

2018.2

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

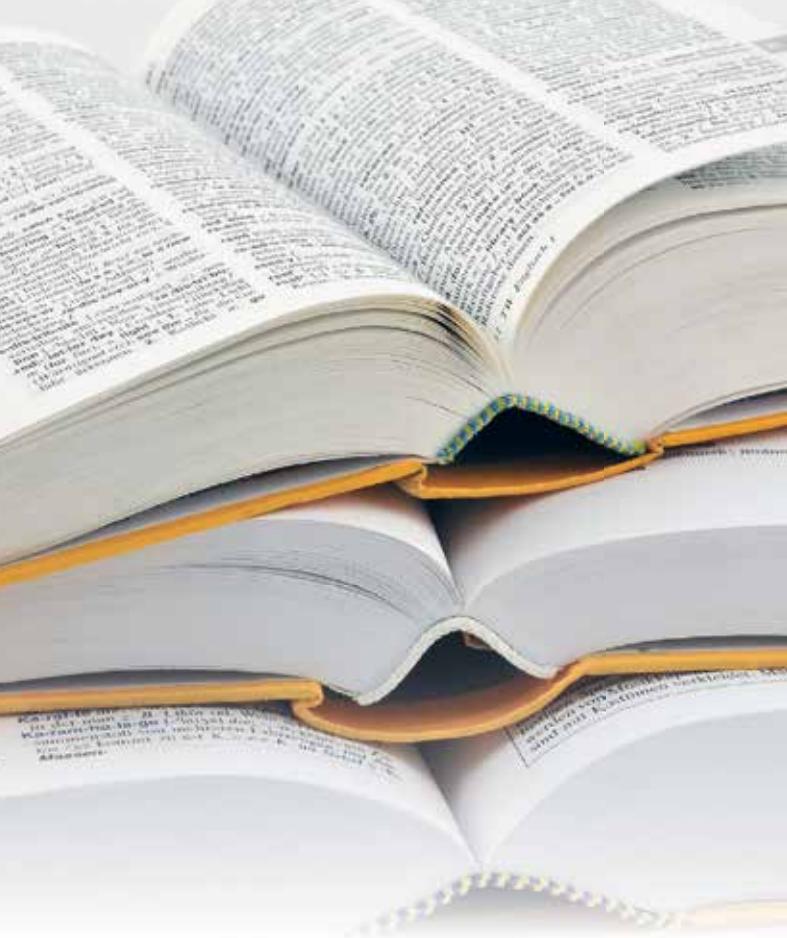


Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados

**Special issue on the 2018
UIA Congress in Porto**

**Special Issue on
Transitional Justice**

 **LexisNexis®**
GLOBAL LEGAL SOLUTIONS PREMIER SPONSOR



L'excellence en Traduction et Interprétation



**Professional Translators
and Interpreters**

Specialists In Legal
and Financial Translation



**Traducteurs et Interprètes
Professionnels**

Spécialistes de la Traduction
Juridique et Financière



**Traductores y Intérpretes
Profesionales**

Especialistas en Traducción
Jurídica y Financiera

Quelques références : Présidence de la République, Ministère de la Justice,
Conseil d'Etat, Conseil National du Notariat, Ecole Nationale de la Magistrature,
Cabinets d'Avocats, Cabinets Conseil en Organisation, ...



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

La UIA en Bilbao 11 Milano (also) Means Fashion 12 62nd Congress in Porto 14

Human Rights and Protection of Lawyers | Droits de l'Homme et de la Défense | Derechos Humanos y de la Defensa | 20

What is Transitional Justice? 21 Comment se négocient les politiques de pardon 24 Justice transitionnelle - Spécificité et contradictions 30 Transitional Justice: a Concept with Universal Applicability 33

The Legal Profession | La Profession d'Avocat | La Abogacía | 36

L'avocat demain 37 GDPR and its Impact on Lawyers 38 The Lawyers' Role in the Fight Against Money Laundering and Terrorist Financing 42 Avenir de l'avocat 46 U.S. Law Firms Employ Technology to Respond to Changing Client Expectations 48

Legal Practice | Pratique du Droit | Ejercicio de la Abogacía | 50

Designation of Origin of Food Products and Trade Marks: Uneasy Bedfellows 51 Food Based Country of Origin Litigation in the United States 53 Novedades en la protección del menor: implantación de la figura del coordinador parental en España 56 El divorcio Europeo 57 Participation des citoyens à l'aménagement du territoire local : la démocratie et l'approbation référendaire 60 A Glimpse into Electronic Filing in Germany – The BeA-Desaster 63 The Italian Public Compensation Scheme for Victims of Terrorism: Highlights of a Pioneer Regime 65 La información en el contexto de la venta de una empresa: el disclosure 70 Dawn of the Indian Insolvency & Bankruptcy Era 71 Limites à l'interférence de l'Union européenne dans les systèmes pénaux de chaque Etat membre 76 La prochaine réforme du code des sociétés en Belgique 80



Editorial





President's Editorial

Time to register!

I **Pedro PAIS DE ALMEIDA**



Why you should come to Porto:

I. To increase your legal knowledge on cutting edge legal topics

During the Porto UIA Congress, we will have 40+ commissions and working groups sessions that will provide cutting edge legal content in different practice areas with comparative legal backgrounds, as well as two main themes:

- Legal Practice in the Digital Era

Some believe that lawyers are on the verge of extinction, as we are gradually being replaced by computers. Studies indicate that up to 35% of lawyers' tasks could be automated. Among the tasks that could most certainly be automated we have legal research, which could be most helpful for litigation purposes, but also legal document drafting and review. This will create more commoditized legal services and hopefully improve broader access to justice. One may or may not agree with the automation percentage mentioned above, but it should be clear to all that artificial intelligence (AI) is on the rise and will inevitably impose numerous changes on the practice of law, affecting all lawyers, whether established as sole practitioners or as law firms. The use of AI, cloud based software, big data and voice recognition technology allows for new ways of providing legal services. Having this in mind, it is important to establish an effective international regulatory structure that could regulate legal and technical expertise for the legal profession, independently of it being carried out directly by lawyers or robots, as this may end up being the only way to truly protect individual rights of citizens around the world and to defend the core values of our legal systems.

- Legal Challenges of Modern Day Slavery

Some might believe that slavery ended with its abolition in the 19th century, but slavery

is still present today in every corner of the world. Among other forms, modern day slavery ranges from forced prostitution and forced labour, to debt bondage, human trafficking, descent-based slavery, child slavery, forced or early marriage, and forced organ removal. Latest estimates from the International Labour Organisation show that in 2016, approximately 40.3 million people were the victims of modern slavery, distributed as follows: (i) 24.9 million people subjected to forced labour; and (ii) 15.4 million people living in a forced marriage to which they had not consented. To a degree, there is a lack of awareness on the issue of modern day slavery. Most people think it doesn't happen in their country, but it does. Victims of modern day slavery should be incentivized to come forward and talk about the crimes they have suffered. Also, they should be protected and not be afraid to come forward – even if they have been trafficked from another country and are technically illegal immigrants, making them afraid to denounce their case to local authorities. It is very important to have procedures in place to ensure victims are granted with special legal treatment, and on the other hand, States should be liable for allowing such crimes to occur within their borders.

What can lawyers do to help tackle this problem?

They should contact their local bar associations and form groups of lawyers that could act on a pro-bono basis to represent the victims of modern day slavery and help them to legalize their possible illegal immigration status, and above all, get compensation for the suffering they have endured.

2. To network with lawyers worldwide

In the globalization era that we are living, our Clients' business and their legal needs no longer have borders. Lawyers must

have the right connections in order to offer international coverage to their practice. UIA is represented in 110 countries around the world, and has three working languages – English, French and Spanish – so it is the right platform to establish valuable professional contacts.

3. To enjoy life and the UIA spirit

The city of Porto is famous for the Douro River and its wine. The Congress Center of the Porto Customs House (Centro de Congressos da Alfândega do Porto) is located in the historic city centre of Porto, along the Douro riverside. The old Porto Customs House is a vast construction built by the French architect Jean Colson in the mid-19th century, which was completed in 1879.

The social highlights of our Porto Congress will include: An opening ceremony and welcome cocktail at the Casa da Música, a building dedicated to music that was designed by the Dutch architect Rem Koolhaas, which has become a symbol of modern Porto; an informal reception at Quinta dos Barões and the Gala dinner at the Palacio da Bolsa (Stock Exchange Palace), one of the most iconic monuments in Porto that was built in the second half of the 19th century.

I am sure that our Porto Congress shall offer an unforgettable experience to all our colleagues and their families.

Pedro PAIS DE ALMEIDA
President of UIA

Editorial du Président

Il est temps de vous inscrire !

I Pedro PAIS DE ALMEIDA



Pourquoi devriez-vous venir à Porto ?

I. Pour renforcer vos connaissances de sujets juridiques de pointe

Pendant le Congrès de l'UIA à Porto, nous aurons plus de 40 commissions et groupes de travail qui offriront un contenu juridique avancé dans différents domaines de la pratique du droit en se basant sur une analyse comparative du droit, ainsi que deux thèmes principaux :

- La pratique juridique à l'ère numérique

Certains croient que les avocats sont en voie d'extinction car ils sont progressivement remplacés par les ordinateurs. Les études indiquent que jusqu'à 35 % des tâches réalisées par les avocats pourraient être automatisées. Parmi celles qui pourraient certainement être automatisées, on trouve : la recherche juridique, qui pourrait s'avérer très utile pour cas de contentieux, la rédaction de documents juridiques et leur réexamen, pour n'en citer que quelques-unes. Cela créera des services juridiques plus banalisés et, espérons-le, améliorera l'accès à la justice. On peut ou non être d'accord sur le pourcentage d'automatisation mentionné ci-dessus, mais il faut que tous comprennent clairement que l'intelligence artificielle (IA) est en hausse et imposera inévitablement de nombreux changements à la pratique du droit, ce qui aura un impact sur tous les avocats. L'utilisation de l'IA, des logiciels basés sur le cloud, de la technologie Big Data et de la reconnaissance vocale offre de nouvelles façons d'offrir des services juridiques. Cela étant, il est important de mettre en place une structure réglementaire internationale efficace qui puisse réguler l'expertise juridique et technique pour la profession d'avocat, indépendamment du fait qu'elle soit directement exécutée par des avocats ou par des robots, car cela pourrait être le seul moyen de véritablement protéger les droits individuels des citoyens du monde entier et de défendre les valeurs fondamentales de nos systèmes juridiques.

- Les défis juridiques de l'esclavage moderne

Certains pourraient croire que l'esclavage a pris fin avec son abolition au 19^e siècle, mais l'esclavage est toujours présent aujourd'hui dans tous les coins du monde. Entre autres formes, l'esclavage moderne va de la prostitution forcée et du travail forcé à la servitude pour dettes, au trafic d'êtres humains, à l'esclavage fondé sur l'ascendance, à l'esclavage des enfants, au mariage forcé et précoce et au prélèvement forcé d'organes. Les dernières estimations de l'Organisation internationale du travail montrent qu'en 2016, environ 40,3 millions de personnes étaient victimes de l'esclavage moderne, réparties comme suit : (i) 24,9 millions de personnes soumises au travail forcé ; et ii) 15,4 millions de personnes au sein d'un mariage forcé auquel elles n'avaient pas consenti. Dans une certaine mesure, il y a un manque de sensibilisation sur la question de l'esclavage moderne. La plupart des gens pensent que cela n'existe pas dans leur pays, mais il y existe. Les victimes de l'esclavage moderne devraient être encouragées à se manifester et à parler des crimes qu'elles ont subis. En outre, elles devraient être protégées et ne pas avoir peur de se manifester – même si elles ont été victimes de la traite à partir d'un autre pays et sont techniquement des immigrants illégaux, ce qui fait qu'elles sont trop effrayées pour dénoncer leur cas aux autorités locales. Il est très important d'avoir des procédures en place pour garantir que les victimes bénéficient d'un traitement juridique spécial et, d'un autre côté, les États devraient être tenus responsables d'avoir laissé se produire de tels crimes sur leur territoire.

Que peuvent faire les avocats pour s'attaquer à ce problème ?

Ils devraient contacter leurs barreaux locaux et former des groupes d'avocats qui pourraient agir comme bénévoles pour représenter les victimes de l'esclavage moderne et les aider à régulariser leur statut d'immigration illégale et, surtout, obtenir une

compensation pour les souffrances qu'elles ont subies.

2. Réseautage avec des avocats du monde entier

A l'ère de la mondialisation dans laquelle nous vivons, les activités de nos clients et leurs besoins juridiques ne sont plus sujets aux frontières. Les avocats doivent être dotés de relations appropriées afin d'offrir une couverture internationale à leur pratique. L'UIA est représentée dans 110 pays à travers le monde et dispose de trois langues de travail : l'anglais, le français et l'espagnol. C'est donc la bonne plate-forme pour établir de précieux contacts professionnels.

3. Profiter de la vie et de l'esprit de l'UIA

La ville de Porto est célèbre pour le fleuve Douro et ses vins. Le centre des congrès d'Alfândega de Porto (*Centro de Congressos da Alfândega do Porto*) est situé dans le centre historique de Porto, le long des rives du Douro. L'Alfândega (ancienne douane de Porto) est une vaste construction bâtie par l'architecte français Jean Colson au milieu du 19^e siècle, qui fut achevée en 1879. Les points forts des activités sociales de notre congrès de Porto comprendront : une cérémonie d'ouverture et un cocktail de bienvenue à la Casa da Música (un bâtiment dédié à la musique conçu par l'architecte néerlandais Rem Koolhaas), devenu un symbole du Porto moderne ; une réception informelle à la Quinta dos Barões et le dîner de gala au Palacio da Bolsa (Palais de la Bourse), l'un des monuments les plus emblématiques de Porto, construit dans la seconde moitié du 19^e siècle.

Je suis sûr que notre Congrès de Porto sera une expérience inoubliable pour tous nos confrères et leurs familles.

Pedro PAIS DE ALMEIDA
Président de l'UIA

Editorial del Presidente

¡Es hora de registrarse!

I Pedro PAIS DE ALMEIDA



¿Por qué debe venir a Oporto?

I. Para profundizar sobre temas jurídicos punteros

Durante el Congreso de la UIA en Oporto, tendremos más de 40 sesiones de comisiones y grupos de trabajo que aportarán los conocimientos jurídicos más avanzados en distintas áreas prácticas basándose en un análisis comparativo del derecho, así como dos temas principales:

- La práctica jurídica en la era digital

Algunos creen que los abogados están al borde de la extinción, ya que los ordenadores nos van sustituyendo poco a poco. Los estudios indican que el 35% de las tareas de los abogados podrían automatizarse. Entre las tareas que muy probablemente podrían automatizarse está la investigación jurídica, lo que resultaría muy útil para los litigios, así como la elaboración y revisión de documentos jurídicos, por mencionar solo algunas. Esto redundará en una homogeneización de los servicios jurídicos y con suerte incrementará el acceso a la justicia. Podemos estar de acuerdo o no con el porcentaje de automatización precitado, pero todos deberíamos ser conscientes de que la inteligencia artificial (IA) está en auge, e impondrá inevitablemente numerosos cambios en el ejercicio del derecho que afectarán a todos los abogados. El uso de la IA, el software en la nube, los big data y la tecnología de reconocimiento de voz abren nuevas vías para la prestación de servicios jurídicos. Con esto en mente, es importante establecer una estructura normativa internacional eficaz que pueda regular los conocimientos jurídicos y técnicos de la abogacía, tanto si son abogados como robots los que los aplican directamente, ya que puede terminar siendo la única forma de proteger realmente los derechos individuales de los ciudadanos de todo el mundo y defender los principales valores de nuestros sistemas jurídicos.

- Los retos jurídicos frente a las formas modernas de esclavitud:

Algunos quizás crean que la esclavitud terminó con su abolición en el siglo XIX, pero lo cierto es que a día de hoy sigue habiendo esclavitud en todos los rincones del planeta. Entre otras formas, las formas de esclavitud van en la actualidad desde la prostitución forzada y el trabajo forzado, hasta el tráfico de seres humanos, la esclavitud basada en la descendencia, la esclavitud infantil, los matrimonios precoces y forzados y la extirpación forzada de órganos. Las últimas estimaciones de la Organización Internacional del Trabajo muestran que en 2016 aproximadamente 40,3 millones de personas fueron víctimas de formas modernas de esclavitud, distribuidas de la siguiente manera: (i) 24,9 millones de personas fueron obligadas a realizar trabajos forzados; y (ii) 15,4 millones de personas vivían en matrimonios forzados a los que no habían dado su consentimiento. En cierto modo, existe un gran desconocimiento del problema de la esclavitud moderna. La mayoría de la gente piensa que en su país no existe, pero la hay. Se debería animar a las víctimas de las formas modernas de esclavitud a pronunciarse y hablar de los crímenes que han sufrido. Además, se les debería proteger y no deben tener miedo de denunciar, aunque se haya traficado con ellas trayéndolas de otro país y sean técnicamente inmigrantes ilegales, lo que les hace tener miedo de denunciar su caso a las autoridades locales. Es muy importante disponer de procedimientos que permitan dispensar a las víctimas un tratamiento jurídico especial y, por otra parte, los Estados deberían ser responsables de permitir que se produzcan estos crímenes dentro de sus fronteras.

¿Cómo pueden ayudar a solucionar este problema los abogados?

Deben ponerse en contacto con sus asociaciones de abogados locales y formar grupos de abogados que actúen de manera desinteresada para representar a las víctimas de esclavitud en la actualidad y ayudarles a

legalizar su situación como inmigrantes y, sobre todo, que reciban una compensación por el sufrimiento que han padecido.

