data*, la pertinence de ces outils restent à démontrer.

Il est peu probable que ces nouveaux outils soient offerts. Les prix vont donc à nouveau flamber et le nombre d'abonnés, déjà faible, va encore décroître...

Pourtant, le prix demandé par les *pure players* (Pythagoria, IBM, ...) consultés dans le cadre du groupe de travail « avocat augmenté », né suite aux congrès bisannuel d'avocats.be #Agissons, démontre qu'il y a moyen de produire avec ces nouveaux outils un résultat au moins similaire mais probablement supérieur pour un prix 10 fois inférieur à celui du marché. Cette réduction du coût s'expliquant par les gains d'efficacité de ces outils mais aussi sans doute parce que tout le monde y souscritait.

Est-ce réellement le rôle de l'Ordre de suppléer au marché?

À côté des éditeurs, certains des géants de l'avocature investissent également. Dentons a acheté Ross le pionnier nord-américain de l'intelligence artificielle appliquée au droit, Baker McKenzie a annoncé un investissement de plusieurs millions de dollars.

Est-ce que l'Ordre est légitime à « contrer » ces efforts concurrentiels ?

Il convient d'abord d'observer que ce choix d'une mise à niveau mutualisée du barreau a été fait par les ordres belges au moins deux fois dans l'indifférence générale. Une première fois avec l'assurance RC obligatoire. Si, comme nous, les architectes belges ont l'obligation déontologique de s'assurer, leur Ordre n'a pas souscrit une police commune. De même, dans un secteur encore plus proche de notre propos, la plupart des ordres ont une bibliothèque. Avec le temps, ils y ont d'ailleurs donné accès aux banques de données. Chaque avocat contribue donc à ce service qu'il ait ou non déjà une bibliothèque interne, qu'il soit spécialisé ou non.

Le fait d'avoir un outil d'intelligence de base commun laisserait encore place à une saine concurrence entre nous. Les beaux esprits interrogeront mieux que d'autres le système et continueront à innover pour

tout ce qui échappe aux compétences de l'intelligence artificielle.

Les cabinets les plus anciens, les mieux organisés ou les plus investisseurs pourront injecter de façon exclusive leurs connaissances inédites et développer des briques complémentaires au système d'intelligence artificielle de l'Ordre.

Par contre, pour l'instant, il n'y a que l'Ordre qui peut obtenir du ministère de la justice, en contrepartie d'autres services, un accès à l'ensemble de la jurisprudence nécessaire au *big data*.

Il n'y a que l'Ordre qui peut amener les 17.000 avocats belges à disposer de ce système et partant, à superviser l'intelligence artificielle et à participer à son apprentissage.

D'autres enjeux existent également.

En effet, le code de programmation de ces outils doit être transparent, afin que l'on puisse comprendre comment l'intelligence artificielle a abouti à un résultat spécifique. Il faut que l'on puisse repérer les bogues. Il faut que l'on puisse éviter la perversion des intelligences artificielles qui amènerait à ignorer intentionnellement une jurisprudence, voire une législation, défavorable aux intérêts de certains.

Des acteurs privés ne donneront jamais accès à leur propriété intellectuelle. Seul un acteur comme l'Ordre veillera à la transparence et à l'absence de parti-pris du système.

Et pourtant, tel Anne, ma sœur Anne, nous ne voyons rien venir... Tout au plus, entendons-nous à chaque discours de rentrée ou colloque sur l'avenir ou la numérisation de la profession qu'il faudrait que nous maîtrisions l'Intelligence artificielle mais **aucun acte concret**³ n'est posé.

Jean-François HENROTTE
Directeur de la Stratégie Digitale de l'UIA,
Lexing
Liège, Belgique
jf.henrotte@lexing.be

1. <http://www.knowtorgrow.be/fr/marketing-de-contenu/entretien-avec-jean-pierre-buyle-president-davocats-be/>

2. Pourtant, on l'a écrit ci-avant, moins de la moitié des avocats utilisent les moteurs de recherches actuels.

3. Nous rappelons à cet égard que la création d'un incubateur n'est pas un acte concret.



La session du forum des firmes tenue lors du congrès de Toronto était consacrée aux effets de l'évolution numérique et a été l'occasion d'échanges nourris sur les conséquences pour la profession d'avocat.

L'évolution des technologies du numérique est un phénomène mondial qui concerne l'ensemble des activités humaines. Tout le monde est d'accord sur cette affirmation, mais lorsque l'on avance un peu, bien des réponses commencent par « oui mais, jamais il ne pourra remplacer l'avocat, le médecin, le magistrat... ». Est-ce bien sûr ? N'est-ce pas balayer trop vite ce qui est pourtant très spectaculaire, la victoire des ordinateurs sur les champions du monde d'échec ou de jeu de go ?

Il n'est pas certain que l'on puisse souscrire en totalité à cette déclaration de l'un des grands dirigeants de la profession en France : « *L'avocat ne peut pas être remplacé par un ordinateur, de la même façon que les juges et les juridictions ne le seront pas* ». Souhaitons-le mais il faut quand même se préparer à la situation inverse. Nous y reviendrons.

La prise de conscience que le numérique va détruire beaucoup d'emplois humains est, elle aussi, très partagée. Mais surtout par les effets de l'automatisation des tâches de conduite de véhicules (y compris les trains) et des activités de production industrielles. La seule zone de désaccord des prévisionnistes est sur le nombre qui va de quelques centaines à des millions. Ce n'est pas très important car de toute façon, les prévisions sont faites pour ne pas se réaliser et la réalité sera certainement différente.

Dans l'activité juridique, le numérique a déjà apporté une évolution très sensible même si elle appartient déjà à la préhistoire, c'est la mise à disposition de tous de l'information juridique de façon gratuite ou presque. Nous en profitons nous-mêmes mais les utilisateurs du droit aussi. De dispensateurs du savoir, nous sommes en passe de devenir des explicateurs du savoir, car la donnée brute n'est pas toujours suffisante.

Le numérique et l'avocat

I Jean-Jacques UETTWILLER

Il suffit à un non professionnel de droit de disposer d'un ordinateur et d'une connexion Internet et de savoir s'en servir pour connaître le droit applicable à telle question, ce qui ne peut que retarder le besoin du recours à l'avocat. Même chose pour les actes simples de la vie courante.

Cette évolution, mais ce n'est pas encore la (r)évolution¹ comprend plusieurs facettes, qui sont tous des aides précieuses, d'abord la progression très rapide des moteurs de recherche, capables d'extraire, les textes, la jurisprudence, la doctrine sur un sujet déterminé en un temps très rapide. Ensuite la multiplication des *LegalTech* qui proposent des activités juridiques simples en lignes (divorces, création de société, formalités légales et même l'arbitrage essentiellement de recouvrement à faible coût). C'est aussi la gestion numérique des relations avec les tribunaux de plus en plus traitées informatiquement. Par exemple au Maroc, les avocats reçoivent sur leur smartphone la décision du juge au moment de son prononcé. Mais il n'y a dans tout cela que l'application de la rapidité de transmission et de la fiabilité qu'apporte Internet.

Nous changeons de dimension avec deux autres applications qui, maintenant, appartiennent au domaine de l'intelligence artificielle, l'intelligence artificielle proprement dit et ce qu'il est d'usage d'appeler la justice prédictive.

Comme en médecine (et pas seulement), il se développe, notamment au sein des universités nord-américaines des algorithmes capable de rédiger directement une consultation à partir des données de fait et de la question juridique posée. Ces outils sont aujourd'hui trop coûteux pour pouvoir s'implanter largement, mais certains des cabinets du *magic circle* ont commencé à les mettre en place.

Pour un temps encore, le produit de ces outils ne peut être directement utilisé et nécessite une intervention humaine.

Il pourrait résulter, tant des effets de la numérisation et de la disponibilité du savoir que des logiciels d'intelligence artificielle une modification significative de l'intervention

humaine. Le même résultat, la réponse à une attente du client, demandera (et demande déjà) moins d'heures de travail mais d'un niveau plus élevé, la structure des entreprises d'avocats ne peut pas en être affectée. Dans quel sens ? Un travail à plus forte valeur ajoutée, par des professionnels plus expérimentés. Sans doute. Mais alors comment les former si nous voyons se réduire la part du travail qui jusqu'alors était fait par de jeunes collaborateurs.

La justice prédictive est, pour l'instant du moins, d'une nature différente. Les algorithmes ici traitent les données de fait et de droit, la nature de la juridiction et aux États-Unis le nom du juge, pour fournir une estimation de ce que sera la décision judiciaire. Ces outils sont parfois développés en coopération avec des firmes mondiales d'avocats qui alimentent la base de données.

Ensuite, il ne faut surtout pas sous-estimer la portée de l'intelligence artificielle et sa capacité à calquer les mécanismes de la pensée humaine et à auto-apprendre. Les exemples cités plus haut des échecs et du go, ne sont pas du jeu, mais la démonstration de la capacité des algorithmes à apprendre.

Enfin, et surtout, la profession d'avocat et plus généralement les professions juridiques ne peuvent pas compter sur leur statut de profession réglementée pour les mettre à l'abri de cette déferlante. Les procédures engagées de part et d'autre de l'Atlantique contre les *LegalTech* ou par elles contre les institutions professionnelles aboutissent à des résultats pour le moins mitigés. Le statut de profession réglementée est-il un obstacle à la libre concurrence ? La réponse des cours nord-américains à cette question est préoccupante car pour la profession dentaire l'arrêt *NCSBDE v. Federal Trade Commission* a

Nous vivons déjà depuis plusieurs années la montée en puissance de ce qu'il est convenu d'appeler les modes alternatifs de règlement des conflits.

Il s'agit, à ce stade de l'évolution sociétale d'une formidable aide à la décision, et lorsque la pratique en sera acclimatée, du moyen d'éviter les procédures sans grand espoir, ce que cherche déjà à faire les avocats dans leur grande majorité, mais peut-être avec une plus grande crédibilité. Nous vivons déjà depuis plusieurs années la montée en puissance de ce qu'il est convenu d'appeler les modes alternatifs de règlement des conflits. Les deux mouvements peuvent aller de pair.

Ici également l'activité de l'avocat va se trouver altérée.

Nous ne pouvons, ni surtout ne pouvons, penser que la profonde évolution de l'écosystème au sein duquel nous évoluons ne va pas nous contraindre à réfléchir sur nous-mêmes. D'abord sur le principe même, ne nous voilons pas la face, le numérique est en marche et ne l'arrêterons que les marchés non rentables.

jugé que les ordres professionnels pouvaient être des freins à la concurrence.

Même si en Europe, la Cour de Justice de l'Union Européenne a décidé, par un arrêt de la Grande Chambre du 27 décembre 2017, dans l'affaire Uber que cette activité ressortait de l'activité de transport et pas de celle de commerce électronique, cette décision ne semble pas avoir des effets concrets sur le marché. Les forces économiques sous-jacentes sont trop fortes pour être endiguées.

Après la prise de conscience, la profession d'avocat – et au premier plan ses institutions – doit s'adapter et intégrer dans son organisation et ses modes de travail, l'univers numérique.

Jean-Jacques UETTWILLER
Président d'honneur de l'UIA
UGGC Avocats, Paris, France
jju@uggc.com

I. Cf. Le titre du bulletin n° 264 du Barreau de Bruxelles.



LegalTech or How Advocacy will Change in the Upcoming Years

I Paulo BANDEIRA

Advocacy is still a conservative profession with some difficulty in embracing change. There are good reasons for this to be so. Confidentiality is an absolute value and whether we like it or not, new technologies expose this value to new risks.

It is thus not surprising that we noted some resistance from law firms to migrate their work to the cloud, where issues such as security and availability of service are concerns.

In addition, the establishment of online systems for the communication with courts and management of lawsuits (such as the Portuguese Citius) are extremely important for the efficient functioning of the courts and to facilitate greatly the life of lawyers, but they expose lawyers to the weaknesses inherent in the availability of that service or the interception or blocking of communications, with risks pertaining to confidentiality or loss of lawsuits and missing deadlines, for example.

Nevertheless, when we talk about LegalTech challenges, it is not the above that we should address, but a new way of working in the profession, integrating automated electronic tools in the execution of legal work or the appearance of intermediaries between the lawyer and the client.

It was clear at the Web Summit (held last November in Lisbon) that advocacy will have to deal with new disruptive technology partners whose presence will be imposed one way or the other to the point where resistance will become useless.

The first major disruption will be the integration of artificial intelligence and machine learning in legal practice.

It is not a new reality and we have all heard of law firms in the United States that use artificial intelligence to conduct searches of court sentences within minutes that would otherwise take hours; but this is not disruptive.

What is truly disruptive is that artificial intelligence and machine learning allows us to enhance the performance of legal documents such as contracts which are currently a static (or almost) reality in our files. How?

Well today, whenever we want to prepare a contract, all we have to do is to get a draft that we have already prepared or that is available in another file, read it and change it either by hand or directly on a computer.

The application of artificial intelligence to contracts allows an algorithm individually to analyse and categorise each clause out of the hundreds of contracts we have in our files, so that by providing a set of information

of the contract and which, for a small amount, allow, for example, sub-contracting a lawyer to make the final review (AD translation tool with human review). All of this will undoubtedly represent a much lower cost to the client from the initial position of having to hire a lawyer to draft the root contract.

In addition, this type of technology will automate the treatment of so-called mass litigation, that is, all those procedures that are structurally repetitive, such as injunctions, the issuance of fines by State services (e.g. traffic fines) or the production of subsequent initial petitions. The creation of these automatisms will necessarily reduce the number of lawyers required to carry out this work.

In recent years, we have witnessed a decline in the use of hour-value over other forms of billing, namely pre-budgeting. We are certain that the use of these technologies will reinforce this trend.

about the parties and ticking some boxes on the terms of business, we may establish a program that can generate a draft contract very close to the final one, subject only to review and finalisation by the lawyer.

For the lawyer this interaction represents a great saving of time in the production of contracts, increasing efficiency and productivity. But what impact will this have on fees?

In recent years, we have witnessed a decline in the use of hour-value over other forms of billing, namely pre-budgeting. We are certain that the use of these technologies will reinforce this trend.

In any case, the real challenge lies not in the use of these technologies by law firms. The real challenge lies in the institutionalisation of these technologies by companies other than law firms. We are talking about companies selling legal drafts which, on a much lower remuneration, produce such an initial draft

This type of technology enhancement can contribute to the reduction of the number of lawyers by forcing lawyers only to perform the really complex tasks that cannot be carried out properly by machines. In addition, it may imply the need for law firms to make available and free of charge to all users of their website or to their clients, simpler documents that work in a grab-and-go logic, that is, that allows users to adjust them themselves, at no associated cost or by subscribing to a monthly fee (there are several examples, but see the Cooley law firm with its CooleyGo service that allows, for example, any startup to produce the documents needed to set up their own company).

What is equally interesting is that we have begun to see some law firms investing in this area, which will eventually lead law firms to set up companies providing artificial intelligence services to other law firms.

The second challenge that law firms face is intermediation.

A set of tools that seek to create marketplaces of lawyers or the institution of an intermediary between the client and the lawyer are in development.

We all know that this is forbidden by law in some jurisdictions (for example, in Portugal by our statute of the Bar Association). So was the activity of modern players like Uber...

The value proposition is always the same, connecting the lawyer to potential clients, facilitating the exposure and the visibility of the lawyer, thus generating more interactions with clients and mandates.

Intermediation has taken a number of forms, from the simple Marketplace that allows lawyers to make proposals to clients (see Advogadoo or professional search sites), to more elaborate forms that impose an entity between the trader and the customer such as Rocket Lawyer or Legal Zoom or Avvo, where for a low monthly fee or a pre-determined price you can have access to a small range of legal services.

One of the problems is that these platforms offer differentiated value propositions for service providers and users. To service providers (lawyers) they promise to increase workload, to users (customers) they promise a substantial reduction in cost. All this will tend to put pressure on lawyer's fees.

The integration of technology in all areas of society is inevitable and it is unrealistic to think that advocacy will escape this trend. Society is moving towards "uberisation" in various dimensions and it is not worth thinking that the legal sector will be different. We will have to know how to adapt. If there is one thing I have learned from start-ups, it is that it will not be the strongest that will prevail, but the most adaptable, and this is also true for law firms.

As one of the main subjects in the Porto Congress will be the **"Legal Practice in the Digital Era"**, I am sure we will have the opportunity to discuss these matters jointly in more detail.

Paulo BANDEIRA
President of the UIA Start-ups & Venture
Capital working group
SRS Advogados - Sociedade Rebelo de Sousa e
Advogados Associados, RL
Lisbon, Portugal
paulo.bandeira@srslegal.pt



The Data-Driven Lawyer and the Future of Legal Technology

by Jeff PFEIFER

One of the most fundamental challenges that law firms, legal departments and individual lawyers face today is inextricably tied to data. Data volumes continue to grow at exponential rates, and "big data" is an issue across just about every legal function. This is true whether you're talking about solving a research or discovery problem, sketching out a legal strategy, assessing the merits of a case or performing a multitude of tasks that a lawyer now confronts.

Additionally, client expectations have changed and there are relentless demands on the profession to be more efficient and deliver more cost-effective services. Whether you are a lawyer, legal librarian or paralegal, your work involves finding and synthesizing relevant information more quickly, even as the body of information we're sifting through continues to grow. This is a problem that must be addressed because the pressure from clients is not easing.

Fortunately, there are already effective solutions in the marketplace today that target many – though certainly not all – of these data-related challenges. Technology-focused companies have been active in the legal research area for almost half a century now, and they have learned a lot about how to manage big sets of data. These providers are also investing heavily in the promise of language-based technologies that can scan, interpret and synthesize the written document. These solutions are empowering the "data-driven lawyer," for whom the big data phenomenon represents an opportunity, rather than an intractable problem.

So how is the industry today preparing to accommodate the data-driven lawyer of tomorrow?

Providing better, cleaner and richer data

Technology companies in the legal research space add millions of documents to their repositories every day. Such quantities

require purpose-built platforms that are able to process massive data volumes at very high speed. Additionally, these massive data volumes must be enriched so that additional insights can be extracted. With the help of advanced data parsing technology and document meta-data enrichment, raw data is cleaned, enhanced, refined and structured so it is more readily searchable and can be mined for specific insights that are directly relevant to today's legal questions.

Why start by commenting on data? Because clean, enhanced data underpins successful implementation of virtually every application of advanced technology in the legal industry.

Moving beyond futuristic AI hype: machine learning and its power today

It's almost impossible to attend a legal technology conference today and not encounter multiple discussions about artificial intelligence (AI). We've been told – and many in the profession have begun to assume – that AI is the future of law. While still in its infancy, artificial intelligence powered tools are at a point where new insights are now possible.

Most of what's happening in the legal space related to AI is connected to machine learning. There is plenty of confusion about these terms in the media, but for our purposes it's probably best think of AI as a broad technology category whereby machines carry out the kinds of "smart" tasks we associate with human decision making. Machine learning is a subset of AI – a powerful application of AI technology in which we expose machines to lots of data and provide them with ways to learn on their own and become incrementally "smarter" over time.

Current discussions of AI in the legal context tend to be hyperbolic and focus on concepts like "robot lawyers." This is unfortunate for at least a couple of reasons.

First, it generates fear among highly skilled professionals that they may soon be at risk of being replaced by machines. While machines may indeed one day perform some of the tedious, repetitive tasks that preparing thoroughly for legal matters can entail, we are a long way away – if ever – from replacing the extraordinary levels of nuanced judgement and expertise demonstrated daily by experienced legal counsel.

I prefer to describe the use of artificial intelligence technology as powering a new era of ‘augmented intelligence’ for lawyers. Lawyers are still making key legal judgments but now have powerful tools to draw new legal insights.

There’s another reason that the hype around AI does a real disservice to legal technology discussion: it overshadows truly meaningful work in the area of machine learning. Solutions today are already improving the interaction between humans and computers, rapidly evolving a lawyer’s ability to answer questions and draw important legal insights from ever-growing data collections.

AI technology is making it possible for legal professionals to interact in a more natural, conversational way with computer systems. The language of law – which is very specialized and highly context sensitive – is being mapped into computer systems so that the mountains of legal data that we now have access to can be mined more effectively. The promise: we will get better results more quickly and efficiently, and at a lower cost.

Knowing the once unknowable: the power of legal analytics

An equally promising technology whose potential can be overlooked amid all the AI hype is data analytics. Data analytics is offering real utility and value to legal practitioners right now. Legal analytics power better decision-making in a number of legal practice areas such as patent and trademark law, copyright, securities, antitrust and commercial litigation.

Data analytics powers new legal insights by mining massive data sets: docket data, legislation, case opinions and client contracts to name a few. By processing this enriched

data, lawyers can draw conclusions about opposing counsel, judges, litigation parties and contract drafts in order to reveal insights that were not previously knowable.

Legal analytics is also being used to help firms improve the ways they approach the business of law. It does so by providing factual data from millions of litigation records about the behavior and performance of law firms and individual lawyers – including data points like win rates, cases with resolutions, time to injunction, etc., in specific areas of law. Analytics can also be used to track broad industry trends relevant to activities like strategic planning, business development and marketing.

Advancing better legal insights through technology: the future is bright

Tomorrow’s data-driven lawyer will have the opportunity to benefit from all of these technologies. Conversely, the lawyer without access to these technologies will be at a significant competitive disadvantage.

Jeff PFEIFER¹

Vice President of Product Management for
LexisNexis
Raleigh, NC, United States
Jeffrey.pfeifer@lexisnexis.com

© 2018 Originally published on “Law Technology Today”.

¹ Jeff Pfeifer is over a 28-year career in legal technology, he has worked to introduce a series of cutting-edge solutions for lawyers and other legal professionals. He is responsible for the product development strategy for LexisNexis in North America. Follow him on Twitter @JeffPfeifer.

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 : seep@wanadoo.fr



UIA
www.uianet.org



La transformación digital de los despachos y las redes sociales para abogados

I Victoria ORTEGA BENITO

I

Cada época mira, o debería mirar, al pasado para aprender y al futuro con esperanza. Hacia atrás, para comprender lo que se hizo bien y lo que se hizo mal y de ahí extraer las enseñanzas necesarias de la experiencia para tratar de moldear, en la medida de lo posible, el futuro.

En todas las épocas, ha habido nuevas tecnologías. Lo fueron la rueda, la imprenta, la máquina de vapor, el teléfono y tantos otros inventos que han modulado nuestra vida y la de nuestros antepasados.

Todas esas invenciones supusieron disrupciones en el momento histórico en que se produjeron.

En la actualidad, la disrupción es aún mayor, o eso nos parece a nosotros, por ser los protagonistas del momento presente.

Internet y su constante despliegue, el Internet de las cosas, el big data, las herramientas de telecomunicación, los teléfonos y las tabletas, los drones, la inteligencia artificial o la robótica, representan realidades en nuestro día a día y, al tiempo, apuntan a nuevos horizontes para el despliegue de nuestra vida, algunos de ellos, de difícil imaginación, incluida la vertiente profesional de nuestra existencia.

Como en tantas y tantas cosas, el Derecho tiene mucho que decir en estos temas y los Abogados hemos de estar preparados para el cambio, para su gestión y para ofrecer soluciones jurídicamente válidas.

Pero no solo hemos de estarlo para ayudar al Derecho a adaptarse a las nuevas realidades y a las posibilidades derivadas de su desarrollo, sino que, quizá incluso en primer plano, hayamos de estarlo nosotros mismos para poder adaptar nuestra profesión y el modo en que la ejercemos a esos cambios, y desde esa nueva posición poder acompañar al Derecho y a la sociedad

ante esos cambios, algunos de los cuales, incluso, podríamos liderar.

II

Las nuevas tecnologías tienen una creciente importancia para una profesión tradicional como es la Abogacía. Y por tradicional no quiero decir antigua o anclada en el pasado, sino históricamente vinculada a la evolución de las sociedades hacia mayores espacios de libertad y justicia.

Esta venerable profesión, íntimamente ligada a la construcción del Estado de Derecho en el que me es posible decir estas palabras, ha sido determinante para la conquista de las libertades y ha de seguir siéndolo para su garantía ante la omnipresencia de las nuevas tecnologías, para saber aprovechar las oportunidades que generan y reducir o eliminar los riesgos que entrañan. Decían los clásicos teóricos de la filosofía política que uno de los elementos que había determinado la aparición del Estado de Derecho era la garantía de los derechos y libertades frente al poder.

por normas internacionales, regionales y nacionales, las amenazas se han vuelto difusas y por así decir, diferentes, en la medida en que la garantía de los derechos y libertades ha de asegurarse no sólo frente al poder, sino también frente al uso inadecuado de las nuevas tecnologías y las intromisiones que éstas permiten y facilitan en la esfera de los derechos de las personas.

Y si hay amenaza a los derechos y libertades, es necesaria la Abogacía. Y en particular una Abogacía que esté preparada para entender la situación generada en los nuevos entornos y para ofrecer, en consecuencia, las soluciones que en cada caso se precisen.

Como tiene declarado la jurisprudencia en España, lo que es ilegal en el mundo analógico, es ilegal en internet, en las redes sociales y en entorno no analógicos.

Pero eso no quiere decir que las soluciones jurídicas hayan de ser las mismas, como demuestra la permanente inclusión en el Código Penal de nuevos tipos delictivos

Como tiene declarado la jurisprudencia en España, lo que es ilegal en el mundo analógico, es ilegal en internet, en las redes sociales y en entorno no analógicos.

Pues bien, esa garantía es hoy tanto o más necesaria que antes. Esta afirmación no es una mera hipérbole. Es obvio que en tiempos del absolutismo, la garantía de los derechos atravesó una etapa de mera formalidad en su reconocimiento jurídico, aunque en Europa y en concreto en España las cartas de derechos o la existencia de las cortes son fenómenos medievales de contrapeso del poder real. Pero la expresa garantía legal de los derechos frente al poder hubo de esperar unos siglos para su adecuada formulación.

Hoy en día, asegurada esa defensa, en el modo en que en cada caso se articula

relacionados con el uso de la informática o de las nuevas tecnologías o, también, la correlativa creación de unidades especializadas de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o de la Fiscalía para el tratamiento y persecución de los eventuales delitos que hubieran podido cometerse.

El conocimiento de las especificidades de esos entornos – prueba digital, metadatos, funcionamiento de redes y aplicaciones, etc.- está llamado a poseer para el profesional de la Abogacía una relevancia impensable hace unos años, pero que puede considerarse necesaria hoy en día en muchas de las parcelas de actividad profesional, y casi

acuciante en alguna de ellas – fintech, blockchain, inteligencia artificial, etc.-.

Si la conciencia de la importancia de estas nuevas realidades es capital para el abogado, también lo es para sus posibilidades de ejercicio profesional.

Quiero decir con ello que las nuevas tecnologías ofrecen oportunidades para la modernización del ejercicio de la profesión y la mejora de la eficiencia de los servicios que ofrecemos, pero generan riesgos derivados de su uso, ya sea por la propia actividad del abogado, ya sea por la actividad de terceros.

Procedo a desarrollar esta idea con un poco de detalle.

Es evidente, y la Abogacía española es buena muestra de ello pues lleva años fomentando la transformación tecnológica de la profesión, que la aplicación de las nuevas tecnologías al ejercicio profesional sirve para mejorar y agilizar parcelas enteras de nuestra actividad.

A nosotros se debe la creación del expediente electrónico de justicia gratuita, que da servicio a más de un millón de ciudadanos al año que carecen de recursos para litigar; es decir, que ha sido la Abogacía, o por mejor decir, han sido los abogados, los que han dedicado su tiempo y sus recursos a dar mayor efectividad a los mandatos incluidos en los artículos 119 y 24 de la Constitución, eliminando casi en su totalidad el “peregrinaje” a que se ha venido sometiendo a las personas que solicitan el llamado beneficio de justicia gratuita, esto es, a quienes están en situación de vulnerabilidad social. El éxito del expediente electrónico es tal que hasta gran parte del entramado propiamente administrativo del sistema de concesión y control del beneficio de justicia gratuita en España, las llamadas comisiones de asistencia jurídica gratuita, se han sumado, o pretenden sumarse, con la resultante mejora de la interoperabilidad sistémica, a dicho proyecto de la Abogacía, con el consiguiente ahorro en la gestión y la agilización en la tramitación de los procedimientos.

También a la Abogacía española se debe la implantación de una firma electrónica profesional, de forma pionera, que acredita que quien la usa es abogado, profesional en

ejercicio, solución ésta que, incluso, hemos exportado a Escocia. Es decir, que nos adelantamos más de una década a la previsión de las nuevas, que no novedosas, Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre, de procedimiento de administración común de las Administraciones Públicas y de régimen jurídico del sector público, respectivamente, sobre el uso de la firma electrónica por los profesionales.

Cuestión distinta es la imposición del deber general de relación telemática para los profesionales con las Administraciones Públicas, cuando muchas de ellas no han alcanzado los estándares mínimos que la propia legislación impone. Pero no es éste el objetivo de este artículo, sino de otro en el que se examinara el modo en que se legisla en España.

La utilización de nuevas tecnologías para el ejercicio profesional ha de revestirse de todas las cautelas y garantías necesarias para asegurar que el secreto profesional está salvaguardado.

A nosotros, también, se debe que los abogados cuenten con un sistema de correo electrónico que garantiza la seguridad en las comunicaciones electrónicas y el secreto profesional en su uso, gracias a un contrato firmado con dos de las mayores multinacionales del mundo en sus respectivos ámbitos. Dicho sistema, además, está adaptado a las exigencias derivadas del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Pero, como es evidente, estas y otras medidas que se han adoptado presentan riesgos, inherentes al empleo de esas mismas herramientas tecnológicas.

Las cuestiones relacionadas con el ejercicio de la abogacía descansan siempre en el derecho-deber para el abogado del secreto profesional, además de en su independencia y dignidad.

La utilización de nuevas tecnologías para el ejercicio profesional ha de revestirse de todas las cautelas y garantías necesarias para

asegurar que el secreto profesional está salvaguardado.

Ahora bien, mientras que en buena parte del siglo XX las amenazas al secreto profesional, por decirlo coloquialmente, eran de carácter “físico”, en los últimos años han dejado de ser de esa clase primordialmente, para revestir carácter tecnológico. El empleo de las nuevas tecnologías en el teléfono y otros dispositivos, en el ordenador o portátil, implica riesgos si no se rodean de las medidas de seguridad necesarias.

Estos riesgos, como es obvio, son generales y no exclusivos de los abogados. Todas las actividades humanas, canalizadas a través de las nuevas tecnologías, implican un alto grado de interconexión y, por ello, de

potencial vulnerabilidad. De hecho, como ya se señaló con anterioridad, en el campo penal se ha producido una multiplicación de tipos relacionados con el empleo de nuevas tecnologías, muchos de los cuales implican el traslado de los hechos del mundo físico al digital –ciber acoso, amenazas, suplantación de identidad...-. Y todos estamos expuestos a ciber ataques. De hecho, según los expertos, la pregunta que todos hemos de hacernos no es si podemos estar a salvo o no de los ciberataques, sino la de cuándo hemos sido atacados. La asunción de estos riesgos, de que no se trata de meras amenazas potenciales, también presenta notables implicaciones jurídicas, a las que luego se hará referencia.

Y es que si bien puede considerarse que mientras para los ciudadanos esos riesgos de ordinario no generan consecuencias para terceros, porque son ellos los directamente afectados, en el caso de los abogados esos riesgos, al contrario, están llamados a generar perjuicios a terceros, ya sean los clientes, ya sean las otras partes en un proceso, negociación o contrato.

Este dato obliga a los abogados a ser más conscientes de los peligros que entraña el uso de las nuevas tecnologías.

Es por ello por lo que la concienciación y la formación tecnológica de los abogados han devenido esenciales. Se trata de modernidad, sí, pero sobre todo de seguridad en el ejercicio profesional, porque sin esa indispensable seguridad el pilar del secreto profesional se asentará sobre bases inestables. Un abogado debe saber que no puede emplear en sus relaciones con los clientes determinadas herramientas y que las redes sociales pueden implicar un aumento exponencial de las capacidades de comunicación profesional, pero que los límites en su uso pueden ser impuestos y controlados por los Colegios profesionales, en los términos de la legislación vigente, incluido nuestro Código deontológico.