2. Para establecer redes con abogados de todo el mundo

En la era de la globalización en que vivimos, los asuntos de nuestros clientes y sus necesidades jurídicas ya no tienen fronteras. Los abogados deben contar con los contactos adecuados para ofrecer una cobertura internacional en su trabajo. La UIA está representada en 110 países de todo el mundo, y tiene tres idiomas de trabajo – inglés, francés y español –, por lo que es la plataforma adecuada para establecer unos contactos profesionales fructíferos.

3. Para disfrutar del ambiente y el espíritu de la UIA

La ciudad de Oporto es famosa por el río Duero y por su vino. El Centro de Congressos da Alfandega do Porto se encuentra en el casco histórico de Oporto, en la ribera del Duero. Se trata de la antigua Aduana de Oporto, un gran edificio construido por el arquitecto francés Jean Colson a mediados del siglo XIX, que se terminó de construir en 1879. Los eventos sociales del Congreso de Oporto incluirán: Una ceremonia de inauguración y un cóctel de bienvenida en la Casa da Música, diseñada por el arquitecto holandés Rem Koolhas, que se ha convertido en todo un símbolo del Oporto moderno; una recepción informal en la Quinta dos Barões y la cena de gala en el Palacio da Bolsa, uno de los monumentos más emblemáticos de Oporto que se construyó en la segunda mitad del siglo XIX.

Estoy seguro de que nuestro Congreso de Oporto será una experiencia inolvidable para todos nuestros compañeros y sus familias.

Pedro PAIS DE ALMEIDA
Presidente de la UIA

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

■ **Nicole VAN CROMBRUGGHE**

In this issue, we are continuing with our plan to highlight a specific subject by devoting several articles to it, which enables us to give you more than a brief overview of the subject. This time, we decided to take up a subject that falls under the section of "Human Rights and Protection of Lawyers", namely that of transitional justice.

As you know, transitional justice was one of the main themes at our Toronto Congress, and those of you who participated in this event will remember the enthralling discussions it led to. A term first introduced in the 1990s, in the aftermath of the Cold War, "transitional justice" refers to a concept that is far from static, resulting in the assumption that after a conflict, peace and security can only be restored if the war crimes and crimes against humanity perpetrated during the war have been dealt with in depth. The Nuremberg Trials were one of the first steps in this direction. The same holds true for the truth commissions established in Latin America in the 1980s. Transitional justice, which relies in particular on memory work, is a complex process, harbouring both the potential for conflicts and opportunities. Although transitional justice has been conceived on the basis of psychoanalytical models and although, since Freud, we know that speaking out can be a source of healing, the context in which it has been set is, however, very far from being that of a psychoanalytical remedy. There is no question here of a patient agreeing to "saying everything out loud" in an enclosed and secure environment, in front of a therapist – someone who is "supposed to know" – in whom he agrees to place his trust. On the contrary, transitional justice calls for publicity and the creation of environments in which you can speak out is not aimed at a liberating catharsis, which could be a source of healing. Does this type of justice really make it possible to achieve the objectives it sets itself: reconciliation and pacification of the social fabric? Some doubt it and even call it a failure. In fact, it is only a tool and, as such, its effectiveness depends on its users and the purposes

pursued. It seems to me that it is in this sense that we must interpret the criticism against it, which underlines the perverse effects of this tool being used in the service of authorities seeking to establish newly acquired powers. Here too, our profession has a crucial role to play.

We had devoted much of our previous edition to LegalTech, given the challenges this technological development is forcing on our profession, significantly moving brands on many levels and requiring our attention and vigilance. Projects to "modernize" our profession are emerging, and if we are not careful, we may well see our destinies falling into the hands of others rather than ours. If we do not concern ourselves with these projects, the sustainability of what we consider to be the core values of our profession could be compromised, along with our ability to play the role of a counter-power, which is so important for real democracy. However, there is no question either of being disdainful of new technologies and what they can contribute in terms of efficiency. It is clear that efforts to adapt to them need to be made, especially for the generations who were not born with these tools at their fingertips, but even so, is it necessary to balk at what nonetheless constitutes a major progress? Moreover, our clients will call us to order, if necessary. This is why we have ensured that several articles in the section on the "Legal Profession" are once again devoted to the changes we have to deal with.

Finally, the section on the "Legal Practice" has not been forgotten. The topics are varied and will allow you to browse through the news in several areas of law. It would be impossible to quote all the contributions here, but let us refer to a few: Bruno Miclano's article on the limits imposed by the Court of Justice on the Union's interference in its members' criminal justice system, the contributions of Stefano Dindo and Michael Reese in the field of food law and Patrick De Wolf on the modernization of company law in

Belgium. (In this respect, it is safe to say that regardless of my nationality, we will still hear about legislative changes in Belgium, as this country is currently witnessing an unprecedented fever of reforms – some will underscore the resolutely modernizing line they follow.) Furthermore, we are particularly pleased to welcome the article that one of our young colleagues, Ashu Takur, has devoted to India's insolvency and bankruptcy law, and we are also happy to publish several articles in Spanish in this issue. We would like to be able to do this more often – as linguistic diversity is one of UIA's characteristics, although it may sometimes lead to difficulties. So, Spanish-speaking colleagues, do pick up your quills (or rather your keyboard!).

To conclude, I would once again like to thank each of the members of the editorial board, particularly Barbara Gislason, who has resolutely continued to provide us with active assistance despite adverse circumstances, as well as Marie-Pierre Richard and Anne-Marie Villain.

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

Message du rédacteur en chef

I Nicole VAN CROMBRUGGHE

Dans ce numéro, nous poursuivons notre projet de mettre en exergue un sujet spécifique en lui consacrant plusieurs articles ce qui nous permet de vous en donner plus qu'un bref aperçu. Nous avons décidé cette fois de retenir un thème qui s'inscrit dans la section « Droits de l'Homme et de la Défense », à savoir celui de la justice transitionnelle.

Vous le savez, la justice transitionnelle constituait un des thèmes principaux lors de notre Congrès de Toronto et ceux d'entre vous qui ont participé à ces travaux se souviendront des débats passionnants auxquels elle a donné lieu. Terme apparu pour la première fois dans les années 1990, au lendemain de la Guerre Froide, la 'justice transitionnelle' désigne un concept qui est loin d'être statique et qui se traduit par la supposition qu'après un conflit, il n'est possible d'instaurer la paix et la sécurité que si les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité qui ont été commis ont été traités en profondeur. Le Procès de Nuremberg a constitué un des premiers jalons dans cette direction. Il en va de même des commissions de la vérité créée en Amérique Latine dans les années '80. La justice transitionnelle, qui repose notamment sur un travail de mémoire, est un processus complexe, recélant tout à la fois potentiel conflictuel et opportunités. Même si la justice transitionnelle a été pensée sur base des modèles psychanalytiques et si depuis Freud, l'on sait que la parole peut être source de guérison, le contexte dans lequel elle s'inscrit est toutefois fort éloigné de celui de la cure psychanalytique. Il n'est pas ici question d'un patient acceptant de 'se dire' dans un lieu clos et sécurisé devant un thérapeute, cet être 'supposé savoir', auquel il accepte d'accorder sa confiance. Tout au contraire, la justice transitionnelle requiert qu'il y ait publicité et l'ouverture des espaces de paroles ne vise pas une catharsis libératrice, qui pourrait être source de guérison. Ce type de justice permet-il réellement de réaliser les objectifs de réconciliation et de pacification du tissu social qu'elle se fixe ? Certains en doutent

et parlent même d'échec. En réalité, il s'agit d'un outil et en tant que tel, son efficacité dépendra de son utilisateur et des fins qu'il poursuit. C'est d'ailleurs en ce sens, me semble-t-il, qu'il faut entendre les critiques exprimées qui soulignent les effets pervers d'une utilisation de cet outil au service d'autorités qui cherchent à asseoir un pouvoir fraîchement acquis. Ici aussi, notre profession a un rôle crucial à tenir. Nous avions consacré une grande partie de notre édition précédente aux LegalTech, compte tenu des défis posés à notre profession par cette évolution technologique qui fait sensiblement bouger les marques à de nombreux niveaux et requiert notre attention et notre vigilance. Des projets visant à 'moderniser' notre profession voient le jour et si nous n'y prenons pas garde nous pourrions bien voir nos destinées prises en mains par d'autres que nous. Si nous ne préoccupons pas de ces projets, la pérennité de ce que nous considérons comme les valeurs essentielles de notre profession pourrait se voir compromise de même que nos moyens de jouer ce rôle de contre-pouvoir, si important pour qu'il soit réellement question de démocratie. Cela étant, il n'est pas question non plus de faire la moue devant les nouvelles technologies et ce qu'elles peuvent nous apporter en termes d'efficacité. Il est clair qu'un effort d'adaptation sera requis, en particulier de la part des générations qui ne sont pas nées avec ces outils au bout des doigts mais faut-il pour autant renâcler devant ce qui n'en constitue pas moins un progrès majeur ? Au demeurant, les clients nous rappelleront à l'ordre, le cas échéant. C'est pourquoi nous avons veillé à ce que plusieurs articles de la section « Profession d'Avocat » soient une fois encore consacrés aux évolutions auxquelles nous avons à faire face.

Enfin, nous n'avons pas oublié la rubrique « Pratique du Droit ». Les sujets traités sont divers et vous permettront de parcourir l'actualité de plusieurs domaines du droit. Impossible de les citer toutes les contributions. Epingleons l'article de Bruno Micolano sur les limites posées

par la Cour de Justice à l'interférence de l'Union dans le système pénal de ses membres, les contributions de Stefano Dindo et de Michael Reese en matière de droit alimentaire, ou encore celle de Patrick De Wolf sur la modernisation du droit des sociétés en Belgique. (A cet égard, gageons qu'indépendamment de ma nationalité, nous entendrons encore parler de modifications législatives intervenues en Belgique, dans la mesure où ce pays connaît actuellement une fièvre réformatrice – certains en souligneront la ligne résolument modernisatrice - sans précédent.) Nous sommes par ailleurs particulièrement heureux d'accueillir l'article qu'une de nos jeunes consœurs, Ashu Takur, consacre au droit indien de l'insolvabilité et de la faillite et c'est également avec bonheur que nous publions dans ce numéro plusieurs articles en langue espagnole. Nous aimeraisons pouvoir le faire plus souvent : la diversité linguistique de l'UIA est l'une de ses richesses, même si elle est aussi, parfois, source de difficultés. Confrères de langue espagnole, à vos plumes (ou plutôt à vos claviers !) donc.

Pour terminer, une fois encore, je tiens à remercier chacun des membres du comité de rédaction, et en particulier Barbara Gislason qui a résolument continué à nous apporter un concours actif en dépit de circonstances défavorables, ainsi que Marie-Pierre Richard et Anne-Marie Villain.

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

Mensaje del Redactor Jefe

I Nicole VAN CROMBRUGGHE

En este número continuamos con nuestro propósito de dar visibilidad a un tema concreto dedicándole varios artículos, lo cual nos permite ofrecer a nuestros lectores una breve visión general. Esta vez hemos seleccionado un tema que se enmarca en la sección «Derechos Humanos y de la Defensa»: la justicia transicional.

Como ya saben, la justicia transicional fue uno de los temas principales de nuestro Congreso de Toronto y aquellos de ustedes que participaron en los trabajos recordarán los acalorados debates a los que dio lugar. La “justicia transicional”, término acuñado en los años noventa tras la Guerra Fría, designa un concepto que no es ni mucho menos estático y se traduce por la suposición de que, tras un conflicto, solamente se puede instaurar la paz y la seguridad si se han tratado en profundidad los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad cometidos. El Proceso de Nuremberg constituyó uno de los primeros hitos en esta dirección, así como las comisiones de la verdad creadas en América Latina en los años ochenta. La justicia transicional, que se basa sobre todo en un trabajo de memoria, es un proceso complejo, que presenta tanto un potencial conflictivo como oportunidades. Aunque la justicia transicional fue concebida sobre la base de los modelos psicoanalíticos y desde Freud se sabe que la palabra tiene un poder curativo, el contexto en el que se enmarca está muy lejos de la cura psicoanalítica. En este caso no hay un paciente que acepta «hablar» en un lugar seguro, a puerta cerrada, ante un terapeuta, esa persona que “se supone que sabe” y en el que deposita su confianza. Al contrario, la justicia transicional, que requiere que se dé publicidad y se abran espacios para hablar, no busca una catarsis liberadora capaz de curar. ¿Este tipo de justicia permite realmente cumplir los objetivos de reconciliación y pacificación del tejido social que se fija? Algunos lo dudan e incluso hablan de fracaso. En realidad, se trata de una herramienta y, como tal, su eficacia dependerá de su usuario y de los fines que

persiga. De hecho, en este sentido, creo que hay que escuchar las críticas expresadas que subrayan los efectos perversos del uso de esta herramienta al servicio de autoridades que buscan fundamentar un poder recién adquirido. Aquí también, nuestra profesión tiene un papel crucial que desempeñar.

Una gran parte de nuestra edición anterior la dedicamos a las LegalTech, teniendo en cuenta los retos que plantea para nuestra profesión esta evolución tecnológica que conlleva cambios sensibles a muchos niveles y requiere una atención muy meticulosa por nuestra parte. Están surgiendo proyectos orientados a “modernizar” nuestra profesión y si no tenemos cuidado, podríamos ver nuestro destino en manos de otros. Si no nos preocupamos por estos proyectos, la perennidad de lo que consideramos los valores esenciales de nuestra profesión podría tambalearse, al igual que nuestra forma de desempeñar este papel de contrapoder, tan importante para que sea realmente democrático. En estas condiciones, tampoco es cuestión de dar la espalda a las nuevas tecnologías y las posibilidades que nos brindan para mejorar la eficacia. Está claro que será necesario un esfuerzo de adaptación, concretamente por parte de las generaciones que no nacieron con estas herramientas, pero ¿hay que resistirse a lo que constituye sin duda un avance importante? En última instancia, los clientes nos lo exigirán cuando sea necesario. Por eso hemos querido dedicar varios artículos de la sección «Abogacía» a las evoluciones a las que tenemos que hacer frente.

Por último, no hemos olvidado la sección “Ejercicio de la Abogacía”. Los temas tratados son diversos y les permitirán repasar la actualidad de varios ámbitos del derecho. Resulta imposible citar aquí todas las contribuciones. Tomemos el artículo de Bruno Micolano sobre los límites establecidos por el Tribunal de Justicia sobre la interferencia de la Unión en el sistema penal de sus miembros, las contribuciones de Stefano Dindo y

Michael Reese en materia de derecho alimentario o la de Patrick De Wolf sobre la modernización del derecho de sociedades en Bélgica. (En este sentido, podemos estar seguros de que independientemente de mi nacionalidad, todavía oiremos hablar de las modificaciones legislativas introducidas en Bélgica, en la medida en que este país atraviesa actualmente una fiebre reformista sin precedentes; algunos destacarán incluso su línea marcadamente modernizadora.) Nos alegra especialmente recibir el artículo que una de nuestras compañeras, Ashu Takur, dedica al derecho indio de insolvencia y quiebras y nos complace también publicar en este número varios artículos en español. Nos gustaría hacerlo más a menudo: la diversidad lingüística de la UIA es uno de sus puntos fuertes, a pesar de que a veces sea también motivo de dificultades. Así que, compañeros hispanohablantes, tomen la pluma (o, mejor dicho, el teclado).

Para terminar deseo dar las gracias a todos los miembros del comité de redacción, y en particular a Barbara Gislason, que ha seguido aportándonos vigorosa y activamente su ayuda aun en circunstancias desfavorables, así como a Marie-Pierre Richard y a Anne-Marie Villain.

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



UIA News

Actualités de l'UIA

Novedades de la UIA





La UIA en Bilbao

Arbitraje internacional, perspectivas actuales

■ José PAJARES ECHEVERRÍA

Los días 20 y 21 de abril celebramos en Bilbao (España) la 2^a edición sobre "Arbitraje Internacional, Perspectivas Actuales" bajo el patrocinio, de nuevo, del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya y de la Corte Civil y Mercantil de Madrid (CIMA) y la colaboración en su comunicación de Iberian Lawyer.

Seminario que a pesar de no haber transcurrido un año natural de su primera edición volvió a constituir un éxito de participación, tanto de asistentes, como de ponentes, quienes nuevamente mostraron que no solo es atrayente la materia sino también que los árbitros cada vez tienen más que decir en la resolución alternativa de los conflictivos.

No debo dejar de significar que muchos de ellos no son miembros de la UIA, por lo que el mérito de convocarlos a un acto de nuestra organización se debe a la gran repercusión que en el mundo del arbitraje ha adquirido este seminario.

Es – y seguirá siéndolo, como luego diré – una ocasión propicia para conocer mejor el Arbitraje, ser más conscientes de su eficacia, rapidez y seguridad jurídica y para de este modo poder aconsejar a los clientes acudir a las Cortes arbitrales.

Esta 2^a edición ha supuesto un nuevo reto para la UIA que se ha superado con creces y que ha comprometido una 3^a edición en el próximo año 2019, de manera que si no se ha tenido ocasión de asistir a ninguno de los anteriores se ha de aprovechar en el siguiente.

El arbitraje es tan amplio como lo son las materias que se someten a enjuiciamiento de forma que las mesas que se prepararon abordaron multitud de asuntos, a cual más interesante.