Las instituciones representativas de la Abogacía española llevan años trabajando en la evolución y la capacitación tecnológica del colectivo, de modo que los abogados puedan trabajar con las garantías y el nivel que les caracterizan, pero de forma más eficiente. Y esta formación tecnológica permite, al tiempo, comprender de mejor manera la propia evolución digital de la sociedad y de los clientes, lo que genera oportunidades profesionales nuevas de asesoramiento para el abogado.

III

Cuando se analiza la multiplicidad de posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías en la vida actual, siempre parece que nos quedan parcelas a las que nuestra imaginación no llega.

Y lo cierto es que existen ámbitos de aplicación de las referidas tecnologías que cada día nos sorprenden.

¿Quién, más allá de los especialistas y conocedores de ello, no se sorprendió cuando comenzó a saber cómo funcionaba el llamado algoritmo de Google?

¿A quién no le sorprende que cuando abre su correo electrónico o su página en una red social le aparezca publicidad de páginas y marcas de productos que ha consultado en otro momento?

Estos ejemplos de la vida cotidiana implican el empleo de algoritmos y fórmulas matemáticas que, en cierto modo, “predicen” nuestro comportamiento en las redes.

Pero los supuestos en los que se aplican dichas nuevas tecnologías son cada vez más.

Así, es sabido que esos algoritmos, entendidos como conjunto de instrucciones que emplean las computadoras para resolver problemas, se emplean en el mundo anglosajón, y específicamente en los Estados Unidos, en cada vez más campos. Y desde allí, precisamente por la naturaleza de las tecnologías que los emplean, se extienden sin demora al resto del mundo.

Los algoritmos – como parte integrante de nuevas aplicaciones o sistemas- se emplearon por las empresas financieras implicadas en la última crisis económica mundial y se emplean en el llamado Big Data. En numerosas ocasiones, esos algoritmos buscan el mayor beneficio, cuestión que si es hipotéticamente admisible en el mundo financiero, no lo es en campos como la educación o la contratación laboral, al menos no en los mismos términos.

modelos, de su composición, modo de actuar y consecuencias, así como la falta de asunción de responsabilidad, por así decir, en el empleo de esos medios.

También en Estados Unidos, estas técnicas han sido empleadas en la contratación laboral para analizar a los candidatos a un puesto de trabajo, eliminando, supuestamente, gran parte de la carga y el coste que suponen esos procedimientos para las empresas. Su empleo no es de menor relevancia. La consultora Deloitte afirma que en Estados Unidos el empleo de herramientas de “workforce management” alcanza a un porcentaje situado entre un 60 y un 70 % en la búsqueda de empleados, prácticamente un porcentaje que dobla al de hace cinco años.

Pero donde el empleo de estas herramientas presenta, al menos para mí, un impacto de impredecibles consecuencias es en la Administración de Justicia.

La mezcla de ambos sistemas, el de predicción criminal y el de cálculo de la reincidencia, pueden, a la vista está, tener efectos perniciosos para los derechos de los ciudadanos.

Como han destacado algunos autores americanos, desde que se aprobó en 2002 en Estados Unidos la Ley conocida como “ningún niño se queda en el camino” o “ningún niño queda atrás” (No Child Left Behind Act), que imponía el uso de tests estandarizados, se ha producido un incremento del empleo de sistemas analíticos que han analizado los datos proporcionados por dichos tests. En una de sus derivas más llamativas, esos datos se han empleado para tratar de identificar a los profesores menos productivos o por debajo de la media. En el año 2009, en el sistema educativo de Washington D.C. se implantó una herramienta de evaluación de profesores llamada IMPACT, que trataba de medir el progreso de cada estudiante y de aislar la medida en que su progreso o su retroceso podían ser atribuidos a cada profesor, individualmente considerado. Los resultados se emplearon para despedir a los profesores con peor evaluación “IMPACT”.

El problema del empleo de las nuevas tecnologías de esta manera es la falta de transparencia en la evaluación de esos

En los Estados Unidos hay al menos tribunales en 24 Estados que utilizan modelos computerizados que ayudan a los jueces a evaluar el riesgo de reincidencia de los encausados.

De nuevo, el problema puede encontrarse en el empleo de procedimientos que atienden a hechos aislados para obtener evidencias que sustenten una determinada decisión; pero en función de los hechos seleccionados – como anteriores antecedentes policiales o penales- y de la relevancia que se les dé, la decisión judicial en ellos fundada puede guardar una conexión remota con las circunstancias del caso.

Y también en los Estados Unidos existen herramientas de software de “predicción criminal” que hipotéticamente sirven para anticipar patrones de conducta criminal y ajustar a ellos la actuación policial.

La mezcla de ambos sistemas, el de predicción criminal y el de cálculo de la reincidencia, pueden, a la vista está, tener efectos perniciosos para los derechos de los ciudadanos.

Quizás, en Europa, el riesgo de que el empleo de mecanismos como los descritos puedan tener los aludidos efectos negativos venga de la mano de la legislación de protección de datos de carácter personal, que permite a los ciudadanos la “impugnación de valoraciones” (artículo 13 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre) obtenidas a partir de la evaluación de determinados aspectos de su personalidad y cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad.

Precisamente para facilitar esa impugnación, y la correlativa tutela de los derechos, se reconoce a los afectados el “derecho a obtener información del responsable del fichero sobre los criterios de valoración y el programa utilizados en el tratamiento que sirvió para adoptar la decisión en que consistió el acto”. El círculo de garantías se cierra con la limitación del valor probatorio de dichas valoraciones, en la medida en que “la valoración sobre el comportamiento de los ciudadanos, basada en un tratamiento de datos, únicamente podrá tener valor probatorio a petición del afectado”.

Ahora bien, no es posible determinar *a priori* si estas reglas servirían ante valoraciones generalizadas, es decir, ante la deducción de patrones de comportamiento de grupos de personas, obtenidos de sus GPS y otros datos obtenidos de sus terminales móviles, máxime si esas valoraciones no generan “decisiones con efectos jurídicos”, según la terminología legal referida.

IV

Las anteriores reflexiones querían destacar algunos casos de empleo de herramientas de análisis y Big Data que generan incidencias no menores en la vida de los ciudadanos. Y al hilo de ellos, y como se apuntaba con anterioridad, se tratará de los retos y las oportunidades que implican para la abogacía.

Sin duda, para los abogados la aparición de estos nuevos fenómenos, que en gran medida pueden integrarse en categorías jurídicas conocidas, implica nuevas oportunidades profesionales.

No solo en la defensa de los ciudadanos afectados por la aplicación de esos

algoritmos, sino también en el asesoramiento para su adecuado diseño.

Por lo que se refiere al primer aspecto, es obvio que no es posible dejar inermes a los ciudadanos ante esas herramientas y su aplicación; no para los abogados. Una adecuada formación puede permitir a los abogados estar preparados para lograr comprender las implicaciones de la utilización de esos sistemas y las posibles medidas de defensa a emplear para sus clientes.

Por lo que se refiere al segundo aspecto, es obvio que no pretendo afirmar que los abogados han de ser capaces de diseñar esos algoritmos, ni de diseñar herramientas de Big Data; pero sí han de hacer ver a las organizaciones que los implanten los límites de su configuración y su utilización. La creación de perfiles individualizados en contra de lo previsto en el ordenamiento, la posible utilización en esos procesos de datos especialmente protegidos sin las debidas garantías o la inexistencia de sistemas de auditoría de esas herramientas, son solo algunas de las cuestiones que los abogados podemos aportar para su adecuado empleo y control.

Sin duda, para los abogados la aparición de estos nuevos fenómenos, que en gran medida pueden integrarse en categorías jurídicas conocidas, implica nuevas oportunidades profesionales.

Junto a lo anterior, entiendo que la participación de los abogados en la redacción de las normas que han de regular el empleo de esas herramientas en diversos sectores de la vida humana será una garantía de su futuro acierto.

De nuevo vuelvo los ojos al mundo anglosajón para poner de manifiesto que el usual sistema allí empleado, sobre todo en el Reino Unido, de las Comisiones llamadas a estudiar un tema o cuestión que luego ha de ser legislada, es una práctica que deberíamos trasladar a nuestro país.

Porque llama la atención que sean los anglosajones los que ya han reflexionado primero sobre la necesidad de regular los coches “auto-conducidos” o sin conductor, habiendo emitido el Departamento de Transportes de los Estados Unidos en

septiembre de 2016 una guía federal sobre vehículos automatizados, en la que se hace hincapié en las mejoras que esos vehículos pueden tener en la reducción de los datos de mortalidad en sus carreteras y en la promoción de la accesibilidad de colectivos de ciudadanos – de movilidad reducida, ancianos...- al transporte, con el consiguiente efecto en los medios de transporte público. Es decir, que no ha sido la Unión Europea la que ha liderado esta vertiente de la aplicación de las nuevas tecnologías como sistema de promoción de los derechos de colectivos vulnerables o con necesidades especiales. A mi juicio, ello representa una gran oportunidad perdida.

Como es obvio, y más para los abogados, los coches sin conductor plantean debates jurídicos de primer orden; piénsese en la responsabilidad y el aseguramiento de esos vehículos; piénsese en la posibilidad de que esos vehículos se empleen para el transporte escolar; o piénsese en su empleo para viajes de larga distancia.

Pero estas cuestiones, cercanas a la realidad diaria de los coches, tal y como hoy los conocemos, no son las únicas que plantean estos vehículos “inteligentes”. Al

ser automóviles basados en un software determinado, es necesario determinar qué hará el vehículo cuando falle la tecnología, cuál es la responsabilidad del fabricante del software, si es que no coincide con el fabricante del vehículo, y cómo los fabricantes emplearán y, en su caso, compartirán los datos que recopilen estos vehículos.

Estas y otras cuestiones que el Big Data y los vehículos sin conductor plantean son oportunidades para la abogacía, tanto para tratar de influir en la regulación de esas nuevas realidades, como para garantizar los derechos de los ciudadanos en relación con ellas.

V

El impacto de la evolución de las nuevas tecnologías en el mundo del Derecho es imparable.

Todos hemos vivido la época de los libros recopilatorios de legislación y jurisprudencia que adornaban las paredes de los despachos de abogados. El viento huracanado de las nuevas tecnologías ha terminado con ellos, sustituyéndolos por sus émulos digitales, respaldados por impresionantes motores de búsqueda, y azuzados por la competencia empresarial; pero existen también en España una base pública de jurisprudencia en manos del CGPJ (CENDOJ) y otra, de creciente importancia, responsabilidad de la Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, que ofrece legislación consolidada.

La imparable progresión del empleo de las nuevas tecnologías modifica la profesión y su entorno, haciendo aparecer nuevos retos y oportunidades.

La implantación de la legislación y la cultura de la protección de datos y de la seguridad en las redes y los entornos digitales tienen sus últimos hitos, entre otros extremos, en el ya citado Reglamento general de protección de datos, en la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión (o Directiva NIS), o en las recomendaciones de la Comisión Europea para luchar contra los contenidos ilícitos en línea (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-1170_es.htm).

Sin duda, el Delegado de Protección de Datos abre un nuevo horizonte profesional para la abogacía, como ya ha razonado la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española.

Ya ello se suma, en línea con lo anteriormente mencionado, que la generalización de la cultura del compliance o cumplimiento normativo implica la utilización de modelos informáticos que se hacen necesarios para la gestión de los planes de prevención penal. Se abre paso esta materia, con lo que ello implica para la labor de asesoramiento jurídico, y también la figura del Compliance Officer, de nuevo llamado a ser un abogado.

Pero el cumplimiento normativo, ampliamente implantado desde hace años en el mundo de los servicios bancarios y financieros, no se agota en la prevención de

riesgos penales – instaurada en España con la reforma del artículo 31 bis del Código Penal de 2010, reforzada con la modificación de 2015 -, sino que se ha extendido a ámbitos cada vez más amplios de la actividad empresarial, como la seguridad en entornos tecnológicos de manera paradigmática, pero también en sus relaciones con determinadas Administraciones especializadas, como las autoridades nacionales o regionales de defensa de la competencia. Y en sí misma la normativa de protección de datos de carácter personal camina hacia un enfoque de cumplimiento normativo.

Todas estas manifestaciones son nuevas oportunidades para los abogados y para sus organizaciones representativas.

Sólo hay que mirar cuántos despachos tienen productos virtuales y cuántos se diferencian por su contenido en sus páginas webs. Solo hay que ir a la pestaña de servicios, es lo mismo en casi todos los despachos: las áreas de práctica por orden alfabético.

Pero no solo hay camino por recorrer desde esa óptica. También las redes sociales implican oportunidades y riesgos para el sector.

En un estudio encargado por el Consejo General de la Abogacía Española a dos investigadoras del Centro Universitario Villanueva, sobre el estado de la publicidad en el sector, se analizaba el empleo por

Como es obvio, y más para los abogados, los coches sin conductor plantean debates jurídicos de primer orden [...].

VI

Pero, en fin, no se trata solo de buscar nuevas oportunidades profesionales para la profesión, sino del modo en que las nuevas tecnologías afectan al propio ejercicio profesional y el modo en que éste tradicionalmente se ha desarrollado.

Para los expertos en la materia, existe una clara diferenciación entre la actualización digital – basada en la inversión en software- y lo que sería propiamente la transformación digital, en la que la tecnología no sólo se renueva, sino que con ella también lo hace la forma interna de trabajar y la interacción con los clientes conforme al valor añadido que se quiere proporcionar. Este punto es clave en un entorno en el que el cliente, como consumidor digital, confía en lo que las redes ofrecen; si los despachos de abogados no ofrecen en las redes un producto, no será ese un camino por medio del que captarlos. Como es evidente, no todo despacho se mueve en entornos “digitalizados” y no precisan del cambio cultural tecnológico comentado, pero el cliente, en términos generales, sí es una persona conectada, y esa realidad no puede, no debe ser desconocida por los abogados. En términos generales, los despachos de abogados no están utilizando esta oportunidad que les brinda en mundo digital.

un importante número de despachos de abogados de la publicidad y el marketing de la firma a través de internet y en las redes sociales. El estudio ofrecía resultados de interés, pudiendo comprobarse cómo el tamaño del despacho, el tipo de clientes y otros parámetros, influían en el empleo de dichos medios e, incluso, en su valoración positiva o negativa para el despacho.

Lo cierto es que el empleo sin más de las redes sociales es propio de las personas en su vida diaria, pero en el caso de firmas profesionales sorprende que muchos despachos no sepan responder más allá de decir que están en las redes sociales “porque han de estar”. Puede considerarse que la presencia por la presencia no tiene ningún valor; es más, que puede ser contraproducente. Pues ser activo en las redes sociales sirve para vincular atributos de marca (es decir, aquellas características que queremos que se asocien a nuestra marca) y para generar tráfico en nuestra página web para, una vez allí, identificar a los posibles clientes y ofrecerles productos y servicios. Pero los clientes que llegan a una página web de una firma, pocas veces encuentran productos o servicios, encuentran descripciones técnicas del trabajo que se realiza. Sin duda, esta vertiente ha de ser trabajada en los próximos años por el sector.

El uso de las redes sociales tiene cada vez mayor impacto en las estrategias de los despachos y de los abogados. Se hace necesario que unos y otros sean conscientes de que las redes sociales no son un nuevo campo sin reglas en el que poder orillar la observancia de las normas que disciplinan la profesión. Sin duda, puede hacerse publicidad de los servicios, pero existen límites que han de ser respetados.

Un uso responsable de las aplicaciones móviles por los abogados ha de pivotar sobre el conocimiento de lo que se usa y de las implicaciones que su utilización tiene.

Muchas aplicaciones “leen” los datos del teléfono y no es recomendable que estén aquéllos al alcance de cualquier aplicación, cuando de datos obtenidos en el ejercicio de la profesión se trata.

La ciberseguridad está llamada a ocupar un papel central en la actividad de los abogados y de los despachos, por la especial sensibilidad de los datos que conocen. Como ya se ha indicado con anterioridad, en materia de seguridad en el mundo digital hay expertos que afirman que no se trata de si puedes ser o no atacado, sino de cuándo has sido atacado (sí, en pasado), porque se da por hecho que no hay sistema invulnerable.

Las fugas de datos de un despacho, la implantación de software mal intencionado por prácticas poco responsables de uso de redes o sistemas de comunicación electrónica o, directamente, el padecimiento de ciberataques, son cuestiones que quizás no puedan ser evitadas al 100 por 100, pero que han de ser mitigadas con planes de prevención adecuados y políticas de formación de personal y directivos.

La existencia de planes de esas características, en línea con la idea del cumplimiento normativo ya aludida, sirve como prueba de la diligencia debida de la organización de que se trata, lo que puede valer como atenuante de eventuales responsabilidades. Es evidente que el aseguramiento de estas cuestiones ha de ser tenido en cuenta por los profesionales.

VII

De lo hasta aquí expuesto puede deducirse una conclusión que no por haberse repetido

en muchos foros pierde actualidad: el legislador llega tarde a la regulación de estos fenómenos.

Aun cuando existen momentos en los que parece atisbarse una inusitada anticipación del legislador en la atención a ciertas cuestiones novedosas (como podría ser el Proyecto RoboLaw de la UE o la mencionada guía sobre coches automatizados americana), lo cierto es que en general se legisla tarde sobre estas materias.

Están siendo otras autoridades, significativamente las de defensa de la competencia, o instituciones, a través de la autorregulación, las que prestan antes atención a fenómenos como los drones o a la aparición de nuevas formas de actividad económica que, en cuanto afectan a sectores tradicionalmente regulados,

denominado “derecho al olvido”, que ha generado importantes cuestiones sobre la aplicación territorial de la norma, la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente y la determinación de la responsabilidad de los grandes grupos empresariales transnacionales.

La abogacía entiende que es precisa una mayor y más temprana atención a estos fenómenos y que debería confiarse más por el poder público en los agentes de la sociedad civil que, como los abogados, son concededores de esas realidades y de las complejidades que su regulación implica.

Victoria ORTEGA BENITO

Presidenta

Consejo General de la Abogacía Española (CGAE)

Madrid, España

presidencia@abogacia.es

La ciberseguridad está llamada a ocupar un papel central en la actividad de los abogados y de los despachos, por la especial sensibilidad de los datos que conocen.

implican la modificación sobrevenida de las condiciones jurídicas impuestas para el desenvolvimiento de sectores concretos.

Las empresas como Uber o Airbnb son representativas de algunos de los casos más conocidos de actividades disruptivas para la regulación conocida, asentada en la tradicional intervención administrativa de sectores como el taxi o el mercado de alquiler de viviendas, intervención que se ve afectada seriamente por fenómenos como los mencionados y por los avances de la denominada economía colaborativa. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de diciembre de 2017, en el conocido como caso UBER (asunto C-434/15), ha sentado las bases para una posición europea sobre estos fenómenos, pero en la medida en que se analizan las peculiaridades de esa plataforma y no de todas, no puede considerarse que, por ejemplo, haya quedado asegurada sin matices la exigencia de autorización administrativa como medio de control del acceso a esas actividades y su ejercicio.

A falta de regulación concreta de estos fenómenos, en ocasiones son los tribunales los que han de fijar las reglas a aplicar; así ocurrió por ejemplo en el caso del



Technology, Globalization and the Future of Law: A Brief Overview

I **Bernice B. DONALD**

The powerful, interconnected forces of technology and globalization have been reshaping the way we practice law in the United States over the past four decades. I want to take this opportunity to reflect on the evolution of law practice and the legal system in the United States, and about where these two forces might be driving the profession in the future.

I. Technology

Think about just how far advances in technology have come over the past four decades. I have picked a few important dates and advancements to bring context to this discussion.

In our modern age of instant communication, few attorneys can make it through a day without sending or receiving an email. Although email has become so much a part of our daily lives that we can hardly operate without it, it was not so long ago that many would have considered such correspondence science fiction. Ray Tomlinson, a computer programmer, sent the first email in 1971 during the early stages of development for the Internet, when government officials still referred to it as the ARPANET. It was more than a decade later, however, before this new technology became accessible to many private individuals. Internet Service Providers (“ISPs”) developed in the 1980s, beginning the process of commercializing the Internet for public use. After early ISPs like America Online, CompuServe, and Prodigy began selling dial-up connections to the public, the Internet’s exponential expansion into an omnipresent aspect of our everyday lives and law practices began. By 1988, approximately 50,000 Internet hosts existed. While this number may seem large at first glance, when compared to the more than 1 billion internet hosts today – a twenty-thousand-fold increase in the last thirty years – one begins to see just how much Internet technology has developed since Mr. Tomlinson sent the world’s first email.

Although the advent of the Internet undoubtedly has had one of the greatest technological impacts on our society, a number of other advancements, too, have exerted profound influence on our lives. Today, cell phones are ubiquitous globally, and there is little doubt that each of us uses a cell phone or smart phone daily, if not hourly. This is largely true across the world, as citizens in even the poorest countries now have access to cell phones. The global prevalence of this technology makes it hard to fathom that the first cellular telephone became available for purchase in 1983, only thirty-five years ago. The unit cost at that time was nearly \$3,500, or approximately \$8,870 in today’s dollars. Cell phone models became more affordable beginning in the early 1990s, but it would have been difficult to imagine then that virtually every practicing attorney, every law student, and every student generally would have a cell or smart phone in their pocket just over a generation later.

Though not yet as pervasive as the cell phone, a newer, rising development in technological hardware is the tablet. Many readers likely use a tablet every day as both a professional tool and a personal convenience. In fact, local elementary and high schools are now introducing students to this technology at a young age so they will be ready to compete in a technologically changing world. Introduced in just the last few years, tablet devices such as iPads and Kindles are relatively inexpensive today, at least compared to the cost of the cell phone when first introduced. Accordingly, although not as vastly sweeping as the Internet and cell phones, consumer demand for these devices continues to grow, and their impact on society, including their impact on the legal field, continues to grow proportionately.

Although the Internet has been a worldwide phenomenon for decades now, one of the most revolutionary changes in the way we use the Internet occurred with the introduction of social media sites in

the 2000s. LinkedIn began operations in 2002, followed by MySpace and the original version of Facebook in 2004. Just ten years later, these sites and their counterparts have become worldwide staples in society, boasting combined user numbers reaching into the billions. With such an enormous presence in today’s world, social networks will continue to have a profound impact on all of society in the future.

While advancements in technology generally have affected most aspects of society in some way, the profound, far-reaching, and fast-evolving qualities of biotechnological change are proving to be particularly dramatic. When I entered law school more than four decades ago, most of us had never heard the word or term “biotechnology.” Today, not a day goes by when we don’t hear it, no matter where we are around the globe. Even if we don’t hear the word, even if we don’t know or understand the concept, the quality of our existence is affected by biotechnology. This is true whether we live in an advanced economy or an emerging or developing economy. It is true, moreover, whether the reference is to medicine, pharmaceuticals, food, chemicals, environment, agriculture, or other fields of activity.

Merriam-Webster offers a basic definition of the word “biotechnology”: “The manipulation... of living organisms or their components to produce useful usually commercial products...” The term “biotechnology” refers to any technology, process, or practice that modifies or harnesses any living organism or system to be useful to any human purpose.

Consider this assessment in one particular area of human activity:

The scope and pace of technological advances in agricultural biotechnology are without precedent in human history. Methods have been developed to improve the nutritional content of foods, combat pests in more sustainable and less environmentally malign ways, increase

agricultural productivity throughout the world, and make commercially viable agriculture possible under ecologically stressful conditions. The initial wave of agricultural biotechnologies focused primarily on genetically engineering plants to produce exogenously derived proteins to usefully alter phenotypes. Technologies now being developed for commercialization take the more subtle approach of precisely modulating the expression of specific genes within the plant. These agricultural biotechnologies can play a significant role in the global community's need to adapt to potential impacts of climate change on current agricultural production.

Biotechnology, it turns out, is critical to the manufacture of pharmaceuticals, environmental products, waste management/recycling, food production and preservation, and all forms of sustainable development. Biotechnology is routinely and widely applied to common products found in American homes: chemicals, food ingredients, detergents, paper, textiles, and biofuels. The biotechnology sector is recognized as critical to human existence. In other words, biotechnology has become ubiquitous and is inextricably intertwined with components of traditional intellectual property concepts.

A few examples suffice to suggest how far-reaching are the impacts of this emerging, revolutionary area of technology. According to U.S. Department of Agriculture estimates, the rise of herbicide-tolerant (HT) crops, which are genetically engineered to tolerate powerful herbicides, has been dramatic: for instance, 17 percent of domestic soybean acreage was planted with HT seeds in 1997; by 2014, that share had reached 91 percent. Insect-resistant cotton, which has been modified by the introduction of genes from the soil bacterium *Bacillus thuringiensis* (Bt) and produces insecticidal proteins, accounted for 15 percent of total cotton acreage in the U.S. in 1997; it now occupies 85 percent of total acreage.

Human health applications are another vast field for biotechnology applications, including "precision medicines" which are used to treat patients in ways that take into account individual genetic, environmental, and lifestyle variability. By one estimate,

over one-quarter of all medicines approved by the FDA in 2016 – and over 40 percent of those currently undergoing research and development – are potentially applicable as precision medicines. Also in the human health area, the field of "regenerative medicine" is another major arena for biotechnology, including biomaterials that have undergone tissue engineering for use in repairing or replacing human cells, tissues, or even organs.

Still another biotechnological application is to cleaning products: various species of yeast, long used in baking, brewing, and winemaking, have recently been identified as potentially useful "in the biodegradation of a variety of hazardous chemicals." More broadly, the harnessing of micro-organisms as active ingredients in cleaning products "ha[s] become increasingly prevalent in many countries as an alternative to chemically based cleaning products."

Given the technology-intensive nature of these biotechnological applications, patents – design, utility, and plant – are clearly implicated and the potential for clash of rights is apparent. Rights agencies and courts are therefore bound to become involved as well. Patent eligibility questions will also be front and center. Rights holders will litigate their claims in fora around the world and this augurs for the necessity of building global judicial capacity. Moreover, for all the capacity of biotechnology to benefit human beings in manifold ways, the legal profession must remember the double-edged nature of technological change: as C.S. Lewis so presciently observed 75 years ago, "what we call Man's power over Nature turns out to be a power exercised by some men over other men with Nature as its instrument." Like other technologies, biotechnology can be used by the economically and politically powerful against the relatively powerless.

The global reach of biotechnology and its impact on the law brings up a second broad area of change, that of globalization.

II. Globalization

As the effective size of the world shrinks exponentially, our individual and collective capacity to affect events far from our physical location increases accordingly. Hence, the rise of globalization: "the

development of an increasingly integrated global economy marked especially by free trade, free flow of capital, and the tapping of cheaper foreign labor markets." Professor Frank J. Garcia argues that globalization is affecting law in four specific ways. "[G]lobalization is changing the needs of clients"; those "changing needs of clients are in turn changing the substance of the law"; "globalization is changing the nature of regulation"; and in light of these changes, globalization strengthens and reinforces the "law's role as the protector of the weak."

There is no doubt that globalization is changing client needs. As the world economy becomes increasingly globalized, the focus of American attorneys must likewise expand and adapt to accommodate the needs of clients. While lawyers are still performing similar functions as those before the rise of globalization, lawyers must be cognizant of the changing global environment and clients' positions within that environment when advising, planning, structuring transactions, and resolving disputes. Attorneys are increasingly required to have a working knowledge of not just the law of more than one state that could affect a client's business, but also the law of more than one country or international organization.

To bring in a concrete example, client needs in complex (or even simple) cases, combined with access to the new technologies, are breeding higher client expectations regarding an attorney's availability to communicate. With the rise of electronic methods of communication, clients now have even higher expectations about their lawyer's responsiveness. For instance, the private law firm where one of my current law clerks worked until he joined my chambers required its attorneys to respond to a client email within one hour, but preferred a response within fifteen minutes. Such a prompt response to a client's written communication, or even to a phone call for that matter, would not have been reasonable in the recent past.

Globalization is not only changing the process of legal practice, it is also changing the substance of the law. As we all know far too well, it can take a long time for a case presenting new legal issues to make its way through even the lowest court in

a given system. But lower courts are often bound by outdated precedent and unable to adapt old law to fit changing circumstances. As a result, a state supreme court or the Supreme Court of the United States is left to make many of the decisions that attempt to move the law's development further in line with the modern, globalized world. Even when one of these high courts grants discretionary review, it takes much longer for a case to proceed to that level of the court system. Accordingly, the doctrine of stare decisis limits considerably the ability of laws to adapt to a changing technological and globalized world.

While the substance of the law may be changing slowly in most areas, the nature of regulation has been undergoing rapid change over the past several decades and will continue to do so in the future. Two defining aspects of governance in the late twentieth century that we can trace directly to globalization are the increased use of treaties and of international organizations to deal with problems too large for one nation to handle on its own. This is not to say that treaties or international organizations were uncommon before this most recent period or solely a product of globalization, but their prominence and authority have drastically increased in recent decades as globalization has taken hold of the world economy.

It is easy to dismiss these international bodies and agreements as of doubtful relevance to most individuals, yet it would be a mistake to do so. To demonstrate how international treaty law and the actions of international governing bodies affect each of us on a daily basis, I offer some examples from the American Society of International Law's very interesting publication, *International Law: 100 Ways It Shapes Our Lives*.

The first way in which international law affects our lives concerns the ability to use the same software on computers worldwide. The World Intellectual Property Organization Copyright Treaty (1996) provides "rights of distribution, copyright, and rental to authors of computer programs," allowing them to be distributed throughout the world rather than only in a single country.

Second, international law can have a substantial effect on wills and testamentary

documents. Thanks to the Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents (Hague Convention, 1961), more than one hundred signatory countries will recognize your will as valid upon your death if it was validly executed in your home country. This convention thus streamlines the probate process for individuals with assets in more than one nation.

Finally, international law greatly affects improved vehicle safety standards. Many countries have adopted the 1998 Agreement concerning the Establishing of Global Technical Regulations for Wheeled Vehicles, Equipment and Parts Which Can Be Fitted and/or be Used on Wheeled Vehicles. This agreement seeks to create global safety standards for automobiles, bringing more peace of mind to American consumers who purchase automobiles manufactured outside the United States.

These few examples barely scratch the surface of how the changing, increasingly globalized, nature of regulation impacts the lives of all individuals in our society. Some clients will undoubtedly bring to their attorneys cases involving far more specific and complex problems of international law. Some of these specific and complex problems might not come from large, multi-national corporations negotiating an important merger with another multi-national corporation or any other commercial context, but from a marginalized, powerless individual at the mercy of some domestic or foreign power structure. In an increasingly globalized world, potential for abuse by power players such as governments and corporations also increases. It is incumbent upon us as attorneys to recognize this increased potential for human rights and other abuses in a modern, globalized society and to work through the rule of law to protect those who are incapable of protecting themselves.

III. Conclusions

In summary, the interrelated dynamics of technology and globalization are driving significant changes in both the broader world and the practice of law. The context within which the legal profession operates is changing at the speed of science and technology – indeed, of the human

imagination. Situated as it is at the cutting edge of scientific, technological, economic, and social change, biotechnology is bound to advance at parallel speeds. The legal profession will have to become ever more agile at responding and adapting to these changes, or be condemned to declining relevance.

Biotechnology, which in many ways stands at the intersection of both technological change and globalization, poses major challenges to the judiciary and the legal profession. If legal systems around the world are to be able effectively to adjudicate the legal claims that will inevitably arise as biotechnologies grow ever more widespread, building judicial capacity in this emerging area of law is crucial. To that end, and through technical legal assistance and capacity-building, as well as judicial assistance programs, judges from the United States (state and federal) are providing various forms of assistance to emerging democracies and developing countries. There is a growing consensus that in order to have strong and growing economies, countries must embrace intellectual property information technologies, and the centrality of biotechnology. Indeed, lawyers and judges in the United States can no longer sit on the sidelines as mere consumers and spectators, but must develop baseline knowledge of a field that promises to engage the legal system in manifold ways in the coming years.