De todas ellas quiero destacar algunas, que despertaron gran interés antes, durante y mucho más después de su desarrollo, hasta el punto de considerar que en la próxima edición se deberán tratar menos temas, más monográficos y profundos pues da la

sensación que en todas las mesas quedaron muchas cosas por decir, lo que por lo demás ya sucedió en el seminario de 2017.

Pero antes de ello ha de destacarse mucho el gran esfuerzo, y colaboración desinteresada del colegio de abogados de Vizcaya, sobre todo este año que ha tenido que atenderlo una semana antes de su evento más importante en este año cual fue el Congreso de la Abogacía Vizcaína.

Y qué decir de la Corte Civil y Mercantil de Madrid que sigue patrocinando este evento y aporta a verdaderos sabios en el mundo del arbitraje, muchos de ellos miembros de esa prestigiosa Corte. Sus enseñanzas, proximidad y disposición no pueden ignorarse nunca.

Es difícil no acordarse de los ponentes y asistentes que vinieron de fuera de Europa y, tampoco, del almuerzo que finalizado el seminario nos ofreció Urquiza de Palacio en su casa, todo un referente en la zona.

Este año el seminario comenzó con un magnífico coctel de bienvenida en las instalaciones de Uría & Menéndez en Bilbao que además de su contenido nos permitió visionar Bilbao desde la altura de la Torre Iberdrola, todo un placer para la vista.

He indicado antes que destacaría las mesas que me parecieron más interesantes ya que no es posible hacerlo de todas por la propia extensión de este reportaje. Y ello sin olvidar la presentación de María Vicen Milburn que nos instruyó sobre los 60 años de Tratado de Nueva York.

El arbitraje y la jurisdicción abrió un escenario enorme de reflexión entre los procedimientos judiciales y los arbitrales y el encaje, o no, de cada uno de los en la Constitución Española lo que conllevó un debate enriquecedor y una exposición de los ponentes de verdadera cátedra.

El arbitraje visto desde dentro de las empresas también nos dio referencias

desconocidas, pues se suelen decantar por este remedio alternativo cuando no confían del sistema o proceso judicial en algún país.

Y el arbitraje deportivo fue la perla del seminario porque su materia es la única que se practica con las mismas reglas en todo el orbe de aquí que su regulación legal mediante el arbitraje sea la única forma de resolver sus conflictos.

Resta disculpar la ausencia comprometida de los tres Presidentes de Honor españoles y del Presidente electo por diversas razones ajenas a ellos, y agradecer la de nuestro actual Presidente Pedro País de Almeida quien participó activamente en el seminario y también el la cena que se organizó en la Bilbaína.

En definitiva, un magnífico Seminario, unos magníficos anfitriones y unos grandes sponsors, pero mucho más un enorme trabajo sobre el arbitraje que nos ha de animar a asistir al próximo seminario a celebrar en 2019.

José PAJARES ECHEVERRÍA
Presidente del Comité Nacional Español
de la UIA
Pajares & Asociados Abogados desde 1958,
S.L

Zaragoza, España
josepajares@pajaresyassociados.com



Milano (also) Means Fashion



■ **Fabio MORETTI
& Gavin LLEWELLYN**



On September 14, the UIA Fashion Law Commission, together with the Contract Law and the Intellectual Property Law Commission, will hold a seminar on: "The Evolution of Fashion from Past Heritage towards the Digital Future – Intellectual Property, Contractual and Corporate Issues".

The purpose of the seminar is to focus on a very specific side of the fashion sector and, consequently, of the legal issues involved: how the tradition and heritage of fashion brands is used to develop the business for the future.

It is obvious that times are changing fast and all industries have to adapt to such

challenging technological advances, including fashion. In this regard, the fashion industry has seen extraordinary changes in the last two decades, including the globalisation and digitalisation of the sector. Indeed, the advance of e-commerce in the fashion industry is unstoppable. Some of the latest statistics published show worldwide revenue expected to rise from \$481.2 billion in 2018 to \$712.9 billion by 2022¹.

The technological evolution of the fashion industry is not only about globalisation and e-commerce. Many new technologies will also impact on the way fashion businesses operate nowadays including, but not limited

to, cloud computing, 3-D printing and, amongst many others, blockchain. This is just the beginning. As Benjamin Franklin once said: "When you're finished changing, you're finished".

However, although it is true that in life it is essential to have wings, it is sometimes even more important to have roots, particularly in the world of fashion. Consumers expect brands and fashion houses to maintain their essence, image and spirit despite the passage of time and the irruption of new technologies.

This difficult balance between preservation of heritage and implementation of new



technologies is the subject matter of our unique seminar.

As it is traditional in UIA seminars, the evening before the event we will hold a welcome cocktail for all the participants. This event is a unique opportunity to meet colleagues attending the seminar in an informal and relaxed atmosphere. We could say that it is, in the world of seminars, the typical Italian *aperitivo*, in order to start our engines for the seminar the following day.

The seminar will start with a short welcome speech by the three Commission Presidents, Fabio Moretti, Gavin Llewellyn and Milagros Poal-Manresa.

Then a presentation of Enrico Minio Capucci of Fondazione Roberto Capucci. The audience will see the extraordinary importance of the amazing historical archives of one of the most creative artists and fashion designers and will understand how the iconic "*haute couture*" pieces of Roberto Capucci became a source of inspiration for the whole fashion world.

Subsequently, members of the UIA Contract Law commission will present legal issues related to heritage in fashion and the best contractual approach. In particular Milagros Poal-Manresa will focus on protecting heritage in the internet era and Steve Sidkin on influencers and bloggers. Knowing how to protect the essence of the brand in such greenfield and unknown scenarios is sometimes difficult and providing cutting edge solutions is more than welcome.

Afterwards, Stéphanie De Smedt will explain the challenges of the fashion industry in the field of certification and digitalisation. The

fashion industry has always been considered disruptive on the outside (e.g. the clothing designs) but conservative on the inside (e.g. the design and manufacturing process). Ms. De Smedt will explain how fashion houses are adapting to new technologies without losing their essence.

The corporate issues are also an interesting area to be considered, in particular the role of historical fashion archives in M&A fashion transactions. As we will debate, purchasing a brand is not the same as purchasing a fashion house, including its heritage. This topic will be developed by Gianluca Ghersini and Nino di Bella.

Giuseppe Calabi, the former President of the UIA Art Law Commission, will focus on the legal issues of protecting fashion historical archives, from the perspective of their close connections with the concept of art works. This is an extremely interesting point of view, in particular for countries like Italy and France.

The afternoon will start with a presentation by Vanni Volpi, IP director of Gucci. He will explain how the tradition and iconic designs of Gucci are a constant source of inspiration for the Gucci designers and constitute a fantastic fashion trend tool as well as the link between the past and the future that consumers love. He will review some of the legal issues deriving from this extremely important concept.

Afterwards, the UIA Intellectual Property commission will hold a round table in order to discuss the protection of designs and brands in the field of fashion, particularly in relation to heritage new trends. In

particular, this table will analyse how new technologies are not only a challenge, but also an opportunity for fashion brands to protect their intellectual property rights worldwide. This table will be composed of the experts Gavin Llewellyn, Alain Cléry and Marita Dargallo and Cristina Mesa Sanchez.

The seminar will then reach the final part of the day with a round table on the challenges to heritage in the fashion industry in the era of globalisation. Asia has been seen by many fashion houses as an opportunity for the manufacture of products but also as a risk for the protection of their heritage considering the volume of counterfeit products coming from that part of the world. However, Asian markets have developed intensive intellectual property protection measures in the last decade and fashion consumerism has exploded. This last table will analyse the pitfalls and opportunities that Asia represents for the fashion industry through all the links of the chain (from commodity production until the sale of the finished goods). This table will be composed of Javier Garcia, Toshiki Nishimura and Sajai Singh.

At the end of the day, Jérémie Benoussan will provide the audience with the view of the UIA President of the Privacy and rights of the digital person Commission on the impact of GDPR on the world of fashion.

Afterwards, we will hold a brief debate with all the participants in the seminar.

All in all, our Milano seminar will analyse the cutting edge topics that will affect well-known fashion houses in the next decade. You cannot miss it!

Ci vediamo a Milano.

Fabio MORETTI

President of the UIA Fashion Law Commission
Moretti Burgo
Milano, Italy
milano@morettiburgo.eu

Gavin LLEWELLYN

President of the UIA Intellectual Property
Commission
Stone King LLP.
London, United Kingdom
gavinllewellyn@stoneking.co.uk

I. Source: <https://www.shopify.com/enterprise/ecommerce-fashion-industry>





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

PORTO

October 30 - November 3, 2018

UIA 62nd Congress in Porto
The Event of the Year for the World's Lawyers
Discover Exceptional Networking & Business Opportunities in a Friendly Atmosphere!

Porto is located on the banks of the Douro River in Northern Portugal and is famous for its architecture. The historic centre, with its museums, galleries, numerous restaurants, and stores, was classified as a UNESCO World Heritage Site in 1996.

During your stay in Porto, be sure to visit the Ribeira

district, in the historic heart of Porto, with its colored houses, the Dom Luís I bridge, port cellars, and *rabelos* (traditional boats), as well as the Lello bookstore, which is one of the most beautiful in the world. Do not miss the São Bento Railway Station, which is famous for its *azulejos* (glazed tiles).



Bienvenue à Porto !

Découvrez sur notre chaîne Youtube, UIA – Union Internationale des Avocats, ce qui vous attend à Porto (sessions scientifiques, activités sociales...) ainsi que les messages de bienvenue des Présidents de l'UIA et du congrès, Pedro Pais de Almeida et Pedro Rebelo de Sousa.



El congreso de la UIA, ¿qué es?

Vivan de nuevo los momentos más destacados del congreso de Toronto con este vídeo: sesiones de trabajo, entrevistas de los participantes, veladas...



Scientific Programme and Special Sessions

- More than 30 working sessions
- 8 joint sessions
- 12 special sessions including:
 - International Bar Leaders' Senate
 - Young Lawyers' Session
 - UIA - ABA Session
 - UIA - AIJA Session
 - Regional Forum Sessions
 - Law Firms Speed Dating
 - Session hosted by the Law Society of Hong Kong
- 300 speakers



**Focus on
Networking on
the Opening Day**



More Opportunities for Social Interaction!

We encourage you to attend the “UIA networking day” on the opening day of the Congress! This year, you will have the opportunity to choose between 6 different forum sessions to discuss law and create business contacts. Meet other lawyers with the same regional and language affinities! The programme for this day focuses on the Regional forum sessions:

12.30 pm - 2.00 pm Lunch

2.00 pm - 3.30 pm

- Spanish-Speaking Lawyers' Forum
- Portuguese-Speaking Lawyers' Forum
- French-Speaking Lawyers' Forum

3.30 pm - 5.00 pm

- Latin-American Lawyers' Forum
- Forum of Lawyers from Central and Eastern European Countries
- Arabic-Speaking Lawyers' Forum

6.00 pm

- Congress Opening Ceremony

Main Themes

Esclavage moderne : les défis juridiques

● Mercredi 31 octobre - 9h00 - 12h30

Ce thème traitera de l'esclavage moderne, ses défis et ses implications, en examinant en particulier les questions du travail forcé, de l'esclavage des enfants, de la traite des êtres humains et de la migration.

Les avocats peuvent jouer un rôle multiple dans ce domaine, depuis l'organisation de campagnes contre l'esclavage jusqu'au conseil juridique aux victimes et leur assistance dans la poursuite des trafiquants, en passant par le lobbying en faveur du renforcement des mesures de protection légale des victimes.

Legal Practice in the Digital Era

● Thursday, November 1 - 9.00 am - 12.30 pm

This theme addresses the digital revolution and its challenges for the practice of law.

The use of cloud-based tools, big data, artificial intelligence (AI) and voice recognition technology is expected to improve access to justice and allow for new ways of providing legal services. However, it will also significantly affect the way our profession is structured.

Seeing as these challenges will have a major impact on the direction of our profession over the next decade, now is the time for UIA members to discuss them in detail.

When Litigation and Real Estate Contracts Intersect: A Real Estate Case Study from Negotiation to Litigation
Real Estate / Contract Law / Litigation on November 1

Legal Challenges in Public Procurement: Labour, Administrative and Environmental Aspects
Administrative Law / Environmental Law on October 31

Unmanned Vehicles – Where to Go Without a Driver and Who to Sue?
Insurance / Transport Law / Law of Robotics on November 1

JOINT SESSIONS
This year, several commissions join efforts to foster the debate on hot legal topics accross different areas of the law, such as

Law Firms Strategy, Risk & Compliance Management in the New World: Digitisation, Insurance and Cybersecurity
Management of Law Firms / Tort / Insurance Law on October 31

Fintechs: Risks and Opportunities for the Players in the Financial Market
Banking & Financial Law / Start-Ups & Venture Capital on November 2

What Do the Applications of Gene Editing, Artificial Intelligence and Big Data Bring to the Fields of Life Science, Medical Supply, Food Supply and Environmental Impact?
Biotechnology / Food / Environmental / Health Law on November 2



Congress Social Activities

- Opening ceremony and Welcome Cocktail at *Casa da Música*
- Informal evening with a cocktail dinner at *Quinta dos Barões*
- Gala dinner at *Palácio da Bolsa*
- Closing Ceremony at *Centro de Congressos*
- General Excursion to Guimarães and Braga

Cocktail des femmes de l'UIA

Mercredi 31 octobre - 16h30 - 18h30

Depuis plusieurs années, l'UIA organise ce cocktail qui permet aux femmes avocates de se retrouver pour développer leur réseau d'affaires. Venez nombreuses échanger sur différents thèmes avec vos consœurs et amies !



Jeunes Avocats Vous êtes jeune avocat(e) ?

👤 Informez-vous !



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

- La session spéciale Jeunes Avocats qui traitera des dilemmes éthiques

et pièges récurrents pour les jeunes avocats

- La session conjointe UIA / AIJA qui abordera l'impact de la *blockchain* sur la profession.

⚽ Faites du sport !



Participez à nos activités sportives proposées comme le jogging le long du Douro à Porto et le match de

football, sponsorisé par MundiAvocat, au cours duquel l'équipe de l'UIA affrontera une équipe locale !

😊 Amusez-vous !

Les différentes soirées organisées pourront également vous permettre de rencontrer d'autres jeunes avocats et de développer votre réseau ! Lors de la soirée informelle, un cocktail dînatoire sera organisé au sein d'une cave de vins de Porto au son d'un DJ.

💶 Faites des économies !

Bénéficiez également d'un tarif d'inscription réduit au congrès réservé aux avocats de moins de 35 ans !

Welcome to our First-Time Participants!



Are you a new participant at the UIA congress?

We always take care of first-timers at UIA congresses. The UIA officials will welcome you during a Get-Together Breakfast on the first day of the Congress (Wednesday, October 31, from 8.00 am to 9.00 am). This is an opportunity to network and meet other UIA members who are new participants!

To make sure you receive special attention during this new experience, your accreditation badge will mention that you are a Congress first-timer.

During the congress, if you need more information about the congress and the UIA, Noelia Alonso, in charge of the membership, will be at your disposal at the UIA stand.

Food and Art - First UIA Photography Contest

The Art Law and the Food Law Commissions jointly invite you to enter the first photography contest held by the UIA on the subject of "Food and Art".

Be creative and *gourmand*. Put the spotlight on our food. The 10 best photographs will be selected by a 5-person jury drawn from UIA members and representatives of the city of Porto, and will be exhibited during the Porto Congress. The first prize will be presented at the Gala Dinner.

Each photograph must be sent in digital format (high quality jpeg) before August 31, 2018 to Ms. Judith Bouchardieu at the following address: jb@borghesassocies.fr

Please check page 47 of the Congress registration programme for more information.

Excursion générale Guimarães & Braga

Samedi 3 novembre - 9h00 - 17h00

Vous pourrez découvrir le Palais des Ducs de Bragance et vous balader dans les ruelles piétonnes de la vieille ville médiévale de Guimarães.

Le déjeuner aura lieu à la Pousada Mosteiro de Guimarães, monastère du XII^e siècle transformé en hôtel de luxe surplombant la ville.

La visite se terminera par la découverte de Braga et de l'escalier monumental du *Bom Jesus do Monte*, d'où vous aurez une très belle vue panoramique.

Useful Links:

- www.uianet.org
- www.destinationplus-uia.com
- www.ccalfandegaporto.com

Destination Plus' Suggestions for your Accompanying Persons!

- Porto Walking Tour
- Visit to Graham's Port Lodge
- A Day Trip to the Minho Province
- Visit to the Serralves Foundation and Gardens
- Fado Evening



Retrouvez-nous sur Twitter pour toutes les informations relatives au congrès ! Participez aux débats et aux discussions à l'aide du hashtag #UIAPorto

Vous pouvez aussi avoir accès à toutes les informations sur nos comptes Facebook et LinkedIn.

Registration Fees

Do not miss the early-bird registration fees!

➤ Until July 31, 2018

➤ From August 1 to September 30, 2018

➤ And from October 1, 2018 until registration closes

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

Online registration helps you save time.

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



Visas

Nationals of EU Member States and Swiss nationals do not need a visa for stays of less than three months. However, they must be in possession of a valid National Identity Card or Passport.

Passport holders from countries other than EU Member States or Switzerland should consult the Ministry of Foreign Affairs website, which lists the countries whose citizens do not require a visa for short stays. If, on the contrary, you are a citizen of a country that is subject

to the visa obligation, please contact the Portuguese embassy or consulate in your country of residence in order to obtain a visa:

http://www.secomunidades.pt/vistos/index.php?option=com_content&view=article&id=175&Itemid=151&lang=en

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





Human Rights and Protection of Lawyers

Droits de l'Homme et de la Défense

Derechos Humanos y de la Defensa





What is Transitional Justice?