The Honorable Bernice B. DONALD*
United States Court of Appeals
Memphis, TN, United States
judgedonald@gmail.com

*Hon. Bernice B. Donald is a judge on the U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. Judge Donald has participated in Intellectual Property Judicial capacity-building programs in Asia, Africa, Eastern Europe, South and Central America, and for foreign judges at the Global Intellectual Property Academy, USPTO.

**Judge Donald acknowledges the generous assistance of Pablo J. Davis, Ph.D. in developing this essay.

This article is available with its notes upon request at the UIA. Please contact avillain@uianet.org.



Legal Practice
Pratique du Droit
Ejercicio de la Abogacía





Pet Law and Custody

I **Barbara J. GISLASON**

Let us begin with the subject of why pets, or as they are often called, companion animals, is a worthy topic for an international legal magazine traditionally more focused on commerce and human rights issues. The answer is that in every century, new ideas arise about how cultural values and moral behaviors, as well as which belief systems, should impact the rule of law.

In this century, pets are gaining status as family members. They are also entering what is being called “the interim category,” one between property and person. Through scientific discoveries, it has been proven that pets think and have emotions. We also understand that robots with artificial intelligence may have some of these attributes. Accordingly, we are grappling with how to apply the rule of law, as old ideas make way for new.

The focus of this article is about the progression of pet-related statutes and common laws in the United States that impact pet custody analyses and outcomes. There will also be some discussion on developments in Canada, the U.K., France, and Switzerland.

The presenting first challenge on the subject of pet law and custody is to develop a working definition of which animals qualify as pets. Some would define a pet by species and therefore, a pet would include a dog, cat, or bird, but not a wolf, tiger, or bear. Using a different approach, an animal could be classified as a pet based upon a companionship relationship with a human rather than based upon species qualities. Thus, a wolf or dog-wolf hybrid might be a pet. These two concepts, species-based and relationship-based, have overlapped, and the terms “companion animal” and “pet” are often used interchangeably.

Although many of the principles that impact pet law and custody in the United States stem from the common law, also known as judge-made decisions, it is worthwhile to first consider the statutory framework impacting animals. For the most part,

with the notable exception of the Federal Animal Welfare Act, which limits animal experimentation and sets some commercial standards, most of the statutes that impact an animal’s daily life occur at the state level, such as the State of New York, or at the local level, such as a city or town.

Both state laws and local laws or ordinances set forth minimum standards. They typically include enumerated animal cruelty prohibitions as well as articulate and define standards about appropriate care. Statutes and ordinances may address subjects as far ranging as not torturing and not overworking, to temperature regulation and ventilation, housing, and zoning. Public health provisions are also set forth.

The personal property-based legal terminology, “awarded all right, title, and interest,” may be changed to “awarded custody,” and the term “joint ownership” may be replaced with “shared custody,” and the words “access schedule” may be changed to “visitation schedule.”

Where once common law opinions written by the courts described pets, including dogs and hamsters, by words such as “equipment,” “product,” “good,” or “invention,” newer terminology has advanced to “police officer,” “best friend,” “crime victim,” and “family member.”

As one might expect, the growing cultural view in the United States that companion

The subject of the progression of ideas about whether animals are property, persons, or something in between was well-illustrated in a 1981 Texas decision called *Arrington v Arrington*.

Recent statutory trends include that animal cruelty can result in felony convictions in all 50 states and that estate planning through the instruments of pet trusts is now permitted, and the law of the land. More than half the states afford a companion animal protection in human-centered domestic abuse proceedings, too. We are at the very beginning of the next wave of change about pet law and custody. In the past year, courts in Alaska and Illinois have been directed to consider an animal’s best interests when making a pet custody award.

As vernacular serves as a reflection of the culture and the courts, it is noteworthy that animal-related vocabularies are changing along with the rule of law. The old words “owner” and “pet” may be replaced with the new terms “guardian” and “companion animal.” When acquiring a companion animal rather than “buying” the animal from a non-profit, you may be “adopting” the animal from a “rescue.”

animals are family members has impacted lawmakers who typically go home and are greeted by a small and friendly furry face. Some jurists write their legal opinions with a cat on their lap or a dog at their feet.

Even so, the rule of law on the subject of companion animals is in disarray in the United States. This may be in part because the rule of law pertaining to companion animals is dominated by the common law or judge-made law and most state statutes, referring to personal property, fail to distinguish living companion animals from inanimate objects.

One of the cornerstones of American jurisprudence is the concept of precedent. The idea of precedent is not to deviate from the existing common law. The opinions of the United States Supreme Court are the most important precedents.

Now, we turn to an 1897 U.S. Supreme Court decision, *Sentell v. New Orleans*

Carrollton Railroad Co. This decision was about damages for a dead, pregnant, Newfoundland dog named Countess Lona, a dog “heavy with young.” She was killed by an electric train while crossing the tracks. The court said the plaintiff did not meet the conditions necessary to bring this action as the breed owner neither conformed to state assessment roll, nor met local dog tag requirements.

In this 19th century decision, the U.S. Supreme Court devised a hierarchy for animals as property, and quasi-property. Farm animals, including sheep, cattle, and horses, were on the top tier, while monkeys, cats, parrots, and singing birds were relegated to the second tier. The dog was merely classified as “quasi-property” and could only be relegated up to the second property tier if “dead or subdued.” The court said dogs were “more or less subject to attacks of hydrophobic madness” and emphasized that property due process rights were subservient to the state’s police powers.

It is important to put this very old and lowly classification of the dog into a public health context. In 1897, when *Sentell* was decided, a dog was more likely to live outdoors and be a deadly rabies carrier. The vaccine for rabies had only just been discovered.

In modern times, companion dogs in the United States now get regular rabies vaccines and live indoors, where many have bed sleeping privileges. There are 85 million American families who have pets, or 65% of households, and funeral homes for pets are becoming common. Expenditures on pets exceed \$65 billion dollars annually, according to the American Pet Products Association (APPA). Companion animals are included in family celebrations and are prominent in family photographs.

Since the *Sentell* decision, there has been a progression of important decisions that all impact the lives of companion animals. The important cases even include an unpublished decision by a lower state appellate court.

In 2001, the Wisconsin Supreme Court denied a plaintiff tort-based non-economic damages recourse when his dog was wrongfully killed by a neighbor. This was because the dog, although the plaintiff’s best

friend, did not qualify as a relative. Even with this old school result, the court wrote poetically and elegantly about the subject of love and how animals are not “mere property” anymore. Dicta from this case was heralded and repeated by other jurists throughout the country.

Another U.S. Supreme Court decision, this one uniquely unpopular, was issued in 2010 and called *United States v. Stevens*. When the American Congress passed a law to stop the production and distribution of sexually perverse videos, including the kind that showed women in high heels crushing small animals to death, the constitutionality of the law was challenged. Although the Supreme Court conjured a First Amendment free speech and hunters’ rights rationale to justify maintaining this practice, the U.S. Congress quickly acted. Congress passed what would be called a bullet-proof version of the same law, one designed to survive constitutional scrutiny by the Supreme Court.

It is noteworthy that Congress had, five years before, enacted the Pets Evacuation and Transportation Standards (PETS) Act, which enabled citizens to transport their pets with them in a disaster context. The successful vote on the PETS Act, which followed the devastating and deadly impact of Hurricane Katrina on the United States’ Gulf Coast (where owners would not leave their companion animals behind and perished), was an overwhelming pro-animal vote of 349 to 29.

In a 1998 unpublished Minnesota Court of Appeals decision called *Pratt v. Pratt*, the court declined to make a pet custody decision based upon an animal’s best interests. Even so, the same court warned that if maltreatment of an animal was involved, this maltreatment could be a worthy consideration. This warning against maltreatment has been repeated in law review articles in the United States ever since.

The subject of the progression of ideas about whether animals are property, persons, or something in between was well-illustrated in a 1981 Texas decision called *Arrington v. Arrington*. Here, the court’s divided mind set was revealed. While decrying the use of what the court regarded as the exclusively human terminology of “managing

conservator,” the court had no qualms about permitting “visitation” terminology. The latter is typically a human-centered child custody term.

Although pet custody cases involving celebrities gain a certain amount of news coverage, the case we will now discuss involves hitherto unknown parties, who soon garnered national and international attention. In the 2009 New Jersey decision of *Houseman v. Dare*, the court dealt with whether, in a cohabitation context, an oral contract entered into and performed after the breakup, was enforceable. When the trial court denied enforcement, this case went up on appeal.

The appellate court clearly recognized that it had a decision of great importance. The higher court explored the contours of the heart, including the concept of sentimental value and the law, and rendered a groundbreaking decision. The ultimate outcome was that the parties would share the custody, ownership, and possession of the Pug dog named Dexter.

The final decision that will be explored here, which pertains explicitly to how a court can look at a variety of pet law decisions to gather ideas and gain insight on how to make a decision in a pet custody context, is the 2013 New York decision of *Travis v. Murray*. In this case, the court considered how important companion animals were to New Yorkers as a “canine-centric city,” and reviewed important pet law and custody cases. Ultimately, the high court fashioned a new method for rendering a pet custody decision. The court conceptualized a “best interests for all” standard and sent the case back to the trial court for a one-day hearing utilizing this approach.

To this author, who spent five years analyzing hundreds of cases and wrote a 702-page book on the subject of pet law and custody, it is clear that the courts are struggling with how to reconcile two different value systems. The first has an agrarian-based economic focus, as exemplified by the answers to these questions: Who paid for the animal? Who paid for the animal’s living expenses? In the second value system, relational values are emphasized and the best interests of a companion animal matter. These competing value systems are the

subject of litigation and are also explored in evolving Alternative Dispute Resolution (ADR) practices.

This author extends her gratitude to the UIA Family Law Commission President for addressing the subject of pet custody disputes at the 61st Congress in Toronto. It was there, as one of the presenters for the Commission, that this author learned that in Canada, though addressing family law disputes in the vernacular of personal property, the courts in actual practice may consider multiple factors before making an award.

The Canadian court might consider the time and status of the parties at the time of acquisition; implied or expressed agreements at the time of acquisition; evidence of a gift, caregiving, and possession history; purchase and payment history; as well as indicia of ownership evidence. Canadian courts sometimes allow time-sharing. Unless the family court has jurisdiction, pet custody disputes are typically heard in Canadian small claims courts.

In contrast, in the U.K., animals are viewed as both family members and personal property. In the popular U.K. vernacular, the term “pet ownership dispute” is being replaced with the term “pet custody dispute.” The trend in academic circles to view animals as sentient has made their interests and emotional bonds more important. As of yet, although there is a sense that the establishment of superior title should not be dispositive in a pet ownership determination, the U.K. seems to still be dominated more by property analyses, while very interested in the development of the rule of law abroad, including in the U.S. and Switzerland.

In France, courts are influenced in making pet custody decisions by the best interests of a child, if applicable. If the parties do not have a child, and the animal belongs to both parties, the court is more likely to make a decision that offers the best life conditions to the animal, with France looking to the Swiss Civil Code for guidance.

The particular country to watch in the European Union is Switzerland. The Swiss Federal Constitution was modified in 1992, whereby the dignity of animals was recognized as a constitutional principle.

Some believe this principle is based upon “natural law,” not “positive law.” While the constitutional principle implications are not yet settled, it could be argued that Switzerland utilized a formulation expressed in a business review commission above the upper chamber, who said, “Animals are to be treated neither as humans nor as things but in accord with their dignity as living beings and according to the autonomous standards of their own needs.”

Through this interpretation, it is evident that though worded and expressed differently, there are developments on both the North American and European continents that suggest that the companion animal property/thing classification is out of step with current values and accepted principles. In summary, it appears that as pets and other animals enter into an interim type category between property and human, the protection and promotion of a companion animal’s best interests will have a valid and growing footing in the rule of law.

Barbara J. GISLASON
President of the UIA American National
Committee
Fridley, MN, United States
barbara@gislasonlaw.com

1. 166 U.S. 698, 703 (1897).
2. *Pet Industry Market Size & Ownership Statistics*, American Pet Products Association, http://www.americanpetproducts.org/press_industrytrends.asp (last visited Jan. 19, 2018).
3. 130 S. Ct. 1577 (2010).
4. N.W.2^d, 1988 WL 120251 (Minn. App.).
5. 613 S.W.2^d 565, 569 (Tex. Civ. App.—Fort Worth 1981, no writ).
6. 966 A.2^d 24 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2009).
7. 2013 N.Y. Slip. Op. 23405 (N.Y. Sup. Ct. 2013).
8. Margot Michel and Eveline Schneider Kayasseh, *The Legal Situation of Animals in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back—Many Steps to Go*, JOURNAL OF ANIMAL LAW, VOL. VII, <http://www.afgoetschel.com/de/downloads/legal-situation-of-animals-in-switzerland.pdf> (last visited Jan. 19, 2018.)
9. *Id.*
10. Barbara J. Gislason is the author of a book, *Pet Law and Custody*, published by the American Bar Association. She is the immediate past president of the UIA Biotechnology Law Commission. She is a member of the UIA Family Law Commission.

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





Photography, the First Amendment and Privacy

I Steven M. RICHMAN

This article addresses areas connected with the clash between free speech and privacy in the context of photography, focused mainly on the United States.

Photography as Free Speech

Since the 19th Century, in the United State Supreme Court decision in *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884), photography has been recognized as expressive, but the rights of expression are unlimited and are not immune from regulation in certain circumstances.

It is now established that photographers have First Amendment rights to the extent that the photograph is expressive, in the same manner as other expressive communication. *Bery v. City of New York*, 97 F.3^d 689, 696 (2^d Cir. 1996); *ETW Corp. v. Jireh Publishing*, 332 F.3^d 915, 924 (6th Cir. 2003). However, government can impose regulations in name of safety, provided constitutionally valid time, place and manner. The restriction must be content neutral, narrowly tailored, with alternative channels and no impermissible discretion or prior restraint. Free speech applies to more than words but expressive conduct. *Rumsfeld v. Forum for Academic & Institutional Rights, Inc.*, 547 U.S. 47 (2006). Such expressive conduct extends to artistic expression. *Nat'l Endowment for the Arts v. Finley*, 524 U.S. 569 (1998).

Such is not lost just because compensation received for the artistic expression. *Riley v. Nat'l Fed'n of Blind of N.C., Inc.*, 487 U.S. 781 (1988) ("It is well settled that a speaker's rights are not lost merely because compensation is received; a speaker is no less a speaker because he or she is paid to speak.")

The subject of freedom of expression and the First Amendment is a complex one, with nuances far beyond the scope of this article. Supreme Court decisions in the area often have concurring opinions that further affect the ability to set bright line rules. The subject matter of speech ranges

from the political to the sexual to the religious to the commercial, with locations and contexts of the speech ranging broadly. Generally speaking, in reviewing government regulations that affect speech, laws that target speech based on its expressive content are presumptively unconstitutional, but allowed only if "narrowly tailored to serve compelling state interests." *Reed v. Gilbert, Arizona*, 135 S. Ct. 2218, 2226 (2015). This is generally referred to as the strict scrutiny test. Content-based means a law is applied to the speech because of its particular idea or message. *Id.* at 2227. These are subject to strict scrutiny.

Even otherwise protected express content can be regulated constitutionally if (1) within the constitutional power of the government; (2) furthers important or substantial governmental interest; (3) government interest unrelated to the suppression of free expression; and (4) the incidental restriction is no greater

Amendment... Indeed, art schools instruct students about modern photographic techniques and art museums often contain substantial collections of photographs by recognized masters of this art. . . . However, the fact that some photography qualifies as expressive conduct entitled to First Amendment protection does not mean that any commercial activity that involves photography falls under the umbrella of the First Amendment. Rather... a [photographer] must demonstrate that the production and sale of those photographs constitutes expressive conduct." Id. at 462 (citations and quotations omitted).

Finding that this activity did "not serve predominantly expressive purposes," it was "not entitled to protection under the First Amendment." The court also upheld the municipal ordinances as not unconstitutionally vague, and rejected Chepilko's standing to challenge one of the ordinances. Regarding the burden of proof,

[...] it is also obvious that a photograph standing by itself, as a purely artistic endeavor, might stand, but once it is attached to a caption or an article, other issues come into play.

than is essential to the furtherance of that interest. *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1973). This is generally referred to as the intermediate scrutiny test.