■ **Fernando TRAVESI**

Transitional justice refers to the ways countries emerging from periods of conflict and repression address large scale or systematic human rights violations so numerous and so serious that the normal justice system will not be able to provide an adequate response.

Transitional justice is rooted in accountability and redress for victims. It recognizes their dignity as citizens and as human beings. Ignoring massive abuses is an easy way out but it destroys the values on which any decent society can be built. Transitional justice asks the most difficult questions imaginable about law and politics. By putting victims and their dignity first, it signals the way forward for a renewed commitment to make sure ordinary citizens are safe in their own countries – safe from the abuses of their own authorities and effectively protected from violations by others.

Mass atrocities and systematic abuses devastate societies and their legacy is likely to make conditions of the country fragile: Political and legal institutions like parliament, the judiciary, the police and the prosecution service may be weak, unstable, politicized, and under-resourced. The violations themselves will have severely damaged whatever confidence might have existed in the state to guarantee the rights and safety of citizens. And communities will often have been ripped asunder in the process and social or political organizations greatly weakened.

Finding legitimate responses to massive violations under these real constraints of scale and societal fragility is what defines transitional justice and distinguishes it from human rights promotion and defense in general.

The Aims of Transitional Justice

The aims of transitional justice will vary depending on the context but these features are constant: the recognition of

the dignity of individuals, the redress and acknowledgment of violations, and the aim to prevent them from happening again.

Complementary aims may include:

- Establishing accountable institutions and restoring confidence in them
- Making access to justice a reality for the most vulnerable in society in the aftermath of violations
- Ensuring that women and marginalized groups play an effective role in the pursuit of a just society
- Respect for the rule of law
- Facilitating peace processes and fostering durable resolution of conflicts
- Establishing a basis to address the underlying causes of conflict and marginalization
- Advancing the cause of reconciliation

"The aims of transitional justice will vary depending on the context but these features are constant: the recognition of the dignity of individuals, the redress and acknowledgment of violations, and the aim to prevent them happening again."

What Does Transitional Justice Look Like?

Because of the numbers of violations and context of societal fragility not every violation will be dealt with as it might be in normal times. Traditionally a great deal of emphasis has been put on four types of "approaches":

- Criminal prosecutions for at least the most responsible for the most serious crimes
- "Truth-seeking" (or fact-finding) processes into human rights violations by non-judicial bodies. These can be varied but often look not only at events, but their causes and impacts.
- Reparations for human rights violations taking a variety of forms: individual, collective, material, and symbolic

- Reform of laws and institutions, including the police, judiciary, military, and military intelligence

These different approaches should not be seen as alternatives for one another. For example, truth commissions are not a substitute for prosecutions. They try to do something different from prosecutions in offering a much broader level of acknowledgment and limiting the culture of denial. Likewise, reform of constitutions, laws, and institutions are not an alternative for other measures but aim directly at restoring confidence and preventing the recurrence of violations.

It is also important to think innovatively and creatively about these approaches and about other possibilities.

"Transitional justice is rooted in accountability and redress for victims. It recognizes their dignity as citizens and as human beings."

For example, truth commissions and fact-finding commissions of inquiry have looked into issues of endemic corruption of prior regimes in a way that did not occur in similar bodies 20 years ago.

In some circumstances, it is possible to take significant steps through commissions and law reform initiatives to address deeper issues of marginalization. For example, law reform initiatives in Sierra Leone significantly improved the legal status of women in the early 2000s. An imaginative attempt in south Yemen to address massive land and property expropriation was cut short due to a resurgence in violence but indicates that even complex land issues can sometimes be addressed in transitional justice contexts.

Comprehensive Transitional Justice

"The political, social and legal conditions in a country will dictate what kinds of things can be done and when."

Not only is it important to think creatively and innovatively about the established ways of addressing massive violations of human rights, there are also important issues to bear in mind that help increase the chances of meeting the aims of transitional justice:

- **Analyzing the context:** The political, social, and legal conditions in a country will dictate what kinds of things can be done and when. It is important to take the time to carry out the necessary analysis, avoid “check-list” or template approaches, and ensure that what is done responds to an informed understanding of the conditions in the country.

- **Getting interventions right:** Because of the constraints of scale and fragility, it will sometimes be prudent not to try to do too many things at the same time. Clearly it will be in the interests of some to seek to use these factors as a way to delay justice measures forever. The “art” of transitional justice is balancing the pursuit of justice in the face of resistance and the risk linked to fragility.

The different ways to address violations and their causes are all complex. They demand time and resources that will be in short supply in many countries. There is no firm guidance that can be given about what should always be done when. What matters is that justice measures are developed in conditions that will make their success more likely, whether that is immediate or over a longer period.

- **Participation:** The opportunity to address massive human rights violations signals a potentially important part in the life of any society. It brings the possibility of openness, new attitudes, and an opportunity to engage sectors of the society, including women and others who have been excluded. The value and sustainability of justice efforts in this context depends significantly on the participation of people beyond political and economic power structures. It means getting beyond elite compacts and vested interests; it requires that victims and others from marginalized groups take part in the determination of how best to redress massive human rights failures to make the future safer for them.

- **Innovation:** While some aspects of transitional justice might be well established, sound analysis can also

lead to thoughtful innovation. It may be that in some circumstances the most meaningful ways of redressing massive human rights violations do not fit with conventional concepts of accountability. For example, in conditions of massive forced displacement, perhaps ensuring safe returns, restoring property, and identifying the fate of the missing should be the initial focus of a human rights approach to dealing with the atrocities and destruction that have occurred. These things might take precedence over the more conventional issues of criminal justice or fact-finding and truth-seeking efforts, but we should be prepared to conceive of such efforts as transitional justice efforts.

Contextual analysis, getting interventions right for that context, and promoting participation and innovation are the elements that underpin the idea of a context-specific approach to transitional justice.

Does Transitional Justice Require a “Transition”?

There can sometimes be unnecessary confusion about whether a country is in a period of “transition” or not, but practically speaking it is not that complicated. The question is whether an opportunity has emerged to address massive violations, even if it is a limited opportunity.

These kinds of opportunities have come up most frequently in and around peace processes seeking to end internal armed conflicts: Parties to negotiations and others involved in the negotiations may seek to incorporate justice issues as part the agreements to end the conflict. Sometimes these reflect the demands of civil society and victims’ groups working on justice issues. Examples include Colombia, Guatemala, El Salvador, Sierra Leone, Democratic Republic of Congo, Liberia, South Sudan, the Philippines, Nepal, and other countries. In some of these cases, the armed conflict has taken place alongside violations of a deeply repressive regime.

New governments replacing repressive regimes may also introduce and support different kinds of justice policies for mass atrocities. Examples include Argentina in the 1980s, Chile and South Africa in the

1990s, and Peru and Tunisia more recently. Other situations that fit less easily into clear categories include Kenya and Côte d’Ivoire: Both saw extensive post-electoral violence costing many lives and displacing huge parts of the populations.

In some situations, the issues of scale and fragility are very clear but the nature of the opportunity is more limited. Examples include Iraq and Syria where conflict continues.

What Difference Do Specific Constraints Make?

All the difference! Efforts to address massive violations will often have to face up to enormous obstacles. Parties with something to fear from justice may still control some or most of the levers of power. The distribution of power will determine much of what can be done. Transitional justice almost always unfolds in deeply polarized societies. Weak institutions may need considerable time and investment before they are able to even begin addressing systematic abuses. Civil society and victims’ groups may be very articulate and organized in some places but disparate and weak in others, with less capacity to put pressure on governments to act or to engage in meaningful ways. The media may lack independence or be polarized, defending specific and divisive narratives. The international community may have a great deal of interest in the country or very little interest. Support and implementation of justice efforts will depend on all of these things and more.

“The distribution of power will determine much of what can be done.”

Where Does the Term “Transitional Justice” Come From?

In the 1990s various American academics coined the term to describe the different ways that countries had approached the problems of new regimes coming to power faced with massive violations by their predecessors.

It was simply a descriptive term. It did not suggest that there was a standard approach

or even common principles, as can be seen from the huge variety of ways different countries did or did not try to address violations.

The term took hold, especially in the United States, due to the great interest in the way former Soviet Bloc countries were dealing with the legacy of totalitarianism.

Has the Idea of Transitional Justice Changed Over the Years?

The term originally described different approaches in different places, not a coherent notion or practice. In the 1990s and 2000s, approaches were developed based on recognition of human rights principles and the insistence that violated rights could not be ignored. Associated with this was the idea of particular kinds of mechanisms, such as prosecutions, fact-finding (or “truth seeking”) inquiries, reparations programs and reform initiatives as the most effective means to give effect to those human rights principles.

Where are we now? Best understood, the practice of transitional justice today is the attempt to confront impunity, seek effective redress, and prevent recurrence, not in the routine application of normative standards, but in the careful and conscious appreciation of the contexts where it is to be done.

What Is Transitional Justice Not?

It is not the way to fix everything that is wrong with society. The long-term social and political struggles for justice and equal opportunities might be assisted by measures of transitional justice but not solved by it.

It is not a particular type of justice like restorative justice, distributive justice, or retributive justice. It is the application of a human rights policy in particular circumstances.

It is not “soft” justice. It is the attempt to provide the most meaningful justice possible in the political conditions at the time. If it is simply an effort to evade meaningful measures of justice, it is sophisticated impunity.

Fernando TRAVESI
Executive Director
International Center for Transitional Justice

(ICTJ)
New York, United States
ftravesi@ictj.org

The International Center for Transitional Justice works for justice in countries that have endured massive human rights abuses under repression and in conflict. It works with victims, civil society groups, and national and international organizations to ensure redress for victims and to help prevent atrocities from happening again.



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.

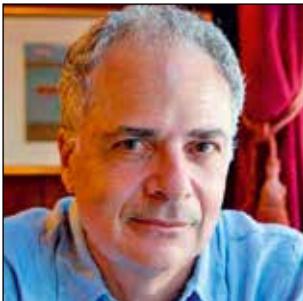
¡El equipo del *Juriste International* le invita
a redactar un artículo!

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@uanet.org
Tel : + 33 1 44 88 55 66
Fax : + 33 1 44 88 55 77



Comment se négocient les politiques de pardon

■ Pierre HAZAN

I. Introduction

« Ni punir, ni pardonner ». Par son efficace clarté, la formule de l'essayiste d'origine allemande, Hannah Arendt, frappe et souligne l'impasse dans laquelle nombre de sociétés se trouvent : que faire des auteurs de crimes si terribles que le châtiment ne serait jamais proportionnel au mal qu'ils ont commis ? Que faire face à ce qui paraît de l'ordre de l'impardonnable ? Difficile de ne pas souscrire à l'affirmation d'Hannah Arendt, mais c'est pour se trouver aussitôt confronté à un choix binaire aussi bien moralement que politiquement insatisfaisant, choix auquel les sociétés en transition ne peuvent pas se soustraire. D'où la multiplication des politiques de châtiment et de pardon dans les sociétés en transition au nom de la « réconciliation » et de la recherche de la « paix et de sécurité ».

Nous nous intéresserons ici à des politiques du pardon, dont l'usage révèle des pratiques très différentes. Comment fonctionnent en effet les politiques de pardon ? À quelle transaction, à quelle contrepartie donnent-elles lieu ? Le repentir est-il obligatoire ? Comment s'articule le lien entre morale, politique et réconciliation ? Entre le pardon individuel et le pardon collectif ? Ce sont ces questions auxquelles nous nous attacherons.

Nous examinerons ici les politiques du pardon dans quatre pays, respectivement la Centrafrique, le Burundi, le Rwanda, l'Afrique du Sud ainsi qu'avec le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Bien entendu, chaque contexte est spécifique. Les guerres civiles en Centrafrique, au Burundi et en ex-Yougoslavie ont peu en commun entre elles, et elles ne sont ni comparables au génocide des Tutsis au Rwanda, ni à la politique d'apartheid en Afrique du Sud. À ces différences de contexte et des violations des droits de l'homme s'ajoute la variété des instruments utilisés. L'Afrique du Sud a opté pour la mise en place d'une commission vérité et réconciliation, alors que c'est le Conseil de sécurité de l'ONU qui a créé le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Last,

but not least, le principe de la Commission vérité en Centrafrique est seulement décidé à l'heure actuelle mais n'existe pas encore, alors qu'au Burundi, le 3^e mandat du Président a déclenché une crise violente en mai 2015 qui remet en cause la capacité de la Commission vérité et réconciliation à accomplir son mandat. Mais par-delà les différences, ce qui frappe, c'est la malléabilité de la notion de pardon, qui ne se comprend qu'en lien avec les buts politiques poursuivis.

II. Centrafrique : des crimes que l'on peut à la fois punir et pardonner

Du 4 au 11 mai 2015 s'est tenu le Forum national de Bangui en Centrafrique. Il visait à extraire le pays d'une crise qui l'a plongé dans un épouvantable bain de sang, les Nations Unies n'hésitant pas à décrire un an plus tôt, la situation comme « pré-génocidaire » dans un contexte d'effondrement de l'État. Aux terribles violences infligées par les milices Sélékas qui se sont emparées du pouvoir en 2013 ont répondu, une année plus tard, celles égales sinon pires des milices anti-balakas : les premières s'en prenaient à la majorité chrétienne, les secondes à la minorité musulmane. Le point culminant de violence était atteint en décembre 2013 quand des centaines de musulmans furent massacrés en quelques jours dans le ghetto dit du « Point kilomètre cinq », le « PK5 ».

C'est donc dans le contexte d'un État déletérale, soutenu à bout de bras par la communauté internationale et par les forces armées des Nations Unies, de l'Union européenne et des troupes françaises, que s'est tenu le forum qui rassemblait les chefs de milices qui s'affrontaient il y a peu de temps encore, des victimes, des jeunes, des associations de femmes, des représentants de la société civile et des personnalités religieuses. Très rapidement, la question du pardon émerge en séance plénière et dans la Commission dédiée aux questions de justice et de réconciliation. Prenant le micro, des responsables de milices s'excusent pour les

crimes qu'ils ont commis et des hommes et des femmes accordent leur pardon, bien que leurs enfants ou d'autres membres de leur proche famille aient été assassinés et qu'eux-mêmes aient été victimes de violences. J'étais bien davantage intrigué par l'octroi du pardon si facilement, si généreusement donné par les victimes, que par le repentir des responsables des groupes armés.

2.1 L'intrigant pardon des victimes

Pour ces derniers, leur repentir formulé en termes généraux était sans doute de l'ordre du pardon stratégique : peut-être, voulaient-ils ainsi limiter le risque de poursuites, voire espérer se légitimer à nouveau aux yeux de leurs concitoyens dans la perspective de l'ouverture d'un nouveau chapitre de la vie politique centrafricaine. En revanche, le pardon des victimes était intrigant d'autant que simultanément, à une écrasante majorité, l'assemblée décida de renoncer à toute amnistie pour les auteurs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Une décision, certes, conforme au droit international, mais peu habituelle en République centrafricaine, où les amnisties étaient jusqu'ici la règle. En quelques mots qui sonnèrent comme un slogan dans la salle de l'Assemblée nationale de Bangui, une intervenante résuma le sentiment prédominant : « Oui au pardon, non à l'impunité ! ».

Dès lors, comment combiner dans le même temps l'octroi du pardon et la nécessité du châtiment ? Comment dépasser cette contradiction ? La réponse fut donnée par plusieurs intervenants, ainsi que par l'archevêque de Bangui, Monseigneur Dieudonné Nzapalainga. Elle fut on ne peut plus simple. Comme l'affirma une femme victime : « le pardon est une puissance qui libère ».

Ainsi, nombre (mais de loin pas toutes) de victimes affirmèrent renoncer à se faire elles-mêmes justice. Elles opéraient une disjonction entre la sphère privée et la sphère publique. D'une part, elles voulaient se libérer de la haine envers leur

tortionnaire, dont elles pressentaient que celle-ci risquait d'emprisonner leur énergie dans une éternelle volonté de revanche, perdant ainsi la maîtrise de son destin. Elles percevaient le pardon comme une étape quasi-obligée d'une reconstruction psychologique. Si les victimes renonçaient volontairement à exercer une vengeance privée, elles demandaient en revanche à l'État de sanctionner les auteurs de ces crimes.

2.2 Un pardon qui n'oblète pas la nécessité du châtiment

C'est dire qu'en l'espèce, le pardon n'obliterait en aucune manière la nécessité du châtiment. Tout au contraire, dans le temps des travaux de la Commission justice et réconciliation, puis en réunion plénière du forum de Bangui, le pardon et le châtiment ont relevé de deux sphères clairement distinctes : la sphère privée où la victime peut – si elle le souhaite – pardonner, et la sphère publique, qui reste chargée de châtier les criminels. D'où le très large consensus qui se dégagea lors du forum national de Bangui pour que les autorités centrafricaines continuent de collaborer avec la Cour pénale internationale (CPI), qu'elles mettent sur pied une Cour pénale spéciale pour sanctionner les chefs de milice qui échapperait aux poursuites de la CPI, ainsi que pour reconstituer l'appareil judiciaire. Tout en acceptant par ailleurs la création d'une Commission vérité et réconciliation et de comités locaux de médiation.

L'exemple centrafricain lors du Forum national de Bangui en mai 2015 témoigne de la disjonction radicale entre le pardon qui peut être accordé entre la famille de la victime (ou la victime elle-même) et l'auteur des crimes, pour autant que par ailleurs, justice soit rendue par un tribunal national ou international. Dès lors, la forte formule d'Hannah Arendt évoquant des crimes si graves qu'on ne peut « ni les punir, ni les pardonner » se trouve renversée : ces crimes peuvent être à la fois punis et pardonnés.

III. L'injonction de l'État burundais aux victimes : pardonner

Dans les accords de paix d'Arusha de décembre 2000 qui mirent fin à la terrible guerre civile

qui fit 300 000 morts, les belligérants ont acté le principe de créer un tribunal spécial pour sanctionner les auteurs des crimes internationaux et de créer parallèlement une Commission vérité et réconciliation (CVR). En dépit des pressions des Nations Unies et de la communauté internationale, il faudra attendre quatorze ans pour que la CVR soit officiellement créée, et que le Parlement désigne en décembre 2014, 11 commissaires – dont six personnalités religieuses – amenés à siéger dans la commission.

Le mandat de la CVR est d'élucider toutes les violations des droits politiques, économiques et sociaux majeures commises depuis l'indépendance en 1962 jusqu'à la fin de la guerre civile en 2008, d'identifier leurs auteurs, de cartographier les fosses communes et de prendre des mesures pour procéder à des inhumations dignes, et de publier nommément « la liste des victimes, qui ont accordé leur pardon, ainsi que celle des auteurs qui ont bénéficié de ce pardon ». Quant au tribunal spécial, lui aussi prévu par les accords d'Arusha, les autorités l'ont repoussé à des temps ultérieurs, bien qu'en 2008 des consultations populaires faites par les autorités burundaises et les Nations Unies avaient montré que 68 %

repentir. C'est le sens de l'article 64 des statuts de la Commission vérité et réconciliation :

« Dans l'objectif d'un rapprochement et d'une réconciliation entre les victimes et les présumés auteurs, la Commission élabore une procédure par laquelle les victimes peuvent accorder le pardon aux auteurs qui le demandent et expriment des regrets. »

Notons ici que la Commission était censée intervenir à plusieurs titres : d'abord, en fixant le cadre politique dans lequel le repentir et le pardon peuvent s'exprimer par les parties concernées et par là même, accorde la légitimité, ou devrait-on dire, la bénédiction de l'État. Ensuite, la Commission devait déterminer précisément la procédure pour que cette transaction symbolique repentir/pardon intervienne, elle-même s'en portant garante. Enfin, la lecture des statuts de la Commission laisse entendre – sans que cela soit formellement dit – que la justice de l'État n'a dès lors aucun rôle à jouer puisque la réconciliation entre la partie lésée et la partie criminelle est intervenue. Tout laisse suggérer que le pardon/repentir qui s'est produit au niveau individuel est ensuite reconnu par la collectivité. La sanction pénale n'ayant plus à s'exercer.

[...] Comment combiner dans le même temps l'octroi du pardon et la nécessité du châtiment? Comment dépasser cette contradiction ?

des personnes interrogées estimaient que les auteurs de violations graves des droits humains devaient être jugés.

3.1 Nouveau cycle de violence

Depuis mai 2015, un nouveau cycle de violence s'est emparé du Burundi, dès que le chef de l'État a fait connaître son intention de briguer un troisième mandat présidentiel. Ce qui est contraire aux accords d'Arusha et a été dénoncé par les Nations Unies, les gouvernements occidentaux et l'opposition burundaise. La Commission a malgré tout continué à exister, mais se trouve bien en peine d'accomplir le mandat qui lui avait été attribué. Mais poursuivons l'analyse du dispositif du pardon, car il est révélateur d'un pardon mis en scène par l'État qui incite les victimes à pardonner et les criminels à se

Cette lecture « amnistante » de l'article 64 – même si le mot d'amnistie ne figure pas dans les statuts de la CVR – est renforcée par la lecture des travaux préparatoires. Le mémorandum du parti au pouvoir, le CNDD-FDD, publié en mai 2007, qui justifie l'octroi de l'amnistie pour « ceux qui se sont confessés » :

« L'octroi de l'amnistie aux auteurs des violations des droits de l'homme qui se sont confessés est un élément de base de la réconciliation nationale. [...] la confession est un prix cher à payer pour avoir la liberté et l'octroi de la liberté est aussi un prix cher à payer pour avoir la confession ». Le mémorandum du parti explique en outre que « le parti CNDD-FDD estime que le pardon mutuel est la voie la mieux indiquée pour garantir la réconciliation nationale et une paix durable. » (...)

3.2 L'État légitime la transaction symbolique repentir et pardon

Ainsi que le souligne le juriste Stefan Vandeginste, le parti établit donc « un lien direct entre la confession, le pardon, la réconciliation et l'opportunité des poursuites des auteurs ». Une approche sans doute encouragée par le chef de l'État lui-même devenu un fervent évangéliste. A la fois, metteur en scène, autorité politique et religieuse et greffier, la Commission vérité légitime la transaction symbolique entre le repentir et le pardon, absolvant au plan collectif l'auteur de l'acte criminel.

Pourtant, les questions relatives à ce dispositif demeurent multiples et pour l'heure sans réponse : s'agit-il, pour reprendre la formule de Jacques Derrida, d'un repentir « pur » ou plutôt d'un repentir opportuniste du criminel ? Quid du libre-choix de la victime ainsi fortement incitée par l'État à accorder son pardon ? Incitation d'autant plus forte que ce n'est pas seulement l'État qui l'y incite, mais aussi certaines Eglises. *Quid* encore de la victime qui refuse d'accorder son pardon ? L'acte criminel semble imputé à un seul individu, mais peut-il rendre compte d'une violence qui fut souvent systémique ?

3.3 La peur des enquêtes pénales

Tout indique qu'au moment où le gouvernement Nkurunziza et, à sa suite, le parlement en 2014, ont décidé de cette approche du pardon, leur impératif était de créer une Commission vérité afin de satisfaire la dernière clause des accords de paix d'Arusha qui n'avait pas été remplie jusqu'ici, outre la création du tribunal spécial. Ce faisant, il s'agissait d'éviter le recours à la justice pénale, car celle-ci était jugée contre-productive par le pouvoir burundais, car risquant de déstabiliser un pays aux équilibres fragiles. Il est vrai que dans ce minuscule pays de 20 000 km carrés, – deux fois plus petit que la Suisse –, une impitoyable guerre civile fit quelques 300 000 morts, dont pratiquement tous les groupes armés, ainsi que l'armée, furent responsables. L'ouverture d'enquêtes pénales pourrait potentiellement concerner une grande partie des leaders actuels, y compris le chef de l'État, qui fut un temps condamné à mort pour crimes de guerre. Cette réticence quant à l'utilisation de la

justice pénale s'est aussi vérifiée par le flou qui subsiste dans les statuts de la CVJR sur la capacité de celle-ci à qualifier les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et les actes de génocide, qui selon le droit de la guerre, devraient rester imprescriptibles et pour lesquels les auteurs devraient, en théorie, être jugés.

IV. Rwanda : le repentir, prix de la libération

Que faire de 120 000 génocidaires présumés ? C'est à cette terrible question que fut confronté le Rwanda après le génocide des Tutsis en 1994. D'où les *gacaca* – la justice sur gazon – et les politiques de repentir qui furent mises en place en 2001. En adoptant la loi portant création de la Commission vérité, les parlementaires au Burundi en mai 2014 n'ignoraient rien de la situation de leur voisin du Nord, le Rwanda, et de la manière dont la question de la répression des auteurs du génocide de 1994 avait été traitée, ni de l'utilisation réservée aux expressions de pardon et de repentir. Ils se trouvaient cependant dans une position plus complexe puisque depuis l'indépendance les massacres entre populations hutues et tutsies au Burundi semblaient s'équilibrer dans une comptabilité macabre. Depuis la fin du génocide au Rwanda et les accords de paix au Burundi en 2000, les deux pays avaient choisi des voies radicalement différentes pour gérer les relations entre les deux grandes communautés qui composaient leur pays.

Les autorités rwandaises, sous la conduite du chef de l'État, Paul Kagame, – dont le mouvement, le Front patriotique rwandais (FPR), avait mis fin au génocide des Tutsis en 1994 –, affirment que le Rwanda est désormais une société post-ethnique. Les références aux origines à l'un ou l'autre groupe n'existent officiellement plus et ont, de fait, disparu des cartes d'identité (et des autres documents officiels). Au Burundi, les accords de paix d'Arusha ont pris le pari radicalement inverse : celui au contraire de reconnaître l'existence de ces communautés et, partant, d'introduire un quota entre les deux groupes (60 % pour les Hutus et 40 % pour les Tutsis) pour les emplois dans la fonction publique et l'armée.

C'est sur cette toile de fond que les autorités rwandaises ont abordé la question de la

sanction des génocides et des expressions de pardon et de repentir. Rappelons que les plus hauts responsables du génocide ont été jugés à Arusha par le Tribunal pénal international des Nations Unies pour le Rwanda, que d'autres encore furent jugés par la justice rwandaise, mais que pendant une dizaine d'années, quelques 120 000 génocidaires présumés furent emprisonnés sans procès au Rwanda. L'évidence suggère qu'il aurait fallu des dizaines, voire des centaines d'années, sinon davantage, pour offrir un procès équitable à une telle masse de prévenus.

4.1 La justice sur gazon

Confrontées à ce génocide pensé par des extrémistes, mais exécuté par des dizaines de milliers de paysans hutus, les autorités rwandaises mirent en place la justice dite « *gacaca* ». C'est-à-dire de recourir aux formes de la justice traditionnelle villageoise pour punir les auteurs de délits mineurs, mais en la revisitant profondément pour faire comparaître et juger les auteurs et complices du génocide de 1994, eux-mêmes classés selon une nomenclature reflétant la gravité de leur crime.

C'est dans le cadre de la loi sur les *gacaca* que les génocidaires sont incités à « recourir à la confession, des plaidoyers de culpabilité, à des expressions de repentirs et de demandes de pardon pour les offenses qu'ils ont commises devant le siège de la juridiction *gacaca* ».

Le plaidoyer de culpabilité doit répondre impérativement aux critères suivants clairement énoncés dans la loi : « *La demande d'excuses est publiquement adressée aux victimes, si elles sont encore vivantes et à la société rwandaise. Pour être reçues au titre d'aveu de plaidoyer de culpabilité, de repentir et d'excuses, les déclarations du prévenu doivent contenir :*

- 1. la description détaillée sur tout ce qui se rapporte à l'infraction avouée, notamment le lieu où elle a été commise, la date, comment elle a été commise, les témoins, les victimes et le lieu où il a jeté leurs corps ainsi que les biens qu'il a endommagés ;*
- 2. les renseignements relatifs aux co-auteurs et aux complices ainsi que tout autre renseignement utile à l'exercice de l'action publique ;*
- 3. les excuses présentées pour les infractions que le requérant a commises. »*

Charge ensuite aux juridictions *gacaca* de « vérifier » le bien-fondé de ces expressions de culpabilité. L'article 72 de la loi sur les *gacaca* prévoit des peines distinctes pour ceux qui expriment une demande de pardon et ceux qui s'y refusent :

« Les accusés appartenant à la première catégorie (NDLR, les crimes les plus graves) qui ont refusé de confesser, de plaider coupable, de se repentir ou de demander pardon, comme stipulé dans l'article 54 de la loi organique, ou ceux dont la confession, le plaider coupable, le repentir ou la demande de pardon ont été rejetés risquent la peine de mort ou l'emprisonnement à vie ». (La peine de mort a été abrogée en 2007).

« Les accusés appartenant à la première catégorie qui ont confessé, plaidé coupable, se sont repentis ou ont demandé pardon, comme stipulé dans l'article 54 de la loi organique, risquent une peine de vingt-cinq (25) à trente (30) ans de prison. »

4.2 L'injonction au repentir

On le voit, les génocidaires ont été fortement incités à exprimer publiquement leur repentir, condition *sine qua non* à voir leur peine réduite considérablement. Ce fut le prix qu'ils durent payer pour se réinsérer immédiatement ou à terme (dépendant de la gravité de leurs crimes) dans la société. Il ne s'agissait pas ici de sonder les cœurs et les motivations des demandes de pardon. Que le repentir soit sincère ou opportuniste n'intéressait pas le législateur rwandais, seul comptait la parole publique venue ainsi valider l'historiographie officielle. D'autant pour que les aveux des repents soient jugés exhaustifs et conduisent donc à leur libération, dans de nombreux cas, ils ont accusé injustement des voisins. Il fallait en effet donner la liste de tous les co-auteurs et complices. Et pour convaincre les juges ou jurés, il fallait donner le maximum de noms possibles. A l'inverse, des leaders religieux ont incité des génocidaires au repentir et des victimes à accorder leur pardon, au risque que ces pardons – tant les demandes que leur octroi – soient superficiels.

4.3 Une justice de vainqueurs ?

Les *gacaca* furent diversement reçus. Les critiques vinrent des deux bords opposés. Ceux qui considèrent avec un certain nombre de rescapés que les génocidaires s'en tiraient finalement à bon compte avec des confessions

de circonstances qui leur permettaient le plus souvent d'obtenir des libérations immédiates, après cependant une dizaine d'années passées en prison. Et d'autres, au contraire, qui estimaient que les *gacaca* étaient une justice de vainqueurs construite par un régime autoritaire et dont les crimes de revanche étaient exclus de la compétence de cette justice sur gazon. En tout état de cause, la demande de repentir assortie aux *gacaca* fut la solution trouvée par les autorités rwandaises pour réinsérer dans la société plus d'une centaine de milliers d'hommes et de femmes qui furent les agents actifs d'un génocide.

V. Ex-Yougoslavie : troquer des aveux contre le retrait des charges

Dans le milieu et la fin des années 1990, un vif débat a divisé les militants des droits de l'homme, portés par deux hommes charismatiques, le président de la CVR sud-africaine, l'archevêque Desmond Tutu, et le président du TPIY, Antonio Cassese. Ce débat a opposé les partisans des commissions vérité aux partisans de la justice pénale internationale. Les premiers, avec l'archevêque Desmond Tutu, mettant

de l'ensemble des chefs d'accusation, de l'un ou de plusieurs de ces chefs, le Procureur prendra tout ou partie des dispositions suivantes devant la Chambre de première instance :

- i) demandera l'autorisation de modifier l'acte d'accusation en conséquence ;
- ii) proposera une peine déterminée ou une fourchette de peines qu'il estime appropriées,
- iii) ne s'opposera pas à la demande par l'accusé d'une peine déterminée ou d'une fourchette de peines.

B) La Chambre de première instance n'est pas tenue par l'accord visé au paragraphe A. »

Cette disposition souvent utilisée dans le droit américain (le *guilty plea*) permet à l'accusé de reconnaître ses crimes et d'exprimer son repentir. En échange de ces aveux et de la demande de pardon assortie, le procès n'a plus lieu de se dérouler. L'accusé y trouve son intérêt : son avocat négocie au préalable avec le bureau du procureur les charges et le montant de la peine que celui-ci va requérir. Les juges ne sont pas formellement tenus d'accepter le produit de cette transaction entre les deux parties, mais en pratique, s'y soumettent. Cette procédure permet de désengorger les tribunaux américains.

Le plaider coupable suscite cependant de profonds questionnements : que penser de cette négociation discrète, sinon secrète, entre l'accusation et la défense, au terme de laquelle les accusations les plus lourdes peuvent être retirées ?

en avant la nécessité du pardon, comme une condition indispensable pour d'abord, éviter un bain de sang, puis construire une nouvelle identité nationale et permettre ainsi les conditions d'un vivre ensemble. Les partisans de la justice pénale mettaient, eux, en évidence la nécessité du châtiment comme condition indispensable pour briser le cycle de la vengeance et de la violence. Approche souvent résumée par la formule « pas de paix sans justice », celle-ci était définie uniquement de manière pénale.

Huit ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, les juges décidèrent d'introduire le plaider coupable en décembre 2001 dans le règlement de procédure et preuve dans l'article 62^{ter}:

« Le Procureur et la Défense peuvent convenir que, après que l'accusé aura plaidé coupable

Critiqué d'innombrables fois pour la lenteur de ses procès (4 ans en moyenne au TPIY), leur prix (10 millions de dollars par procès), la complexité des procédures qui limitent la dimension pédagogique de la justice, le TPIY a trouvé un moyen pragmatique et efficace de répondre à ces critiques, qui offrait à la fois une considérable économie de temps et de ressources, tout en étant formidablement pédagogique : au lieu de procès qui s'éternisent pendant des années, il se réduit à une audience visant à fixer la peine et à la comparution de quelques témoins, puisque l'accusé a reconnu la matérialité des faits reprochés. Quant à la scène des aveux, elle peut être mise en ligne dans une vidéo d'une quinzaine de minutes. L'efficacité médiatique rejoint dans l'esprit du TPIY sa mission profonde, celui d'encourager le processus de réconciliation par le dévoilement de la vérité que le plaider coupable implique.

Le plaider coupable suscite cependant de profonds questionnements : que penser de cette négociation discrète, sinon secrète, entre l'accusation et la défense, au terme de laquelle les accusations les plus lourdes peuvent être retirées ? Que penser ainsi du fait que Bijlена Plavsic, ex-présidente de la Republika Srpska, ainsi que tous les accusés associés aux massacres de Srebrenica qui ont plaidé coupable ont vu la charge du « crime de génocide » être retirée ? Formidable incitation au plaider-coupable ! D'où la grinçante ironie du journal de Sarajevo *Oslobodjene* qui titra : « À qui plaide coupable, génocide est pardonné ». Quant aux accusés associés aux massacres de Srebrenica qui ont refusé le plaider coupable, ils furent condamnés pour crimes ou complicité de crimes de génocide.