An example of the interplay between free speech and government regulation as it relates to photography is found in *State v. Chepilko*, 405 N.J. Super. 446 (App. Div. 2009). An unanimous appellate panel upheld the municipal court convictions of a photographer in Atlantic City, who took and sold photographs of people on the Boardwalk. The Court had this to say about the substance of what is, and is not, expressive content:

We have no doubt that the production and sale of photography may constitute expressive conduct protected by the First

the court held that the demonstration involves primarily an examination of the "objective features of the merchandise itself," that is, whether "[defendant's] items, on their face, appear to serve predominantly expressive purposes," and also may take into account "[defendant's] stated motivation for producing and selling [his merchandise]."

In the post-9/11 era, photographers have faced challenges based on heightened attention to security. In the case of *Musumeci v. United States Department of Homeland Security*, 10 Civ. 3370 (S.D.N.Y.), plaintiff took photographs of a protestor in public plaza outside Moynihan federal courthouse. He was arrested and charged with violating 41 CFR 102-73.420, which restricted photography by persons entering

in or on federal property. In settlement order, defendant agreed that that regulation did not prohibit photographing courthouse exteriors. The policy was confirmed in a subsequent Federal Protective Service Information Bulletin dated 8/2/2010 as amended, which rejected a per se prohibition on stopping such photography. See (<https://www.photoattorney.com/wp-content/uploads/2011/02/Photographing-the-Exterior-of-Federal-Buildings.pdf>).

However, “[t]here is no First Amendment guarantee of access to all government information.” *King v. McKenna*, 2015 Del. Super. Lexis 323 (Kent Cty 2015). In this case, the plaintiff videographer was prevented from filming the interior of the Kent County Recorder of Deeds office. He had claimed to be “guerrilla-style journalist” investigating election and possible fraud. The court analyzed this is the following way, asking (1) whether there has access been traditionally afforded to the public such as to make this office a public forum; (2) does the access play significant positive role in functioning of particular process in question; and (3) was there an alternative means of access? *Id.* at *14-15. It held there was no First Amendment right to film the Recorder’s office.

The balance is between state interest on the one hand, and First Amendment/freedom of expression on the other. Generally, one can photograph when in a public place. There are certain statutory prohibitions in United States – certain buildings, military sites, and agency regulations – e.g., Triborough Bridge Authority – but whether these ultimately survive Constitutional challenge may be questionable in some cases. Also, since law is territorial, there may be different results in different states or federal circuits, and certainly outside the United States.

Privacy

Privacy (which is essentially four different causes of action, based on intrusion on seclusion, publication of private facts, false light or misappropriation), stalking and other statutory liability. Again, remember: law is territorial. See, e.g., <http://www.sirimo.co.uk/media/UKPhotographersRights.pdf> UK Photographer Guide, which notes that no right of privacy in UK but European Convention on Human Rights may afford

some or could come under Data Protection Act, so there may be some lack of clarity as to how far a photographer can go in such circumstances.

Various states have “voyeurism” statutes. For example, in New Jersey, there is N.J.S.A. § 2C:14-9 (invasion of privacy, degree of crime; defenses, privileges) and N.J.S.A. § 2C:18-3 (unlicensed entry of structures; defiant trespasser; peering into dwelling places; defenses). Section 201a of the German Criminal Code prohibits creation or transmittal of “pictures of another person located in a dwelling or a room especially protected from view...” See https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/criminal_code_germany_en_1.pdf

At common law, there are four types of tort involving privacy:

- Intrusion (e.g., intrusion upon plaintiff’s physical solitude or seclusion, as by invading his home, illegal search, eavesdropping, prying into personal affairs, etc.)
- Public disclosure of private facts (e.g., making public private information about plaintiff)
- Placing plaintiff in a false light in the public eye (which need not be defamatory, but must be something that would be objectionable to the ordinary reasonable man)
- Appropriation, which he defines as an “appropriation, for the defendant’s benefit, of the plaintiff’s name or likeness.”

Canessa v. J. I. Kislak, Inc., 97 N.J. Super. 327, 334 (Law Div. 1967).

Intrusion on seclusion requires a high level of proof to make out the claim. See Restatement (Second) of Torts § 652B (1977). That section provides that “[o]ne who intentionally intrudes, physically or otherwise, upon the solitude or seclusion of another or his private affairs or concerns, is subject to liability to the other for invasion of his privacy, if the intrusion would be highly offensive to a reasonable person.” Restatement, supra, § 652B. A plaintiff must establish that the intrusion “would be highly offensive to the ordinary reasonable man, as the result of conduct to which the reasonable man would strongly object. *Stengart v. Loving Care Agency, Inc.*, 201 N.J. 300 (2010).

The cause of action based on public disclosure of private facts involves an invasion of privacy by unreasonable publication of private facts occurs when it is shown that “the matters revealed were actually private, that dissemination of such facts would be offensive to a reasonable person, and that there is no legitimate interest of the public in being apprised of the facts publicized *Romaine v. Kallinger*, 109 N.J. 282 (1988). The publicity must be unreasonable and the disclosure must be public: “It is an invasion of his rights to publish in a newspaper that the plaintiff does not pay his debts, or to post a notice to that effect in a window on the public street, or to cry it aloud in the highway, but not to communicate the fact to the plaintiff’s employer or to any other individual, or even to a small group.” *Burger v. Blair Medical Associations, Inc.*, 964 A. 2^d 374 (Sup. Ct. Pa. 2009).

False light is set forth as well in the Restatement (Second) of Torts § 652^E, at 294 (1977):

One who gives publicity to a matter concerning another that places the other before the public in a false light is subject to liability to the other for invasion of his privacy, if (a) the false light in which the other was placed would be highly offensive to a reasonable person, and (b) the actor had knowledge of or acted in reckless disregard as to the falsity of the publicized matter and the false light in which the other would be placed.

Not all states recognize this particular tort. See, e.g., *Cain v. Hearst Corp.*, 878 S.W.2^d 577, 577 (Tex. 1994) (“Because false light substantially duplicates the tort of defamation while lacking many of its procedural limitations,” court indicated false light would not be recognized).

Regarding misappropriation, Restatement of Torts (Second) § 652C renders it a tort for “one who appropriates to his own use or benefit the name or likeness of another is subject to liability to the other for invasion of his privacy.” Appropriation exists where “[o]ne who appropriates to his own use or benefit the name or likeness of another is subject to liability to the other for invasion of privacy.” *Faber v. Condecor, Inc.*, 195 N.J. Super. 81, 86 (App. Div. 1984).

In *Kislak*, cited above, *Canessa* and family trying to find apartment or house to rent,

but unable because they had eight children. He ran advertisement in "Lost and Found" of the Jersey Journal: "Lost the right to rent because of too many children." The Journal contacted Canessa who consented to article family's problem and its solution; he and family posed for a picture," published in Journal. Reprints were distributed to Kislak's real estate salesmen employed in the Hudson County area and used as part of their sales kits "to show prospective purchasers what could be accomplished by Kislak salesmen for veterans." The court held that "plaintiffs' claim is based on the appropriation of their likeness and name for defendant's commercial benefit, it is an action for invasion of their "property" rights and not one for "injury to the person," and found the "ordinary sensibilities" test irrelevant to this "appropriation" case, except insofar as the innocuous nature of the publication in itself, as distinguished from its use in advertisement exploitation, may relate to the extent, if at all, that plaintiffs suffered injury to feelings, humiliation, etc." It noted that "[i]f the actual invasion goes beyond the contract, fairly construed, as for example by alteration of the plaintiff's picture, or publicity differing materially in kind or in extent from that contemplated, or exceeding the authorized duration, there is liability." (i.e., beyond the scope). See also *Faber v. Condecor*, 195 N.J. Super. 81 (A.D. 1984).

The cases also confirm the distinction between the taking of the image in the initial instance, and the use of the image as a separate factor. In the latter regard, it is also obvious that a photograph standing by itself, as a purely artistic endeavor, might stand, but once it is attached to a caption or an article, other issues come into play.

Several states have statutes governing this. For example, California recognizes both common law and statutory claims. Its statute states:

Any person who knowingly uses another's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods or services, without such person's prior consent, or, in the case of a minor, the prior consent of his parent or legal guardian, shall be liable for any damages

sustained by the person or persons injured as a result thereof.
Cal. Civ. Code § 3344(a).

In *Fraley v. Facebook, Inc.*, 830 F. Supp. 2^d 785 (N.D. Cal. 2011), the court found the allegations sufficient and a material factual dispute existed to sustain a claim that Facebook's use of members' names, photographs, likenesses and identities in paid advertisements--the "Sponsored Stories"--violated California's privacy statute.

New York does not recognize common law privacy rights, but has codified the sole ability to bring a privacy claim under particular circumstances relating to advertising or purposes of trade. The New York Civil Rights Law § 50 provides: "Right of privacy. A person, firm or corporation that uses for advertising purposes, or for the purposes of trade, the name, portrait or picture of any living person without having first obtained the written consent of such person, or if a minor of his or her parent or guardian, is guilty of a misdemeanor." Section 51 provides the civil remedy of injunctive relief to any person whose photograph (or other identifying features as defined) are used within New York "for advertising purposes or for the purposes of trade without the written consent" of the person. See also *Miczura v Knowles*, 2015 N.Y. Misc. LEXIS 4560 (N.Y. Sup. Ct. Dec. 10, 2015) ("Courts have consistently held that Civil Rights Law § 51 does not apply to works of literary and artistic expression. See *Foster v. Svenson*, 128 A.D.3^d 150, 156-57, 7 N.Y.S.3^d 96 (1st Dept 2015). Thus, when a plaintiff's name, portrait, picture or voice is used in a work of artistic expression without her written consent, she has no recourse pursuant to Civil Rights Law § 51.")

In a controversial decision, a photographer prevailed under the New York statute after exhibiting photographs made by using a telephoto lens to shoot from his own apartment in Manhattan photographs of interiors of apartments in a neighboring building, mostly glass facade, with large windows into each unit. Photographs taken over time and included still lifes as well as people in those apartments. Some photographs included children. Photographs assembled into exhibit "The Neighbors." He had no permission to photograph the "neighbors." *Foster v. Svenson*, 128

A.D.3^d 150, 152 (N.Y. App. Div. 2015), affirming 2013 N.Y. Slip Op. 31782(U) (August 5, 2013). The trial court decision noted that "Art is considered free speech and is therefore protected by the First Amendment;" "An artist may create and sell a work of art that resembles an individual without his or her written consent" "Privacy rights yield to free speech rights in the context of newsworthy events;" and "Defendant's photos are protected by the First Amendment in the form of art and therefore shielded from New York's Civil Rights Law Sections 50 and 51. ... Through the photos, Defendant is communicating his thoughts and ideas to the public."

On appeal, the court first ordered Svenson to "refrain from taking photographs of plaintiffs and children, as indicated," and in affirming the trial court, denied the request for injunction and granted the motion to dismiss the complaint.

Being photographed as part of a crowd is not enough to make out the claim under the New York statute. *Gaeta v. Home Box Office*, 169 Misc. 2^d 500, 501 (Civ. Ct. 1996) (Plaintiff watched HBO filming of photographer defendant as he shot nude models in NY streets. Plaintiff herself was photographed as part of crowd and featured in close-up in program as aired under NY statute (no common law privacy) even if commercial purpose, not apply to newsworthy or public interest events. And while there is some law that spectator cannot be singled out in crowd, very limited; here, she was voluntarily part of crowd. Limits to expectation of privacy: allows "essentially stock photos to be used, outside the context in which they were taken, to illustrate related topics.")

In another controversial New York case, even being singled out in a public place is not enough. See *Nussenzweig v. DiCorcia*, 11 Misc. 3^d 1051(A) (Sup. Ct. 2006), *aff'd*, 38 A.D.3^d 339 (1st Dept. 2007), *certified question answered, order aff'd*, 9 N.Y.3^d 184 (2007). diCorcia was respected photographer with history of shows in NY museums. In his "HEADS" series of candid "street photography" shots of people at same Times Square location. He exhibited in gallery for sale. Nussenzweig was readily identifiable; no consent to diCorcia to use. The exhibit open to public and advertised.

All ten photos of Nussenzweig (limited edition) sold for \$20,000 to \$30,000 each. Nussenzweig was an Orthodox Jew with deep religious beliefs against use of his image. The Court noted the statute was exclusive remedy, and held that “art” is excepted from statute, and that this was art (free speech), not trade or advertising.

Nussenzweig was distinguished in *Yasin v. Q-Boro Holdings, LLC*, 27 Misc. 3^d 1214(A) (Sup. Ct. 2010), where the photograph of plaintiff was used on the cover of defendant’s book without her consent.

The key language is the commercial purpose. New York courts have recognized exception for newsworthiness and incidental use. See, e.g., *Finger v. Omni Publications International, Ltd.*, 77 N.Y. 2^d 138, 141-142 (1990).

Generally, property does not have right of privacy as such. The issue is also one of public versus private access. There may be implied/express consent, and contract limits contract limits. For example, a ticket to a sporting event may limit the ultimate use of the photographs, and a museum may prohibit photography altogether, particularly where it is exhibiting a private collection. Remember as well that trespass is actionable.

Steven M. RICHMAN, Esq.
Clark Hill PLC
Princeton, NJ, United States
srichman@clarkhill.com



Quelles lois pour lutter contre les fake news ?

I Emmanuel PIERRAT

Lors de ses vœux à la presse, prononcés le mercredi 3 janvier 2018, Emmanuel Macron a annoncé « un projet de loi visant à lutter contre les fake news sur Internet en période électorale ».

Le Président de la République française a précisé son intention : « Nous allons faire évoluer notre dispositif juridique pour protéger la vie démocratique de ces fausses nouvelles ».

Depuis, le Ministère de la Culture se hâte pour qu’un projet de loi soit prêt avant le printemps. L’Élysée a, en effet, fixé le premier trimestre de l’année 2018 comme échéance afin de permettre au futur texte de s’appliquer avant les prochaines élections européennes.

Quelques jours après la déclaration d’Emmanuel Macron, l’exécutif européen a appelé au développement d’une « approche européenne » sur la question et a annoncé dans le même temps la constitution d’un groupe d’experts chargé de réfléchir au phénomène et de proposer des solutions.

Depuis la renaissance du concept de fake news, à l’occasion de la campagne électorale de Donald Trump, la nécessaire lutte contre les fausses nouvelles provoque des prises de position aussi absurdes que passionnées. Il faut dire que la vie publique est aujourd’hui polluée par une désinformation toujours plus envahissante et une manipulation politique en plein essor, portées par la frénésie des réseaux sociaux.

La diffusion de fausses nouvelles incarne également un délit très spécifique dans la mesure où il ne peut être invoqué que par le parquet [...].

L’idée n’est pas nouvelle : la sénatrice Nathalie Goulet (UDI-UC) avait déjà déposé, à la veille de la présidentielle de 2017, une proposition de loi visant à sanctionner la diffusion de fausses informations. Ce texte arguait que « chacun peut aujourd’hui publier ses écrits depuis un ordinateur ou un téléphone portable. C’est en soi une très bonne chose, mais il faut prendre acte de cette transformation de la presse qui est aussi et malheureusement à l’origine d’abus de plus en plus nombreux ». La proposition préconisait alors une peine d’un an d’emprisonnement de 15 000 euros d’amende pour sanctionner l’élaboration et la diffusion de fake news.

Cette proposition n’a pas encore été inscrite à l’agenda du Sénat, mais il y a fort à parier que les déclarations du Président de la République placent cette problématique au cœur des débats politiques de cette année, en France comme dans le reste de l’Europe.

En effet, l’Union européenne a, elle aussi, décidé de s’en prendre aux fake news.

Dans la mesure où ces fausses nouvelles sont susceptibles d’influencer des scrutins électoraux, il est légitime de chercher à en limiter l’influence. Mais, en France, la difficulté repose sur le fait que le droit est déjà apte à répondre à ce type de préoccupation.

Il est donc nécessaire de contredire Nathalie Goulet et Emmanuel Macron en leur rappelant que le délit de diffusion de fausses nouvelles est une de ces infractions en apparence endormies, que la justice, française comme étrangère, peut réveiller soudainement.

C’est en 1849 que ce délit a fait son apparition en droit français. La Loi du 29 juillet 1881 (dite sur la liberté de la presse et qui s’applique notamment à l’édition de livres et au journalisme) va conserver cette notion en son article 27. Encore en vigueur aujourd’hui, cet article vise « la publication, la diffusion ou la reproduction, par quelque moyen que ce soit, de fausses

nouvelles, de pièces fabriquées, falsifiées ou mensongèrement attribuées à des tiers lorsque, fait de mauvaise foi, elle aura troublé l'ordre public ou aura été susceptible de le troubler ». La désinformation représente donc, aux termes de ce texte, une infraction pénale susceptible d'être punie d'une amende de 45 000 euros. L'amende peut même être portée jusqu'à 135 000 euros lorsque les publications litigieuses sont « *de nature à ébranler la discipline ou le moral des armées ou à entraver l'effort de guerre de la Nation* ».

La mauvaise foi de celui qui est à l'origine ou diffuse les *fake news* reste, comme pour la diffamation, un critère essentiel au déclenchement des poursuites. Mais, pour être répréhensible, la fausse nouvelle doit être de nature à troubler éventuellement l'ordre public. Autant dire que ce critère est laissé à la pleine appréciation des magistrats, qui sont libres d'échafauder presque toutes les hypothèses pour justifier leur décision. Ces derniers peuvent parfois avoir une vision extensive de cette notion de trouble à l'ordre public.

A titre d'exemple, la Chambre criminelle de la Cour de cassation retient, dans un arrêt du 7 novembre 1963, que la « fausse nouvelle de nature à troubler les relations internationales » répond aux exigences de l'article 27 de la Loi du 29 juillet 1881 dans la mesure où celle-ci était « *susceptible de troubler la paix publique et d'ébranler la discipline et le moral des armées* ». Il s'agissait, en l'espèce, d'un article de *France Observateur*, l'ancêtre de *l'Obs*, qui affirmait que la base de Marrakech aurait servi de base de départ pour des vols de bombardement sur l'Oranie pendant la Guerre d'Algérie. La Cour a alors retenu que les journalistes « *ont eu l'intention d'exploiter politiquement cette fausse information qui aurait été susceptible de porter gravement préjudice aux relations de la France et du Maroc, de telle sorte que c'est par là que la paix publique aurait pu être troublée* ».

La diffusion de fausses nouvelles incarne également un délit très spécifique dans la mesure où il ne peut être invoqué que par le parquet et en aucun cas par celui qui aurait été, le cas échéant, victime de la fausse nouvelle. Cette particularité s'explique par la notion d'ordre public dont la défense est l'une des prérogatives du ministère public. Ainsi, ce délit de diffusion de fausse nouvelle

n'est aucunement destiné à protéger des intérêts privés qui, *de facto*, ne troublent pas l'ordre public.

De ce fait, ce délit est aujourd'hui peu ou prou tombé en désuétude, le parquet n'ayant pas pour ambition d'user de cette possibilité pour contrôler l'information. Mais les magistrats du parquet étant placés sous l'autorité du Garde des sceaux, ces derniers doivent mettre en œuvre la politique pénale du Gouvernement. Dès lors, plutôt que d'établir une nouvelle loi, il appartiendrait à l'exécutif de réorienter l'action du ministère public pour lutter contre les *fake news* grâce aux dispositifs déjà existants.

L'article 29 de la Loi du 29 juillet 1881 s'inscrit dans la philosophie de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Même si la liberté d'expression est garantie par ce texte fondamental, notamment en son article 11, elle n'est toutefois pas absolue et des limites sont établies. Ainsi, son article 10 dispose que : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble par l'ordre public établi par la loi* ». C'est de cette façon que la sauvegarde l'ordre public peut justifier la limitation de la liberté d'expression.

Il est à noter que le Code électoral sanctionne plus sévèrement que la loi du 29 juillet 1881 la diffusion de fausses nouvelles. L'article L. 97 dudit Code dispose en effet que « *Ceux qui, à l'aide de fausses nouvelles, bruits calomnieux ou autres manœuvres frauduleuses, auront surpris ou détourné des suffrages, déterminé un ou plusieurs électeurs à s'abstenir de voter, seront punis d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 15 000 euros* ».

Relevons, par ailleurs, que la justice dispose d'autres textes spécifiques pour réprimer la diffusion de certaines fausses informations. Il en est ainsi du régime de la publicité trompeuse, autrement dit mensongère, sanctionné par l'article L.132-2 du Code de la consommation. Toujours dans le domaine économique, la diffusion de fausses informations financières destinées à manipuler le cours de la bourse est elle-aussi sévèrement réprimée. L'article L. 465-3-3 du Code monétaire et financier punit ainsi de cinq ans d'emprisonnement de 100 millions d'euros amende « *le fait, par toute*

personne, de diffuser, par tout moyen, des informations qui donnent des indications fausses ou trompeuses sur la situation ou les perspectives d'un émetteur ou sur l'offre, la demande ou le cours d'un instrument financier ou qui fixent ou sont susceptibles de fixer le cours d'un instrument financier à un niveau anormal ou artificiel. ».

Qu'il provienne de la loi du 29 juillet 1881 ou d'autres dispositions légales, le délit de fausses nouvelles ne sanctionne pas les opinions mais bel et bien la relation de faits. Il s'agit là d'une manifestation des curieuses relations qu'entretiennent vérité et justice.

Emmanuel Macron propose que son nouveau délit puisse être invoqué par ceux qui en sont victimes. Mais des poursuites, sur un autre fondement juridique, peuvent, dès à présent, parallèlement être menées, et en particulier l'action en diffamation, l'atteinte à la vie privée ou la calomnie.

De la réalisation de faux montages (article 226-8 du Code pénal) jusqu'à l'usurpation d'identité sur les réseaux sociaux (article 226-4-1 du Code pénal) en passant par la dénonciation calomnieuse (article 226-10 du Code pénal) et par la divulgation de fausses informations faisant croire à un sinistre (article 322-14 du Code pénal), le Code pénal contient déjà un arsenal judiciaire complet qui permet de sanctionner l'élaboration et la diffusion de *fake news*.

Fort de l'existence de tous ces textes, la jurisprudence est abondante s'agissant de la condamnation des délits y afférents. Elle est en revanche bien moins fournie et actuelle en ce qui concerne le délit de diffusion de fausse nouvelle qui est, rappelons-le, rarement utilisé. Prenons, néanmoins, un exemple de décision relativement récente pour appuyer notre démonstration.

Le 13 décembre 2000, le Tribunal de grande instance de Nanterre a statué sur une affaire de fausses nouvelles colportée par un éditeur de presse. Les juges ont en effet relevé que « *le recours à des figurants rémunérés, le jet d'un faux réfrigérateur à partir d'un appartement prêté complaisamment par un résident, la location de costumes caractérise la volonté de « fabriquer » un événement en se livrant à des artifices de mise en scène. Il ne s'agit en aucune manière d'une « reconstitution de faits réels » (...)* ».

Le tribunal a également souligné que « le terme de « reconstitution » qui ne figure d'ailleurs nulle part dans le reportage d'Entrevue suppose, précisément, que l'événement s'est déjà produit et que le journaliste entend illustrer ces faits divers en décomposant chaque moment au moyen de photos et d'une légende explicative. En l'espèce, (le prévenu) est dans l'incapacité de démontrer qu'un jet de réfrigérateur sur les forces de l'ordre a eu lieu à Colombes dans les jours, les semaines ou les mois qui ont précédé ».

Il en retient que « l'article (...) est bien une "fausse nouvelle" » établie sur la base de pièces entièrement fabriquées donnant l'illusion d'un véritable reportage rapportant une scène qui en définitive n'a jamais existé pour faire croire aux lecteurs que « "la chasse aux flics" est lancée dans les banlieues parisiennes par des jeunes emplies de haine ».

Les magistrats ont ainsi conclu ce retour en force du délit de fausses nouvelles en affirmant que « la liberté de la presse qui est un des fondements les plus essentiels de la démocratie ne saurait s'accommoder des méthodes les plus déloyales pour tromper le lecteur, abuser de sa crédulité et le désinformer ».

Ajoutons enfin que la liberté d'expression souffrirait une fois de plus de l'adoption d'un énième texte de censure, qu'il s'agisse de celui d'Emmanuel Macron ou de Nathalie Goulet.

Le législateur a mis sur pieds, en un peu plus de deux siècles, plusieurs centaines de lois et règlements limitant la liberté d'expression, les restrictions apportées à cette dernière concernant des domaines variés, éloignés, parfois désuets. Ces limites varient par ailleurs, au gré des changements de mœurs, de gouvernements, ou d'événements ponctuels, comme ces temps derniers les diatribes mensongères de Donald Trump. Quelques centaines de dispositions légales éparses sont à présent applicables dont il serait donc extrêmement fastidieux de dresser une liste complète, lorsqu'il s'agit de restreindre la diffusion d'un message, que celui-ci soit oral, écrit, peint, filmé ou encore chanté.

Créer un nouveau délit spécifique pour sanctionner les *fake news* reviendrait dès

lors à ajouter de la confusion à un droit déjà protéiforme et qui permet déjà d'y faire face. Surtout, cela participerait, inévitablement, à accroître les contentieux relatifs à la liberté d'expression qui encombrant déjà les bureaux des magistrats.

La volonté d'Emmanuel Macron serait d'autant plus stérile si le projet de loi venait à ne pas prendre en compte les particularités de ces *fake news*. Car, de la même façon qu'Internet a révolutionné nos modes de communication, ces fausses informations posent des difficultés nouvelles. En effet, celles-ci se diffusent souvent anonymement, et sont parfois élaborées depuis l'étranger. Cela pourrait, en tout état de cause, compliquer d'éventuelles poursuites judiciaires, fussent-elles d'un nouveau genre.

Emmanuel PIERRAT

Avocat au barreau de Paris et écrivain
Conservateur du Musée du Barreau de Paris

Pierrat & de Seze

Directeur de la Communication de l'UIA
Paris, France

emmanuel.pierrat@pierratdeseze.com

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
20, rue Drouot
75009 Paris - France

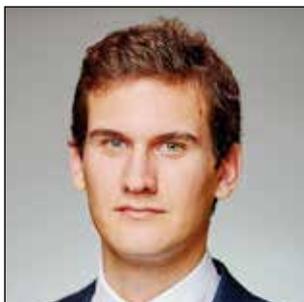
Anne-Marie Villain
avillain@uianet.org

Tel : + 33 1 44 88 55 66

Fax : + 33 1 44 88 55 77



Brussels International Business Court – vers un tribunal commercial international anglophone à Bruxelles



Philippe LAMBRECHT
& Erik PEETERMANS

Abstract

Recent international economic and political developments and Brussels' role as a European and international commercial hub point to a need for companies to have a Belgian official law court which can settle international trade disputes. To address this need, soon a new court, the *Brussels International Business Court* (or 'BIBC'), will be established. The BIBC will be constituted on a case-by-case basis, with each case being presided over by one professional judge and two lay judges. All proceedings will be based on the UNCITRAL Model Law and will be conducted in English. The BIBC will only have jurisdiction for international trade disputes and cannot be used for domestic forum shopping. BIBC proceedings will without exception be brought on a voluntary basis. The new court is expected to start operating in 2018.

I. Introduction

Fin octobre 2017, le Conseil des ministres a approuvé une première fois l'avant-projet de loi instaurant la *Brussels International Business Court* (ci-après : 'BIBC'). Il s'agit d'un premier pas important vers la création à Bruxelles d'un tribunal anglophone qui se penchera sur les litiges commerciaux internationaux. Le Conseil d'État ayant à présent rendu son avis sur l'avant-projet, le texte (adapté) devrait recevoir un feu vert définitif au mois d'avril. Étant donné

qu'il n'est pas exclu que le texte subisse encore des modifications au cours de la trajectoire parlementaire, cet article se contente d'exposer brièvement les grandes lignes générales de la BIBC, ses objectifs et la philosophie sous-jacente.

2. L'émergence de tribunaux commerciaux internationaux

Il existe déjà des tribunaux commerciaux internationaux ou *commercial courts* à Londres, Dublin, Delaware, Dubaï et Singapour et on en prépare activement la création dans d'autres pays comme les Pays-Bas.¹

L'émergence de ces tribunaux anglophones spécialisés dans le règlement des litiges commerciaux internationaux peut s'expliquer par : (i) la forte croissance des échanges internationaux au cours des 30 dernières années, (ii) la diffusion de l'anglais comme *lingua franca* dans le monde des entreprises international et (iii) la réglementation et la complexité croissantes dans des domaines juridiques qui n'existaient pas récemment encore ou en étaient à leurs balbutiements, comme par exemple le droit environnemental (international).

Ces évolutions amènent les entreprises à être de plus en plus demandeuses de juges spécialisés dans le règlement des litiges commerciaux internationaux. Grâce à la création de *commercial courts*, les États tentent de répondre à cette demande et de profiter en partie du marché mondial du règlement des litiges commerciaux internationaux.

Au vu de bouleversements internationaux comme le Brexit ou le revirement de l'opinion publique vis-à-vis des accords de libre-échange et de leurs mécanismes de règlement des litiges, on peut s'attendre à ce que la demande de règlement des litiges commerciaux transfrontaliers complexes par des tribunaux étatiques augmente.

C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre la création de la BIBC.

3. BIBC : Brussels International Commercial Court

3.1. Bruxelles, forum international par excellence

Capitale de la Belgique et de l'Europe, Bruxelles est une ville internationale par excellence. La présence de nombreuses institutions internationales et européennes en fait une plaque tournante de la vie des affaires internationale. Dans l'économie ouverte et exportatrice de la Belgique, les entreprises font souvent des affaires par-delà les frontières.

Toutefois, lorsque des entreprises ayant des activités internationales veulent faire appel à un juge étatique pour trancher leurs litiges, elles sont souvent contraintes de se rendre à l'étranger ou de se tourner vers l'arbitrage.

La BIBC propose aux entreprises ayant des activités internationales une voie procédurale complémentaire à celles qui existent déjà.

L'objectif est que la BIBC soit opérationnelle dans le courant de 2019.

3.2. Composition

La BIBC sera un tribunal semi-permanent. L'instance sera constituée de manière *ad hoc* pour le règlement d'une affaire concrète et sera composée de trois membres, un juge de carrière belge assisté de deux juges consulaires appelés "*judges in the BIBC*". La combinaison d'un juge professionnel et de deux juges consulaires n'est pas inhabituelle. En Belgique, cette formule existe aussi pour les tribunaux de commerce, ainsi que pour les tribunaux et cours du travail.

Les magistrats professionnels de tout le pays pourront poser leur candidature pour la BIBC. Il va de soi qu'ils devront maîtriser l'anglais et disposer de connaissances et d'une expertise solides en droit économique (international) au sens large. Les conseillers près la Cour de cassation ne pourront pas siéger à la BIBC, car les parties à un jugement de la BIBC pourront se pourvoir en cassation.

Pour ce qui est des juges consulaires, il est prévu de désigner des experts anglophones de premier plan en droit commercial international. Des avocats, professeurs d'université et juristes d'entreprise belges ou même étrangers peuvent être retenus.

Les candidats magistrats professionnels et juges consulaires qui seront sélectionnés, seront nommés auprès de la BIBC et figureront sur une liste qui sera publiée au niveau national et international. Le but est d'informer les parties potentielles et de contribuer à la réputation internationale de la BIBC. Cette liste sera valable pour une période de cinq ans.

Il ne faudra pas confondre le Président de la BIBC avec le magistrat professionnel qui présidera le siège dans une affaire spécifique. En effet, le Président de la BIBC ne siègera pas lui-même dans des affaires concrètes mais, en tant que chef de corps, il sera responsable du bon fonctionnement de la cour. Par ailleurs, il constituera le siège pour chaque affaire concrète qui sera soumise à la BIBC. Dans ce cadre, il veillera à une répartition équitable des affaires et à la disponibilité, l'expertise et l'expérience des présidents et des juges consulaires. Contrairement à ce qui peut se

faire dans l'arbitrage, les parties ne pourront donc pas participer à la composition du siège.