Derrière l'économie du procès, la vérité historique gagne-t-elle au plaider coupable ? Ou les aveux ne se limitent-ils pas au strict minimum ? C'est ce qu'en sont venus à penser les juges eux-mêmes dans l'arrêt Nikolic :

« Un procès public lors duquel les deux parties présentent des témoignages et des preuves documentaires permet de brosser un tableau plus complet et détaillé des événements que ne le fait l'accord sur le plaidoyer lequel peut en effet se borner à établir les simples faits allégués dans l'acte d'accusation ou s'accompagner d'un exposé des faits et d'un document par lequel l'accusé reconnaît sa responsabilité. »

Les juges mettent, à raison, le doigt sur le fait que la vérité reconnue peut être très partielle. Ainsi, l'ex-membre de la présidence de la Republika Srpska, Bijlena Plavsic, n'est jamais revenue sur ses déclarations plus virulentes faites durant la guerre, elle n'a pas non plus collaboré dans d'autres affaires du TPIY, ni apporté une lumière sur le fonctionnement du pouvoir au sein de la présidence de la Republika Srpska. Après avoir purgé sa peine (elle a été condamnée à 11 ans de prison), elle est revenue sur ses aveux pour s'en distancer.

Dans le même jugement de Momir Nikolic, les juges eux-mêmes se sont inquiétés d'une dérive du plaider coupable, où, au détriment de l'équité de la justice, les charges les plus lourdes peuvent être retirées comme dans le cas mentionné quelques lignes plus haut :

« Une fois qu'une accusation de génocide a été confirmée, on ne saurait en faire une simple monnaie d'échange dans une négociation. Si l'accord conclu entre le Procureur et l'accusé ne reflète pas la totalité du comportement criminel ou si les chefs d'accusation restants ne reflètent pas la totalité des crimes, on pourra se demander effectivement si justice est faite. (...) »

L'approche utilitariste adoptée par le TPIY se comprend par les fortes pressions exercées par le Conseil de sécurité de l'ONU pour que le Tribunal accélère ses travaux. Mais l'usage du plaider coupable est loin d'avoir apporté les fruits escomptés. Le retrait des charges – souvent les plus lourdes – a été interprété comme une reconnaissance du fait que les crimes ne se sont pas produits ou qu'ils n'ont pas eu la gravité qui leur était prêtée, ou encore comme un déni de justice. Ainsi, les mères de Srebrenica ont exprimé leur colère face à la peine réduite à 5 années de prison infligée à Drazen Erdemovic, membre d'un peloton d'exécution, pour la mort de 70 personnes à Srebrenica. On le voit, le lien entre le plaider coupable et la réconciliation que trace le TPIY est pour le moins fragile.

Force est de constater qu'en dépit du plaider-coupable d'une vingtaine d'accusés du TPIY, le révisionnisme, voire le négationnisme, reste puissant dans les différentes républiques de l'ex-Yougoslavie. Quant aux victimes, la plupart des témoignages montrent qu'elles restent pour l'essentiel sceptiques, sinon hostiles, sur l'opportunité du plaider coupable, n'y voyant le plus souvent que des stratégies opportunistes des coupables afin d'obtenir une peine réduite lorsque les preuves s'amoncellent contre eux.

VI. Afrique du Sud : la vérité sans repentir

Le pardon est au cœur de la philosophie de la Commission vérité et réconciliation d'Afrique du Sud. A maintes reprises, son président, l'archevêque Desmond Tutu, a insisté sur le pardon, comme condition essentielle du vivre ensemble. Son principal ouvrage s'intitule du reste : « Il n'y a pas d'avenir sans pardon ». Tutu y lie l'éthique de responsabilité et l'éthique de conviction, le pardon stratégique et le pardon religieux : « Nous autres, Sud-Africains, Blancs et Noirs, liés

par les circonstances et l'histoire, en luttant pour sortir de ce bourbier qu'était l'apartheid. Dieu nous a liés, enchaînés les uns aux autres. Il s'agit de mettre en pratique ce que Martin Luther King préchait : Si nous n'apprenons pas à vivre ensemble comme des frères et des sœurs, alors nous mourrons comme des imbéciles. »

Pour Desmond Tutu, le principe même de la CVR sud-africaine repose sur une transaction : le dévoilement de la vérité sur les crimes en échange de l'amnistie. Tutu partait du même constat que le nouveau président sud-africain, Nelson Mandela : le châtiment pénal des responsables et des exécutants de la politique d'apartheid risquait de conduire à la guerre civile. D'où la nécessité d'aboutir à un compromis politique qui mettait un terme à des années d'affrontements sanglants et où la majorité noire accédait pacifiquement à l'égalité des droits civiques et donc au pouvoir politique. En échange, les violences politiques perpétrées tant par les agents du régime de l'apartheid que par les membres de l'ANC étaient amnistiées. Le pardon fut donc conçu, organisé et soumis à l'impératif d'une transition pacifique, au détriment du châtiment pénal. La « vérité » sur les violences politiques constitue avec la fusion des hymnes et des drapeaux de l'ANC et du régime de l'apartheid, le grand levier symbolique de la reconstruction de l'État voulu par Nelson Mandela.

La loi d'amnistie contestée par la veuve du leader noir assassiné, Steve Biko, et de la famille Mixenge, a été juridiquement validée par une décision de la Cour constitutionnelle. Dans son arrêt du 15 juillet 1996, *Afrique du Sud contre la veuve Biko et la famille Mixenge*, le juge a ainsi affirmé :

« Les familles de ceux qui ont été torturés, mutilés, traumatisés, prennent davantage leur destin en mains lorsqu'ils découvrent la vérité, les tortionnaires peuvent s'alléger de leur fardeau de culpabilité ou l'anxiété avec laquelle ils ont vécu pendant des années, le pays peut commencer le long et nécessaire voyage pour soigner les blessures de son passé, transformer la colère et le ressentiment en une compréhension plus mature, et créer un débat émotionnel et social essentiel pour entreprendre le travail de réconciliation et de reconstruction (...). Si la Constitution avait conservé la possibilité de représailles ou d'une vengeance, l'accord de ceux menacés n'aurait jamais été aussi profond et le pont serait resté bancal et dangereux, menacé

par la peur de certains et la colère d'autres. C'est pour cette raison que ceux qui ont négocié la Constitution ont fait un choix délibéré, préférant la compréhension à la vengeance, la réparation aux représailles, l'ubuntu sur la victimisation ».

Le vocabulaire du juge Mahmood identifie ici le châtiment à un processus de vengeance, voire de représailles ou de victimisation. Pourtant, plus loin, il reconnaît le besoin de justice, mais soumet celle-ci à l'impératif de la réconciliation et partant de la nécessité de la loi d'amnistie :

« Le résultat est à tous les niveaux difficile, compliqué et peut-être agonisant, cherchant à équilibrer le besoin de justice des victimes des abus passés et le besoin de réconciliation et de transition rapide vers un nouveau futur (...) C'est un exercice d'une immense difficulté où s'entremêlent les considérations politiques, émotionnelles, éthiques et organisationnelles (...) les résultats peuvent souvent s'avérer imparfaits et la poursuite de la loi d'amnistie rappelle le message de Kant lorsqu'il écrivait que l'homme a été taillé dans un bois si tordu qu'on n'en pourra jamais tirer quelque chose de tout à fait droit. »

Au sein même de la CVR sud-africaine, les commissaires ont débattu si le dévoilement des crimes devait s'accompagner de la nécessité du repentir. Écartant le danger d'une comédie hypocrite du pardon, ils ont décidé que seule la reconnaissance entière des crimes suffisait à obtenir l'amnistie. D'où une multitude de positionnements des auteurs des violations des droits de l'homme à l'égard du pardon, allant de l'expression volontaire du repentir à des attitudes au contraire de justification, voire d'approbation des crimes passés, au nom souvent de la sécurité nationale et de la lutte contre le communisme et la subversion. Ainsi, le major Craig Williamson, l'un des plus hauts responsables des services de sécurité sud-africains, qui conduisit une campagne internationale d'assassinats contre des opposants du régime de l'apartheid, tuant avec eux des universitaires et un enfant de six ans, n'éprouva ni remord, ni regret. Williamson justifia ses actions, expliquant en substance que la nature même de la guerre, c'est de tuer. Son amnistie provoqua un tollé en Afrique du Sud. Le prix à payer, comme le juge Mahmood écrivit dans son jugement cité plus haut, fut « agonisant » pour une partie de la société sud-africaine, mais la transition s'opéra pacifiquement.

VII. Conclusion

Les cinq situations abordées, par la diversité des approches du pardon, témoignent de choix politiques qui ne peuvent être que moralement et politiquement insatisfaisants. Nous citons en introduction les mots d'Arendt, soulignant que certains crimes ne peuvent apporter ni pardon, ni châtiment. Pourtant, l'exigence du vivre ensemble exige à la fois l'usage des politiques de pardon et de châtiment. C'est l'amère rançon de l'éthique de responsabilité, obligeant les autorités politiques ainsi que les membres des commissions vérité et les juges à affronter le défi de participer à la refondation de communautés dans lesquelles des normes fondamentales de l'humanité ont été violées.

En Centrafrique, lors du Forum national de Bangui, la nécessité du vivre ensemble a été réaffirmée avec force, en écartant la vengeance privée, mais en demandant cependant à l'État de restaurer son autorité perdue, y compris en matière pénale. Cette approche de « punir et pardonner » reflète les exigences de la société centrafricaine, avec en son centre, le besoin de pacification, mais aussi le rappel de la norme de droit.

Tout autre est l'approche, non pas de la société, mais des autorités burundaises en 2014. La disjonction entre sphère privée et sphère publique fut à l'inverse radicalement gommée au profit d'un Etat metteur en scène d'une transaction repentir/pardon entre criminels et victimes. Le pardon interpersonnel, ainsi fortement sollicité par l'Etat, devant conduire au pardon social, la justice pénale étant, elle, renvoyée à des temps futurs. Dans la perspective du gouvernement burundais, c'était le meilleur moyen d'arriver à une réconciliation nationale au terme d'une guerre civile qui fit des centaines de milliers de victimes civiles et dont les auteurs se trouvaient pratiquement dans tous les camps.

Contrairement au Burundi, le gouvernement du Rwanda ne mit pas l'accent sur tous les massacres commis depuis l'indépendance, mais uniquement sur le génocide de 1994. Avec les gacaca, les autorités organisèrent une justice d'en bas, mais qui était elle-même solidement encadrée par les directives du pouvoir, et qui, *in fine*, à travers le repentir, visait à libérer la quasi-totalité des

génocidaires qui n'avaient jamais été jugés après une dizaine d'années de prison.

Position radicalement différente en Afrique du Sud, où la CVR a voulu écarter toute comédie du pardon, en ne demandant pas le repentir, mais en offrant un autre troc : la vérité sur les crimes contre l'amnistie. Il est vrai aussi que le défi sud-africain ne ressemblait en rien à celui du Rwanda : il s'agissait d'opérer une transition en douceur et non de gérer un après-génocide.

Avec le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, la transaction entre l'accusation et la défense autour du plaider coupable visait à répondre aux pressions du Conseil de sécurité de l'ONU : limiter la longueur et le coût des procès par des aveux de l'accusé négociés en échange du retrait d'accusation de certains crimes. Avec le risque que cet utilitarisme juridique mène à l'établissement de vérités historiques incomplètes.

Nous l'avons vu : chaque transaction dans l'économie symbolique du pardon fut le produit du défi spécifique que rencontra à un moment donné de leur histoire chacune de ces sociétés : que ce soit celui de reconstruire un Etat de droit, de satisfaire les exigences des accords de paix en avançant vers un processus de réconciliation, de gérer une transition le plus pacifiquement possible, de réinsérer des génocidaires ou d'optimiser le rendement d'un tribunal international. Imposée par des régimes autoritaires ou librement débattue, chacune des politiques du pardon a articulé différemment les rapports entre pouvoir politique, reconnaissance des crimes et réconciliation. Chacune de ces solutions a contraint les hommes et les femmes dans ces sociétés à se positionner face au pardon et à l'impardonnable ainsi qu'au défi de reconstruire une communauté politique après de terribles violences.

Pierre HAZAN
Conseiller Justice transitionnelle
Centre pour le dialogue humanitaire
Coligny, Suisse
phazan@gmail.com

I. Conseiller éditorial de JusticeInfo.net, conseiller spécial en justice transitionnelle pour le Centre pour le dialogue humanitaire (Genève), professeur à l'université de Neuchâtel.



Justice transitionnelle Spécificité et contradictions

■ Jean-Pierre MASSIAS

La justice transitionnelle est apparue récemment dans le champ des disciplines juridiques. Visant à réparer les violations des Droits humains commises en périodes de conflit ou de dictature, elle met en place toute une série d'instruments spécifiques. Ayant pour objectif ultime la réconciliation sociétale, elle se trouve place aux confins du droit et de la politique et doit, de ce fait respecter un certain nombre de points d'équilibre afin d'éviter d'être détournée de ses objectifs fondamentaux.

Apparue récemment dans le champ du discours juridique et politique, la justice transitionnelle reste encore aujourd'hui un objet juridique et politique non identifié qui se caractérise surtout par sa spécificité c'est-à-dire par le fait qu'elle serait une forme de justice « pas tout à fait comme les autres » ...

Cette spécificité s'incarne d'abord dans le contexte d'exercice de la Justice transitionnelle. Elle est une justice de transition, de passage de la guerre vers la paix ou de la dictature vers la démocratie. Née en 1945 dans les ruines de l'Europe détruite au terme de la lutte contre le nazisme et ses alliés, elle s'incarne aujourd'hui de l'Afrique du Sud des années 1990 et de la fin de l'apartheid jusqu'aux sociétés marocaine et tunisienne de l'après printemps arabe. La justice transitionnelle s'exerce donc dans une période troublée, parfois violente mais toujours marquée par la déstabilisation et la nécessité de reconstruire un nouvel ordre politico-juridique. La justice transitionnelle est donc très fortement influencée par son contexte d'apparition et d'exercice. En effet, il ne peut pas y avoir de justice transitionnelle sans transition politique, c'est-à-dire sans un processus radical de mutation politique (et sociétale).

Cette mutation se caractérise à la fois par son intensité – il s'agit de bâtir une nouvelle forme d'organisation étatique témoignant d'une mutation profonde – et

par la condamnation très ferme du régime précédent. Elle se distingue également par une déstabilisation institutionnelle et normative profonde, puisque les anciennes structures du régime politique antérieur sont déconstruites alors même que les nouvelles structures ne sont très souvent pas encore mises en place. Survient alors une période d'incertitude normative, parfois compensée par l'adoption de normes intérimaires pour tenter de réduire les incertitudes juridiques et axiologiques de la transition. Dès lors, concernant l'organisation et l'exercice de la justice transitionnelle, se pose la double question du moment et des conditions de son intégration dans un processus dynamique aussi complexe institutionnellement que fragile démocratiquement. Au-delà des expériences nationales diverses, une certitude apparaît : la réalité et l'effectivité de la justice transitionnelle dépendent de la réalité et de l'effectivité du processus transitionnel dans son ensemble. La justice transitionnelle ne peut véritablement exister en dehors de la transition et s'inscrit donc dans une réalité politique spécifique, qui seule peut lui conférer crédibilité et légitimité.

des magistrats étrangers. C'est ainsi qu'est né en 1945 le Tribunal de Nuremberg chargé de juger les criminels de guerre nazis et qu'il y a quelques années, en 1998, fut adopté le statut de Rome instituant une Cour pénale internationale permanente siégeant depuis 2002 à la Haye. Entre temps, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, puis celui pour le Rwanda, avaient été institués pour répondre aux crimes commis lors des guerres qui suivirent l'effondrement de la Yougoslavie et lors du génocide perpétré contre les Tutsis en 1994. Toutefois, à côté des juridictions, d'autres structures furent mises en place pour participer à ce processus singulier de justice. Les commissions vérité et réconciliation bâties sur le modèle désormais célèbre de l'Afrique du Sud ou les « tribunaux » traditionnels (comme les *Gacaca* rwandais, les *Bashingantahe* au Burundi ou les *Magamba* du Mozambique) en sont des exemples.

Au-delà même de ces structures, souvent constituées à la hâte pour tenter de faire face à l'intensité des crimes et la sidération des solutions juridiques classiques, d'autres outils, tels que la réouverture des archives, la réinsertion des combattants et même

Comment obtenir l'adhésion des anciens partisans de la dictature à la transition démocratique sans leur garantir une certaine forme d'impunité ?

La spécificité de la justice transitionnelle tient ensuite aux formes et procédures mises en place pour l'accomplir. Jamais peut-être dans l'histoire de la pensée juridique, une même activité n'avait donné naissance à une telle diversité. La justice transitionnelle est d'abord pénale et judiciaire. Puisqu'il s'agit de juger (enfin...) les auteurs des crimes jusqu'à présent protégés par leur position au sein de l'ancien régime. La question se pose alors de savoir si l'on doit faire confiance aux juridictions de droit commun ou au contraire mettre en place des juridictions *ad hoc*, soit strictement nationales, soit impliquant

la refonte des programmes d'histoire destinés aux écoliers furent intégrés dans ces « politiques de mémoire » dont l'aspect répressif et pénal n'était finalement qu'un moyen parmi d'autres pour faire justice aux victimes de l'histoire.

La justice transitionnelle est donc une justice réaliste et pragmatique qui pose vraiment la question de la violence politique, de ses manifestations les plus aiguës et les plus traumatiques mais aussi de sa dimension sociale et culturelle et donc de son éradication véritable.