En ce qui concerne la présidence, un lien privilégié est prévu avec un autre tribunal belge spécialisé, la Cour des marchés. Cette dernière entend les recours contre les décisions des régulateurs des marchés, tels que l'Autorité belge de la concurrence ou la *Financial Services and Markets Authority* belge. Le Président de la BIBC sera toujours issu de la Cour des marchés.

3.3. L'anglais, langue de procédure

Étant donné que la procédure se déroule entièrement en anglais, il est logique que les présidents et les juges consulaires disposent d'une connaissance approfondie de l'anglais. De plus, la BIBC sera régulièrement amenée à appliquer le droit étranger. Dans de nombreux cas, des sources importantes ne seront disponibles qu'en anglais.

L'expertise exigée en matière de droit commercial international garantit de facto que les candidats (internationaux) qui se présenteront maîtriseront l'anglais. Si ce n'était pas le cas, ils ne passeraient pas le cap de la sélection.

3.4. Compétence de la BIBC

Comme son nom le laisse entendre, la BIBC aura son siège à Bruxelles, mais elle sera compétente pour l'ensemble du territoire belge. Elle statuera en premier et dernier ressort dans des litiges internationaux entre entreprises. Concrètement, trois conditions cumulatives devront être remplies afin que la BIBC soit compétente.

Premièrement, une procédure devant la BIBC est toujours volontaire. Les parties doivent s'accorder entre elles pour soumettre leur différend à la BIBC. Cet accord peut découler d'une clause d'élection de for préalable ou d'un consentement des parties en vue d'un renvoi après la naissance du litige.

Deuxièmement, il doit toujours s'agir d'un litige entre entreprises.

Troisièmement, la contestation doit présenter un élément étranger. La définition de la notion d'extranéité repose en grande partie sur la loi-type CNUDCI. Ainsi, un différend

est qualifié d'*international* lorsqu'un des critères suivants est rempli : (i) les parties sont établies dans des Etats différents, (ii) une partie substantielle des obligations ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit sont situés hors de l'état dans lequel les parties sont établies, (iii) les éléments pour résoudre le litige se trouvent en droit étranger, (iv) le lien juridique entre les parties contient suffisamment d'éléments objectifs indiquant qu'une langue autre qu'une des langues nationales officielles (à savoir le français, le néerlandais ou l'allemand) était habituellement utilisée. Le but est manifestement d'éviter le *forum shopping* à l'intérieur de la Belgique.

Il va de soi que les matières qui relèvent des compétences exclusives des autres tribunaux et cours belges ne peuvent être soumises à la BIBC. Ainsi, les procédures en matière de faillite restent par exemple de la compétence exclusive des tribunaux de commerce belges.

3.5. La CNUDCI comme cadre de référence

La procédure de la BIBC est régie par un ensemble de règles particulières qui sont en grande partie reprises de la loi-type de la CNUDCI.² Cette loi-type est jugée appropriée pour la procédure de la BIBC parce qu'elle recherche l'équilibre entre les systèmes juridiques continentaux et anglo-saxons pour le règlement des litiges commerciaux. Elle est avant tout axée sur l'arbitrage, de sorte que quelques adaptations y seront apportées pour son application aux procédures de la BIBC.

Cette reprise de la loi-type de la CNUDCI signifie dans la pratique que les dispositions du Code judiciaire belge ne s'appliqueront pas sauf si on le prévoit explicitement. Une exception importante a trait notamment au droit d'exécution. Ainsi, la saisie et l'exécution des décisions de la BIBC resteront soumises au régime du code judiciaire belge. Par ailleurs, le pourvoi en cassation reste ouvert aux parties. En cas d'annulation d'une décision de la BIBC par la Cour de cassation, l'affaire sera renvoyée à la BIBC autrement composée.

Comme indiqué plus haut, la BIBC statuera toujours en premier et en dernier ressort. Ce choix est légitime au vu de l'expertise

exigée, du caractère volontaire du choix de la juridiction et de l'objectif d'efficacité recherché.

3.6. Financement

Le fil rouge du projet est l'exigence que la BIBC soit neutre sur le plan budgétaire.³ Les coûts de la BIBC ne peuvent être à la charge des ressources – déjà limitées – de l'appareil judiciaire existant. Cela signifie que le coût réel de la procédure de la BIBC sera intégralement supporté par les parties. Elles paieront un droit d'inscription substantiel et forfaitaire.

Cette rétribution couvrira les coûts, et plus particulièrement les frais de déplacement des juges consulaires.

4. Conclusion

Bien que la BIBC soit encore à l'état de projet, il est évident qu'un tribunal commercial anglophone performant serait intéressant non seulement pour

les entreprises, mais aussi pour Bruxelles comme centre important pour le règlement des litiges internationaux.

Une justice spécialisée comme la BIBC s'adresse à une niche contentieuse, les litiges commerciaux internationaux. Il n'est pas question de concurrencer les juridictions belges mais d'offrir une juridiction spécialisée pour cette niche internationale. Il s'agit de mieux utiliser les compétences juridiques présentes à Bruxelles et d'offrir une juridiction hybride complémentaire aux tribunaux ordinaires et à l'arbitrage.

La BIBC par une jurisprudence prévisible, rapide et spécialisée dans les affaires commerciales internationales, générera un prestige et une attractivité accrue pour Bruxelles à l'étranger. La Banque mondiale souligne qu'une jurisprudence efficace, indépendante et prévisible améliore le climat d'entreprise et a une influence positive sur la prospérité d'un pays.⁴ Une BIBC performante apportera

donc une contribution utile et positive à l'infrastructure judiciaire belge.⁵

Philippe Lambrecht,
*Administrateur – secrétaire général,
Fédération des Entreprises de Belgique*

Erik Peetermans,
*Juriste d'Entreprise,
Fédération des Entreprises de Belgique*

1. The Economist, Foreign Jurisdictions try to lure legal business from London, 31 août 2017.

2. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) avec les amendements adoptés en 2006. Disponible sur : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

3. Note de politique générale du ministre de la Justice du 8 novembre 2017, Doc. Parl. Chambre, 2708/029, p. 49.

4. World Development Report 2017: Governance and the Law. Disponible sur : <http://www.worldbank.org/en/publication/wdr2017>

5. Texte achevé le 15 mars 2018.

Follow us on social networks!

Union Internationale des Avocats



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



Stay updated with our latest news on Facebook



Follow our events as they are happening on Twitter



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



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



Litigation Notes on Bitcoin and Other Cryptocurrencies

I Dalton W. McGRATH

Cryptocurrency is evolving and with that, a plethora of legal issues are likely to arise. That will undoubtedly create the requirement for courts to apply not only new remedies to address claimed wrongdoings related to cryptocurrency transactions but, in addition, the use and expansion of existing remedies.

What is Bitcoin?

Bitcoin is perhaps the most widely known cryptocurrency. In 2009, Bitcoin was created as an open-source, peer-to-peer digital currency, meaning the control and computer code is open to public view, transactions do not require a third-party intermediary and it's electronic, with no physical manifestation. The Bitcoin system is private, without any central controlling person or entity. The network is completely decentralized, with all parts of transactions performed by system users. While Bitcoin offers users the advantages of lower transaction costs, long-term protection of loss of purchasing power from inflation and increased privacy, it also has a number of disadvantages, including uncertain security from theft and fraud.

Challenges and Remedies for Litigants

While Bitcoin transactions do not involve a third-party intermediary, the peer-to-peer interaction between the buyer and seller is not completely anonymous. Rather, the identities of the buyer and seller are encrypted, although no personal information is transferred from one party to the other. There is, however, a transaction record that is maintained on the public ledger. While anti-money laundering laws and Bitcoin exchanges may require the collection of personal data of customers, thereby limiting the system's ability to maintain the user's privacy, identifying potential defendants who are claimed to have engaged in theft or fraud will continue to be challenging.

Litigants attempting to enforce rights and address wrongful behaviour face obstacles including the difficulty in identifying potential defendants and the international nature of the transactions, which raises many jurisdictional issues. At least two equitable remedies already exist, which could be flexibly applied to this evolving business.

Norwich Orders

Canadian and other commonwealth courts have used broad interim equitable remedies to achieve pre-action discovery, the preservation of evidence and the freezing of assets in appropriate circumstances in flexible and evolving ways. One existing remedy is the equitable bill of discovery known as the Norwich order requiring third parties to disclose information to the party obtaining the order.

The principles of Norwich orders have been applied to identify wrongdoers, to trace funds and assets and to assist prospective plaintiffs in determining whether a cause of action exists. The evolution of the remedy has focused on the extension and development of the "full information" portion of the relief as opposed to simply discovering the identity of the claimed wrongdoer. Such relief has been granted to assist in tracing funds fraudulently misappropriated together in aid of many other remedies. Norwich orders, being an elastic tool of equity, will no doubt assist in the ever evolving area of remedies available for claims involving cryptocurrency transactions.

Injunctive Relief

Another equitable remedy available is injunctive relief. The Supreme Court of Canada (SCC) in *Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.* held that a Canadian court can potentially grant an injunction enjoining conduct anywhere in the world, particularly where the impugned conduct is occurring online and globally, such as on the Internet.

The SCC also held that injunctive relief can be ordered against somebody who is not a party to the underlying lawsuit, even if the third parties themselves are not guilty of wrongdoing. In such circumstances, those third parties can potentially be subject to interlocutory injunctions. The ultimate question for a Canadian court is whether granting the injunction would be just and equitable in all the circumstances of the case.

There is no doubt that there is much jurisprudence to be developed relating to the remedies available to users of cryptocurrencies including Bitcoin, however, one can expect that the existing equitable remedies of Norwich orders and injunctions will be instruments used by litigants in attempting to enforce rights and address claimed wrongdoings arising from those transactions.

This article is an opportunity for our colleagues across the Union International des Avocats to follow up and let us know of experiences encountered, that will help us build our knowledge and legal resources concerning Bitcoins and cryptocurrencies. The invitation is open

Dalton W. McGRATH, Q.C., FCI Arb.
Blakes
Calgary, Canada
dalton.mcgrath@blakes.com

Juriste International : editorial policy

The aim of Juriste International is to offer a forum for discussion and information on issues of interest to practising lawyers throughout the world.

Juriste International will not avoid difficult or controversial issues. A journal which covered only the safe or easy issues, or which only published articles expressing the consensus view or the opinions of the majority, would not be worth reading.

The views expressed in articles in Juriste International are the views of the authors. Publication in Juriste International does not imply that either the UIA or Juriste International shares or supports those views. Publication or dissemination of advertising or promotional material does not indicate endorsement or support of any product, service, person or organisation by the UIA or Juriste International.

Juriste International : politique éditoriale

L'objectif du Juriste International est d'offrir un forum de débats et d'informations sur des sujets qui intéressent les juristes en exercice dans le monde entier.

Le Juriste International n'esquivera pas les questions délicates ou controversées. Une publication qui ne viserait que des sujets faciles et sans risques ou qui ne publierait que des articles exprimant des opinions unanimes ou majoritaires ne vaudrait pas la peine d'être lue.

Les opinions exprimées dans le Juriste International ne reflètent que celles de leurs auteurs. La publication dans le Juriste International n'implique ni que l'UIA ni que le Juriste International partagent ou soutiennent ces opinions.

La publication ou la dissémination de matériel publicitaire ou promotionnel par le Juriste International n'indique en aucun cas l'approbation des produits, services, personnes ou organisations par l'UIA ou par le Juriste International.

Juriste International : política editorial

El objetivo de Juriste International es el de ofrecer un fórum de debate e información sobre temas que interesan a los juristas en ejercicio en el mundo entero.

Juriste International no eludirá las cuestiones delicadas o controvertidas. No valdría la pena leer una publicación que trate únicamente sobre temas fáciles y sin riesgo, o que publique tan sólo artículos que expresen opiniones unánimes o mayoritarias.

Las opiniones expresadas en Juriste International son sólo el reflejo del punto de vista de sus autores. Su publicación en Juriste International no implica que la UIA o Juriste International comparta o apoye dichas opiniones.

La publicación o distribución de material publicitario o promocional en Juriste International no indica en ningún caso la aprobación de los productos, servicios, personas u organizaciones por parte de la UIA o de Juriste International.

JURISTE INTERNATIONAL

UIA PUBLICATION / PUBLICATION DE L'UIA / PUBLICACIÓN DE LA UIA

Publication Director / Directeur de la Publication / Director de la Publicación
President Pedro PAIS DE ALMEIDA

Union Internationale des Avocats (UIA)

20, rue Drouot,
75009 Paris (France)

Tel. +33 | 44 88 55 66 - Fax. + 33 | 44 88 55 77

E-mail : uiacentre@uianet.org

Site Web : www.uianet.org

ISSN : 0758-2471

EDITORIAL TEAM / ÉQUIPE DE REDACTION / EQUIPO DE REDACCIÓN

Nicole VAN CROMBRUGGHE,

Chief Editor / Rédacteur en Chef / Redactor Jefe

Barbara GISLASON,

Deputy Chief Editor / Rédacteur en Chef Adjoint / Redactor Jefe Adjunto

Franco VILLA,

Deputy Chief Editor / Rédacteur en Chef Adjoint / Redactor Jefe Adjunto

Section Directors / Directeurs de rubriques / Directores de sección

UIA News / Actualités de l'UIA / Novedades de la UIA

Paolo LOMBARDI

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

Carlos FATÁS MOSQUERA ⇔ Gustavo SALAS RODRÍGUEZ

The Legal Profession / La Profession d'Avocat / La Abogacía

Francis GERVAIS ⇔ Pierluca DEGNI

Legal Practice / Pratique du Droit / Ejercicio de la Abogacía

Marc GALLARDO MESEGUER ⇔ Gavin LLEWELLYN

Correspondent for Young Lawyers / Correspondante Jeunes Avocats /

Corresponsal Jóvenes Abogados

Christoph OERTEL

Editorial Assistant / Secrétaire de Rédaction / Secretaria de Redacción

Marie-Pierre RICHARD

ADVERTISING SALES AGENCY/ RÉGIE PUBLICITAIRE / AGENCIA DE MEDIOS

SEEP - Régis LAURENT

7, rue du Général Clergerie - 75116 Paris - France - Tél. : +33 | 47 27 50 05

seep@wanadoo.fr

Typesetting and printing / Composition et impression / Composición e impresión

Evoluprint - Parc Industriel Euronord - 10 rue du Parc

CS 85001 Bruguières - 31151 Fenouillet Cedex

Circulation - Distribution / Tirage - Distribution / Tirada - Distribución

3 000 exemplaires / copies / ejemplares

Photos credit / Crédit photos / Crédito fotos

Cover: © Shutterstock

Page 1: © Shutterstock / Page 2 (upper & lower): © Shutterstock / Page 10 (upper & lower): © UIA

Page 17: Val d'Europe agglomeration / Page 22 (upper & lower): © Shutterstock

Page 34 (upper & lower): © Shutterstock/ Page 42 (upper & lower): © Shutterstock

Page 70 (upper & lower): © Shutterstock.



larcier group

www.larciergroup.com

Les incontournables pour votre métier

Droit de la famille

Droits français,
européen, international
et comparé

Marie Cresp
et Marion Ho-Dac

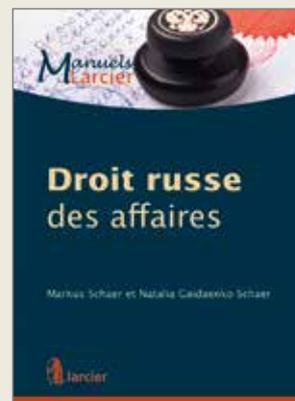
Édition 2018 - 1146 p.
90,00 €



Droit russe des affaires

Markus Schaer
et Natalia Gaidaenko Schaer

Édition 2018 - 916 p.
60,00 €



Revue internationale des services financiers / International Journal for Financial Services

Pauline Pailler
et Régis Vabres

4 numéros par an
Abonnement 2018 :
200,00 €

Achat au numéro possible



Revue européenne et internationale de droit fiscal / European and International Journal of Tax Law

Thierry Lambert

4 numéros par an
Abonnement 2018 :
200,00 €

Achat au numéro possible



Commandez en ligne sur www.larciergroup.com



Frais de livraison gratuits
pour le Benelux



Paiement
100% sécurisé



Traitement de votre commande
dans les plus brefs délais

INFORMATIONS ET COMMANDES

ELS Belgium s.a.
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