Elle n'est toutefois pas qu'un simple effet de la transition démocratique, car elle est également un instrument de la démocratisation. Elle participe en effet de la logique de la transition en soutenant le rétablissement des principes démocratiques et le respect des droits de l'homme, tout en favorisant la reconstruction du corps social et la réconciliation.

Ainsi, comme a pu la définir Maurice Kamto, « *La justice transitionnelle peut être envisagée comme une justice de passage vers autre chose, vers un ailleurs stabilisé où l'on retrouve la normalité de la justice traditionnelle dans ses logiques institutionnelles comme dans ses procédures. On pourrait presque dire que c'est une justice exceptionnelle. C'est assurément une justice spéciale, ad hoc, dictée par les événements, une justice qui se construit dans la douleur de la paix rompue et qui veut tourner la page* »¹.

Outre cette logique de « passage », la justice transitionnelle repose sur une complexité spécifique. Comme cela est très régulièrement souligné par la doctrine depuis le rapport présenté par Louis Joinet², « la justice transitionnelle repose sur quatre « piliers » sans lesquels son effectivité serait sérieusement compromise. Les piliers de cette justice particulière représentent autant d'avancées déterminantes dans le processus de lutte contre l'impunité des violations graves des droits de l'homme »³. Ces quatre piliers sont autant de droits reconnus aux victimes des violations des droits fondamentaux : le droit de savoir, le droit à la justice, le droit à la réparation et le droit aux « garanties de non-répétition ». La véritable spécificité de la justice transitionnelle tient donc surtout à ses objectifs. Si la fin de l'impunité est la règle et le rétablissement des poursuites à l'encontre des auteurs de violations des droits fondamentaux l'un des aspects fondamentaux de la justice transitionnelle, celle-ci accorde une place primordiale aux droits des victimes tout en ayant pour finalité suprême la constitution de garanties de non-répétition.

C'est ainsi qu'apparaissent les questions essentielles. Comment concilier le droit à la justice, qui repose sur la condamnation des auteurs des violences politiques, et les garanties de non-répétition qui visent à la réintégration de la très grande majorité

des acteurs politiques dans une société refondée ? Comment obtenir l'adhésion des anciens partisans de la dictature à la transition démocratique sans leur garantir une certaine forme d'impunité ? Comment imaginer une reconstruction démocratique de la société en excluant *a priori* une partie significative de ce corps social au nom du droit à la vérité et à la justice ? L'histoire de la Commission vérité et réconciliation d'Afrique du Sud est significative de cette recherche, puisqu'une immunité de juridiction fut offerte aux criminels pourvu qu'ils témoignent publiquement de leurs crimes et expriment des regrets.

Cette logique spécifique apparaît doublement politique. Il s'agit d'abord d'inscrire le processus individuel de répression des crimes commis à l'époque de la dictature et de la violence dans un processus collectif de mutation institutionnelle et normative. Dans cette perspective, la justice transitionnelle participe d'un programme politique de démocratisation.

Dans cette perspective, apparaît alors la nécessité d'un équilibre à trouver entre, d'une part, cette logique de justice⁴ reposant sur l'identification des crimes, l'indemnisation des victimes et la

La pluralité des objectifs de la Justice transitionnelle permet de comprendre la multiplicité des moyens, des structures et des procédures de la justice transitionnelle.

Le principe de non-répétition est ici non seulement le point d'aboutissement mais aussi le fondement de tout processus de justice transitionnelle, car cette dernière est surtout la justice du « Plus jamais ça ». Plus jamais l'impunité d'abord, plus jamais la torture ensuite, plus jamais la dictature enfin. C'est donc un long périple intellectuel et moral qui transporte la justice transitionnelle de la condamnation des bourreaux jusqu'à la réconciliation politique et sociale.

La pluralité des objectifs de la Justice transitionnelle permet de comprendre la multiplicité des moyens, des structures et des procédures de la justice transitionnelle. Chacun d'eux participe en effet plus ou moins spécifiquement de l'un ou de l'autre des objectifs et il n'est ainsi pas rare aujourd'hui de voir se créer des systèmes associant une commission vérité et réconciliation aux juridictions pénales nationales ou internationales. Ainsi, alors même que les principaux auteurs et commanditaires du génocide rwandais étaient justiciables devant le TPIR ou les juridictions nationales, les collaborateurs de rangs inférieurs furent traduits devant les juridictions coutumières Gacaca. Il s'agissait ici de combiner la nécessité de réintégration sociale d'un très grand nombre d'individus tout en procédant à leur condamnation symbolique et selon des formes dont le caractère traditionnel pouvait garantir la bonne réception sociale

condamnation des coupables et, d'autre part, la volonté de réintégration et de reconstruction d'une cohérence sociale nécessaire à la démocratisation.

C'est certainement dans cette complexité-là qu'apparaît la dernière caractéristique de la justice transitionnelle. Comment concilier le droit à la justice, qui repose sur la condamnation des auteurs des violences politiques, et les garanties de non-répétition qui visent à la réintégration de la très grande majorité des acteurs politiques dans une société refondée ? Comment obtenir l'adhésion des anciens partisans de la dictature à la transition démocratique sans leur garantir une certaine forme d'impunité ? Comment imaginer une reconstruction démocratique de la société en excluant *a priori* une partie significative de ce corps social au nom du droit à la vérité et à la justice ? L'histoire de la Commission vérité et réconciliation d'Afrique du Sud est significative de cette recherche, puisqu'une immunité de juridiction fut offerte aux criminels pourvu qu'ils témoignent publiquement de leurs crimes et expriment des regrets, afin de savoir et d'imposer cette vérité à ceux qui pourraient ne pas vouloir la voir. Dès lors, la justice transitionnelle apparaît nécessairement consubstantielle des processus de mutation et des fonctions politiques qui y participent. Il ne s'agit d'ailleurs de l'expression de sa spécificité fondamentale.

Toutefois, cette implication politique de la justice transitionnelle ne doit pas être confondue avec le risque de politisation et de détournement politique qui serait au contraire une véritable dénaturation de ces mécanismes.

La justice transitionnelle présente en effet le risque d'être dénaturée par la politique et, de ce fait, d'être détournée de ses objectifs premiers. Trois situations menacent principalement son équilibre : le risque de l'unilatéralité, celui de l'impunité et enfin celui de l'impuissance.

Le risque de l'unilatéralité reste la première forme de dénaturation de la justice transitionnelle. Il s'agit de mettre en place un processus de jugement des crimes et violations des droits humains commis, mais limité à la seule répression d'une certaine catégorie d'acteurs, qui, certes, mérite le plus souvent d'être traduite en justice, mais sans être responsable de la totalité des crimes commis durant la période dictatoriale et (également) durant la phase de transition. Cette justice transitionnelle de « vainqueurs » vise à conforter la victoire politique des nouveaux détenteurs du pouvoir tout en légitimant le processus transitionnel. La seconde menace qui pèse sur les processus de justice transitionnelle est celle de l'impunité, c'est-à-dire de l'absence volontaire de mécanisme de jugement et de vérité au bénéfice des seuls processus d'amnistie. Dans cette perspective, la politisation de la justice transitionnelle réside dans le déséquilibre opéré entre les quatre piliers de la justice transitionnelle : la vérité, la réparation et la sanction sont « sacrifiées » au profit de la réconciliation nationale, obtenue au moyen d'une amnistie, véritable amnésie politico-juridique. Le dernier risque de dénaturation politique de la justice transitionnelle est celui de l'impuissance et de l'incapacité d'appliquer effectivement les mécanismes et règles affirmés à l'issue de la démocratisation et inscrits dans les textes normatifs en résultant. Ainsi, faute de moyens ou d'une volonté étatiques suffisantes ou en raison du nombre très élevé des violations des droits humains, le nouveau pouvoir ne parvient pas à les traiter et renvoie l'image de la victoire symbolique de l'impunité face à la Démocratie, faisant naître frustration et sentiment d'impuissance.

C'est bien dans cette contradiction fondamentale que se trouve placée la justice transitionnelle. Ecartelée entre ses principes et ses réalités, elle repose inlassablement à l'Humanité les questions fondatrices des limites de la responsabilité humaine et de la tension entre le bien et le mal.

Jean-Pierre MASSIAS
Professeur de Droit public à l'UPPA
Président de l'Institut Universitaire Varenne
Saint Etienne de Baigorry, France
Jean-pierre.massias@univ-pau.fr

Note : Cet article, publié avec l'autorisation des Éditions Dalloz, s'inspire du contenu de « Politique, Politisation et Justice transitionnelle » par le Professeur Jean-Pierre Massias, publié aux Cahiers de la Justice, 2015/3.

1. Maurice KAMTO, « Réflexions sur la notion de justice transitionnelle », *Justice transitionnelle : une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable*, 2011, p. 33
2. Louis JOINET, Question « de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme civils et politiques » (Rapport final en application de la décision 1996/119 de la Sous-Commission, Nations Unies).
3. Maurice KAMTO, « Les enjeux de la justice transitionnelle dans les situations de conflits et de post conflits », in *Justice Transitionnelle : une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable*, Documents de la conférence de Yaoundé - Conf/ paper 1/2011, p. 16.
4. « Aussi bien, les Etats ont l'obligation d'enquêter sur les violations graves des droits de l'homme. Ils doivent également prendre des mesures adéquates à l'égard des auteurs de ces violations, notamment dans le domaine de la justice, pour que ceux dont la responsabilité pénale serait engagée soient poursuivis, jugés et condamnés à des peines appropriées. Les Etats ont aussi l'obligation d'assurer aux victimes des voies de recours efficaces et de veiller à ce qu'elles reçoivent réparation du préjudice subi. Enfin, il faudrait que les Etats garantissent le droit inaliénable de connaître la vérité sur ces violations et prennent des mesures destinées à éviter que de telles violations ne se reproduisent », in Maurice KAMTO, « Les enjeux de la justice transitionnelle dans les situations de conflits et de post conflits », *Justice Transitionnelle : une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable*, Documents de la conférence de Yaoundé - Conf/ paper 1/2011, p. 16.

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
SEPP 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 : sepp@wanadoo.fr



www.uianet.org



Transitional Justice: a Concept with Universal Applicability

■ **Janine L'ESPERANCE**

Discussing Transitional Justice in Mali

Around the world, societies struggle to overcome the legacy of mass violence or authoritarianism to create a more peaceful and just future. This is the great challenge of transitional justice, a concept that encompasses a range of measures that may be implemented, widely considered to fall under four main pillars: truth, justice, reparation, and guarantees of non-repetition. Mali is one country that has embarked on the transitional justice journey, in response to the 2012 crisis marked by a *coup d'État* and violence committed by secessionist and Islamist armed groups, especially in the northern part of the country.

In my capacity as Legal Advisor for Lawyers Without Borders Canada (LWBC; or Avocats Sans Frontières Canada, www.asfcana.ca), I had the opportunity in January 2018 to go to Bamako, Mali, for an intensive week-long course on transitional justice, organized within the framework of our JUPREC ("Justice, Prevention, and Reconciliation for women, minors, and others affected by the crisis") project, which was launched in 2015 and seeks to reinforce access to justice in a context of peace restoration.

An impressive group of Malian participants, who had been selected for their prior knowledge and engagement, learned and debated about transitional justice in training sessions led by international experts. They explored the philosophical and practical challenges associated with the implementation of transitional justice measures. Examples of truth commissions, criminal justice processes and reparations programs from various countries enriched the discussion.

My own intervention focused on Canada's experience with transitional justice, and particularly on the Canadian Truth and Reconciliation Commission (TRC), which published its final report in 2015. The fact

that Canada has had a truth commission may be surprising to some; Canada is not the type of country that comes to mind when we think about a place in need of transitional justice measures. Is transitional justice relevant in a context where there has been no internal armed conflict, no authoritarian governance? What is the sought-after "transition" in Canada's case?

Transitional justice in Canada

Canada's Truth and Reconciliation Commission began in its mandate to examine the history and legacy of the "Indian Residential School" (IRS) system in 2009. It published its final report in December 2015. As a part of official state policy,

assumptions about Indigenous students' capacities; siblings were separated; supervision was inadequate; forced labour was used to sustain schools; attendance was coerced, often despite parents' opposition; and, significantly, physical and sexual abuse perpetrated by school staff was common. Children were largely helpless.

After listening to the stories of IRS survivors, it is not difficult to imagine the severe and lasting impacts of the IRS system at the individual, family, and community level: among them, substance abuse, deteriorated family relations, lower than average levels of educational and career attainment, poor health, and overrepresentation in the criminal justice system.

The transitional justice lens reminds us of the importance of listening to marginalized people, building equitable institutions, and taking proactive measures to address past and present injustices [...]

the IRS system lasted for over a hundred years in Canada, the last school closing in 1996. An estimated 150,000 Indigenous children – over 7 generations – attended the schools. The Canadian government funded the schools, but Christian churches were generally responsible for their operation. The underlying goal of Canada's IRS policy was coercive assimilation – to "kill the Indian in the child" – and in so doing to decimate the political power of Indigenous nations.

For many children, the residential school experience was alien, dehumanizing, and harmful. Children were removed from their communities to schools sometimes hundreds of kilometres away, where their Indigenous languages and cultures were banned. While schools across Canada varied, and evolved through their history, some of the characteristics of the system include: schools were under-resourced; poor physical conditions led to disease and higher than average death rates; education was poor and based on discriminatory

However, IRS survivors have demonstrated remarkable courage. The existence of Canada's TRC is in fact testament to their resilience: their activism, and in particular their use of the Canadian legal system to seek redress, led to the Indian Residential Schools Settlement Agreement (IRSSA), concluded between the Government of Canada, Indigenous representatives, and churches. It is the largest class action settlement in Canadian history. One of the elements of IRSSA, which came into effect in 2007, was the creation of Canada's TRC.

The TRC set out 94 comprehensive "Calls to Action" ("CTAs") to address the legacy of the IRS system, and to promote reconciliation between Indigenous and non-Indigenous peoples in Canada. The recommendations include taking measures to improve child welfare services for Aboriginal children (CTAs 1-5), enacting an Aboriginal Languages Act (CTA 14), eliminating the over-representation of Aboriginal people in custody (CTA 30), and

closing the health gaps between Aboriginal and non-Aboriginal Canadians. The calls to action are mainly directed toward the Government, but not exclusively. For example, CTA 16 asks post-secondary institutions to create Aboriginal language programs, and CTAs 27^s and 28 call on law schools and the Federation of Law Societies of Canada to ensure lawyers receive cultural competency training involving Indigenous law and history. The *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, considered by the TRC to be the “framework for reconciliation” is mentioned throughout the CTAs.

The TRC’s work demonstrates the understanding that the IRS system was but one painful element of colonization in Canada, characterized by inter-generational impacts and ongoing inequalities.

When speaking of transitional justice in relation to Canada, one might consider the desired “transition” to be from a highly unequal and unjust past, characterized by pervasive and harmful discrimination against Indigenous peoples, to a more equitable future based on renewed relationships between Indigenous and non-Indigenous people. Indeed, the idea of reconciliation is at the heart of the sought-after transition in Canada. As identified by the TRC, reconciliation involves healing relationships, constructive action to address the legacy of colonialism, and shared acceptance of responsibility.

A Flexible Concept with Broad Relevance

At the aforementioned LWBC transitional justice course, the Malian participants seemed very interested in the Canadian experience of transitional justice. Staff of the Malian Truth, Justice, and Reconciliation Commission in attendance asked questions on the TRC’s operational structure. The President of the Malian Commission has, in fact, already met with the Director of Canada’s National Centre for Truth and Reconciliation, and a visit of the Malian Commission’s personnel to this Centre to discuss techniques for handling and archiving information is planned. Our discussion at the course on the importance of addressing the multi-faceted legacy of colonialism prompted reflection on how the two situations – despite their apparent differences, and

geographic distance – might be similar. I mentioned the fact that former Chief Justice of the Supreme Court of Canada, Beverley McLachlin called Canada’s treatment of Indigenous peoples “cultural genocide” in a speech in 2015, the justification for such a statement being that official state policy aimed to destroy Indigenous groups by eliminating “Indianness”. One of the Malian participants asked whether French colonialism in Mali could be considered genocidal in the same way.

Our discussion also highlighted the broad relevance of transitional justice principles, in that they are applicable in a range of contexts.

go about their daily lives with confidence in their state institutions. In the North American context, “no justice, no peace” has been a key rallying cry of the Black Lives Matter movement, a reminder of the basic and universal thirst for justice and for full legal identity, particularly for peoples whose overwhelming experience of state institutions has been one of exclusion or oppression. In Mali, a major victims’ consultation carried out by LWBC, in partnership with civil society organizations, revealed widespread frustration about state neglect, and the corruption and weakness of the justice system and other institutions. The concept of reparation is inherent to justice; people must feel confident there will be consequences for harm perpetrated.

The concept of reparation is inherent to justice; people must feel confident there will be consequences for harm perpetrated.

One key international instrument in the field of transitional justice is the United Nations *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparations for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law* (“Basic Principles”). This instrument is mainly aimed at situations like Mali, where violence has been committed against a population on a massive scale. However, its relevance is more universal. The Basic Principles set out five interrelated categories of reparation:

- restitution, to restore victims to their situation before their rights were violated;
- compensation for economically assessable damage;
- rehabilitation, involving medical care and social services;
- satisfaction, including public apologies, full public disclosure of the truth, judicial decisions, and sanctions of authors of crime; and
- measures of non-repetition, such as institutional reforms that strengthen the judiciary.

Transitional justice approaches recognize the importance of listening to victims of human rights violations and consulting them on measures to respond to harmful legacies. It recognizes the importance of justice as a basis for a functioning society in which people can

Thus, the building blocks of transitional justice are not only relevant in post-conflict situations. Rather, they are fundamental to effective democratic systems of governance with a strong rule of law. The transitional justice lens reminds us of the importance of listening to marginalized people, building equitable institutions, and taking proactive measures to address past and present injustices, which are all too often inextricably linked. Indeed, in many situations, as for Canada, it is difficult to draw a bright line distinction between past and present injustice. Guarantees of non-repetition are important to ensure that a society progresses, rather than be locked into a perpetual cycle of continuing harm.

The Role of Lawyers in Transitional Justice Processes

As specialists in the justice field, lawyers can certainly play a role in transitional justice initiatives, whether in post-conflict or other situations.

Perhaps the most obvious way that lawyers can contribute to transitional justice is by helping victims of human rights violations seek redress in the formal justice system, which involves gathering and organizing evidence, developing effective strategy, filing complaints, and advocating before tribunals, either domestic or international (or both).

A court decision in favour of victims' human rights can have enormous significance, for its symbolic meaning and reinforcement of victims' dignity, and for its tangible impacts, including reparation and deterrence of similar violence in the future. LWBC, in partnership with local lawyers and civil society organizations, regularly engages in this type of strategic litigation work, which involves identifying cases liable to have a particularly strong societal impact.

In addition, lawyers can also identify weakness in legal protections or institutions. They can be involved in advocacy efforts aimed at reform. Lawyers are often well-placed to take a leadership role: they have the analytic skills to dissect laws and understand complex situations, and have the written and oral advocacy skills to draft proposals and successfully advance causes. In some contexts, constitutional reform may be a means to ensure the non-repetition of human rights violations. Lawyers' skills are clearly useful in such processes. Finally, there may be a need for training of lawyers and judges, such as with respect to international human rights law.

However, not all lawyers are suited to engaging in this kind of work. If there is a role for lawyers in transitional justice, it is for lawyers with certain characteristics, training, and abilities. For example, lawyers working directly with victims of violence must be conscious of not contributing to re-traumatization and must be particularly attentive to victims' needs and desires. The ability to listen and build trust is crucial. In relation, in some instances it may be more appropriate for a lawyer to take a supportive rather than dominant role in civil society initiatives. Furthermore, lawyers working on transitional justice initiatives should have the ability to think "outside the box" of traditional legal practice. The use of and strengthening of the formal justice system are but one aspect of transitional justice. Having a broader vision of justice, including traditional, restorative, and truth-seeking approaches, may be useful. Lawyers working on transitional justice initiatives must be creative, flexible in approach, and take into account various contextual factors as they search for solutions to complex problems. They must think comparatively, drawing lessons from other situations and applying and adapting them to their country or region of intervention.

They must also be particularly tenacious: transition from an authoritarian regime, internal conflict, or situation of deep inequality is invariably a long process with advances and setbacks. It is an unfortunate reality that during such processes, lawyers and other human rights defenders are frequently subjected to intimidation and risks of violence.

Building a Human Rights-Based Rule of Law

Ultimately, transitional justice – whether in Canada, Mali, or elsewhere – is about building the rule of law; meaning that the law applies equally to all, and there is stable, accountable governance. The kind of rule of law that transitional justice aims to achieve is one that is based on the protection of human rights: powerful actors are held accountable for systemic human rights violations; there is access to justice, and once-marginalized groups have equitable access to institutions. For transitional justice to be successful in a given situation, it requires the sustained commitment of a range of actors: individual citizens, civil society, the state, international organizations, and of course, lawyers. I feel privileged to be a lawyer in this field, and look forward to continuing to work for justice and equality in my legal career.

Janine LESPERANCE
Conseillère Juridique
Avocats Sans Frontières
Québec, QC, Canada
janine.lesperance@asfcana.org

1. Truth and Reconciliation Commission of Canada, "Truth and Reconciliation Commission of Canada: Calls to Action", 2015, online: http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/2015/Findings/Calls_to_Action_English2.pdf.

2. See : Truth and Reconciliation Commission of Canada, "What we have learned: Principles of truth and reconciliation", 2015, online: http://www.myrobust.com/websites/trcinstitution/File/Reports/Principles_English_Web.pdf.

3. UN General Assembly, "Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law : resolution / adopted by the General Assembly", March 21, 2006, A/RES/60/147.

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





The Legal Profession

La profession d'avocat

La Abogacía





L'avocat demain

Un plan pour l'avenir de la profession d'avocat en Belgique

■ **Patrick HENRY**

Constat n°1 : jamais une société n'a été juridicisée au point de la nôtre. Aujourd'hui, le droit est partout, envahissant les relations de travail, le cercle familial, le sport et les loisirs, tout. Et ce droit est multiforme, provenant des sources les plus diverses, internationales, nationales, locales, privées... Il est aussi d'une technicité et d'une complexité jamais atteintes.

Constat n°2 : Il y a aujourd'hui plus d'avocats qu'il n'y en a jamais eu. En nombre absolu et proportionnellement aux chiffres de la population. Certes, depuis deux ans, la progression s'essouffle. Les chiffres de décembre 2017 montrent une quasi stabilité. Avant une décrue ?

Constat n°3 : en sens inverse, le nombre d'affaires soumises à la justice étatique diminue nettement depuis cinq années : de l'ordre de 20 %.

Explication n°1 : Ce paradoxe serait induit par un renchérissement considérable de l'accès à la justice. Majoration des droits de greffe, assujettissement des avocats à la T.V.A., augmentation des indemnités de procédure, restriction sur les budgets consacrés à l'aide juridique.

Explication n°2 : certes, le coût de la justice n'est pas sans lien avec la demande de justice. Mais, fondamentalement, ces augmentations sont impuissantes à expliquer l'ampleur du phénomène. Et si ce relatif, mais croissant, désintérêt des justiciables pour la chose judiciaire ne s'expliquait pas d'abord par une cause bien plus profonde : l'incapacité de la profession d'avocat d'offrir à ses clients potentiels un service adapté à leurs besoins ?

Si un procès était devenu trop cher, trop lent, trop incertain ? Précisément parce que le droit est plus compliqué et plus multiforme qu'avant et que, pour résoudre un litige de voisinage qui se réglait il y a vingt ans en justice de paix, il faut aujourd'hui passer par le Conseil d'Etat, quand il ne faut pas, en plus, s'offrir un détour préjudiciel à la Cour constitutionnelle ou à la Cour

de Justice. Parce qu'un acte authentique immobilier compte aujourd'hui 15 pages contre 3 il y a cinquante ans.

Parce que les avocats continuent, largement, à reproduire de vieilles recettes qu'ils jugent confortables (pour eux) : procès, tarif horaire, *time sheet*,... Parce qu'ils répugnent à intégrer les nouvelles possibilités que la technique (ou les MARC) leur offre pour diminuer le coût de leurs prestations, les faire coïncider avec les attentes des justiciables.

Il faut en être conscient. Le droit est devenu d'une précision et d'un raffinement jamais atteints mais plus personne, ni l'Etat, ni les particuliers, ne peut encore s'offrir ce luxe.

Et, comme toujours dans ce genre d'hypothèse de crise, des alternatives apparaissent. Les gouvernements simplifient les procédures, réduisent les possibilités de recours, créent de nouvelles voies plus économiques, non judiciaires (récupération des créances par voie d'huissier, amendes administratives, médiations pénales, procédures simplifiées de récupération des créances transnationales, divorce sans juge, etc.). De nouveaux acteurs proposent des alternatives, en s'appuyant sur les nouvelles possibilités qu'ouvrent les développements de la technique. Ce sont nos concurrents traditionnels (réviseurs d'entreprises, comptables, bureaux de recouvrement...) ou de tout nouveaux. On les appelle les *legaltech*.¹ Ils ont déjà conquis une partie du marché américain, puis anglais, français, espagnol, néerlandais. Ils seront demain partout.

#Agissons 1 : Face à cette situation, il y a deux options.

Ou bien les avocats se recroquevillent sur le judiciaire, sur ces matières qui, tant bien que mal, resteront confiées à la justice classique : une partie du contentieux pénal, des affaires commerciales, du contentieux administratif ou social. Un produit d'excellence pour ceux qui peuvent se l'offrir. Le barreau subira une diminution considérable de ses

cadres (certains banquiers évoquent une diminution d'un tiers à l'horizon 2030) mais il survivra, quitte à perdre une partie importante de son rôle social collectif.

Ou, au contraire, les avocats acceptent de se remettre en question, d'entendre les critiques qui les frappent (et en même temps qu'eux l'ensemble du système judiciaire). Ils adoptent les technologies nouvelles (intelligence artificielle, *blockchains*, *chatbots*), de nouvelles méthodes de travail (*legal design*). Ils écoutent les souhaits des justiciables et s'y adaptent. Ils abandonnent leur sacro-saint *time sheet* pour présenter des offres plus forfaitaires. Ils diminuent leurs coûts de fonctionnement. Ils intègrent les produits standardisés pour se concentrer sur ce qui comprend vraiment de la valeur ajoutée. Ils conseillent proactivement leurs clients, en attirant leur attention sur les dangers de telle évolution, les possibilités offertes par de nouveaux textes. Conscients que leurs clients ont, plus que jamais, besoin d'une assistance pour implémenter dans leur pratique toutes les nouvelles exigences auxquelles ils sont soumis, ils deviennent leurs accompagnateurs stratégiques.

#Agissons 2 : Le rapport² que Patrick Hofströssler et moi-même avons rendu au ministre de la Justice de l'Etat belge, monsieur Koen Geens, s'inscrit dans cette seconde option.

38 propositions pour augmenter l'excellence des avocats, refaire d'eux les interlocuteurs privilégiés, naturels, de tous ceux qui ont besoin du droit, qui doivent l'intégrer dans le développement de leur activité, qui doivent le respecter en se développant, l'exploiter pour progresser.

Il ne s'agit pas ici de résumer les 654 pages (bilingues) du rapport. Disons simplement qu'il insiste sur deux caractéristiques essentielles de l'avocat de demain : l'excellence et l'indépendance.

Avec, pour les développer, des suggestions en matière de formation, d'incompatibilités,

GDPR and its Impact on Lawyers



Ian DE FREITAS

d'honoraires, de maîtrise de l'intelligence artificielle, de secret professionnel, de gouvernance, de discipline, d'aide juridique, d'égalité des genres. Et puis, des propositions plus ponctuelles : force exécutoire pour l'acte d'avocat, création d'une action en réparation collective de droit commun, création d'un statut d'avocat liquidateur de dommages, possibilité d'exercer la profession en société, reconnaissance d'un statut d'avocat employé, création d'un juge du secret, d'une institut de développement de l'intelligence artificielle...

#Agissons 3 : Nous avons tracé des pistes, ouvert quelques brèches, fait sauter quelques verrous. Il faut maintenant concrétiser l'essai, discuter les propositions, les amender. Et les défendre. Car nos concurrents n'en seront pas nécessairement les meilleurs supporters.

Luttons.

Patrick HENRY
Elegis Avocats
Liège, Belgique
p.henry@elegis.be

1. Note du rédacteur en chef : *Le Juriste International* a récemment consacré un numéro spécial à la question des Legaltech (n° 2018.I), disponible sur www.uanet.org

2. Rapport disponible sur :
https://justitie.belgium.be/sites/default/files/rapporttoekomstadvocatuurrapportavenirprofessiond_avocatfinal.pdf

The European Union General Data Protection Regulation (GDPR) came into effect on May 25, 2018. GDPR very much strengthens European Union data protection laws and adopts a pro-privacy stance. This means that even if organisations were compliant with the former EU data protection laws they have needed to step up to the new higher standards in GDPR.

The purpose of this article is to explain how GDPR affects us, as lawyers, in our day-to-day practices. As I will explain, this doesn't just impact lawyers in the EU but also those located outside the EU. This is because one of the main features of GDPR is its extension of EU data privacy laws to organisations based outside the EU. As a result, many lawyers based outside the EU are now directly regulated by EU data privacy laws for the first time.

What is GDPR?

GDPR represents the biggest change in EU data privacy laws in twenty years. It focusses on modernising EU data protection laws to align with the EU's view of what data privacy should look like in the 21st century. The new regime seeks to empower individuals, putting them in control of their personal data. We all need to adapt to the concept that we hold personal data "on-loan" from individuals.

A very important aspect of GDPR is that it adopts a "Zero Day" approach. This means that everything had to be compliant by May 25, 2018. Former levels of compliance may not now be good enough to permit the processing of personal data. Therefore, we have all needed to revise processes, policies and contracts to bring them up to the new

levels of compliance or risk serious sanctions, such as significant fines or requirements to stop processing personal data.

Who is Regulated by GDPR?

One of the most significant changes brought about by GDPR is its extended territorial scope. This means that many organisations not previously regulated by EU data protection laws will now be so. Working out who is regulated by GDPR is a complex area as we shall see below.

The former EU Data Protection law was largely governed by the 1995 EU Data Protection Directive ("the Directive"). The Directive regulated data controllers ("Controllers"). Controllers are those who determine the purposes and means of processing personal data. This is in contrast to data processors (Processors), who are those processing personal data on behalf of and under the direction of Controllers.

So, as lawyers, what are we? Are we Controllers or Processors? Clearly, we will be Controllers in some circumstances, such as when we process personal data of our employees or when we are using data for our own purposes, for example to market to our clients. But what is the position when we are representing our clients? As we are acting on their instructions, it might be thought that we are their Processors. However, this is not the position adopted by the UK Regulator or the English courts. Their view is that lawyers representing clients are Controllers and not Processors.

This distinction between Controllers and Processors becomes less important under GDPR because both are now directly

regulated (though Controllers will have more obligations). GDPR continues to regulate Controllers processing personal data in the context of the activities of an “establishment” of that Controller in the EU. In recent years, the concept of “establishment” under the Directive had been extended by case law. For example, it had been interpreted by the Court of Justice of the European Union to apply to organisations incorporated outside the EU which are exercising effective and real control over data processing in the EU through an associated group company (see, for example, the CJEU decision in Google Spain (C-131/12)).

This extended concept of establishment is retained by GDPR. However, GDPR now also applies EU data privacy laws to others. First, it will apply to Processors established in the EU processing personal data in the context of the activities of that establishment. For Controllers and Processors established in the EU, it does not matter where the individuals whose data they are processing are located or, indeed, the citizenship of those individuals. All individuals, wherever they are in the world, have rights that they can exercise under GDPR against Controllers or Processors established in the EU.

Second, GDPR adopts a “pay to play” approach. This means that if someone wants to come to the EU and offer good or services to individuals here or monitor their activities in the EU, then they have to play by EU rules. Accordingly, the following is also regulated by GDPR:

- The processing of personal data of individuals who are in the EU which is being undertaken by a Controller or Processor not established in the EU, where the processing relates to the offering of goods or services to those individuals in the EU; and
- The processing of personal data of individuals who are in the EU which is being undertaken by a Controller or Processor not established in the EU, where the processing relates to the monitoring of the individuals’ behaviour in the EU.

Under these “pay to play” provisions, it can be seen that the location of the relevant individuals in the EU is important, but their citizenship is irrelevant.

To better capture how lawyers located outside the EU can be regulated by GDPR, a few examples are likely to be helpful:

- An American law firm using a branch office in London to represent its clients is regulated under GDPR on the basis of the extended definition of “establishment”;
- A lawyer located in Brazil but marketing their services to individuals in Portugal is regulated on the basis that the lawyer is offering services to individuals in the EU;
- However, a lawyer located in Brazil marketing their services to corporations in Portugal by contacting Directors of those corporations in Portugal is not regulated. This is because the lawyer is not offering services to the individuals, but only to the corporation that the individuals represent.
- As will be apparent, a careful assessment needs to be made to determine whether activities are regulated by GDPR’s extra-territorial rules.

to explain what data it is processing and provide copies to the individual (sometimes called Data Subject Access Requests or DSARs).

It should be noted that these rights are not absolute. For example, a lawyer might need to retain the data after an erasure request because this is needed for regulatory purposes or in case a negligence claim is made later against that lawyer by a former client. However, the lawyer would have to be very careful to only retain and use the data for those purposes. In addition, lawyers who receive a DSAR might lawfully refuse to provide information if it would mean breaching another client’s right to legal privilege.

It can be seen that the impact of these rights means that lawyers will need to have processes and systems that can effectively respond when these rights are exercised. A careful assessment will also need to be

All individuals, wherever they are in the world, have rights that they can exercise under GDPR against Controllers or Processors established in the EU.

What does GDPR Say?

There are differences in the extent of obligations placed on Controllers and Processors. Broadly, Controllers have more extensive obligations. As I have explained, the prevailing view is that lawyers will be Controllers of the personal data they are using, even when they are acting on the instructions of their clients. I will therefore focus on the obligations placed on Controllers and the impact this has on us as lawyers.

GDPR is complex but, to understand it better, it can be stripped back to the following key concepts:

I. Extending Individual’s Rights

Individuals are given more rights, such as the right to require their data to be wholly or partially deleted (erasure) or for their data to be provided to a new service provider (portability). This is in addition to rights they already have which are retained, such as the right to require the Controller

made when responding to the exercise of these rights to ensure that the lawyer takes into account their own reasons to retain any data and respect others’ rights.

2. Consent and Transparency

Alongside enhanced individual’s rights, rules on consent are tightened, meaning that for the consent of an individual to be a valid basis for using data, the individual must indicate their consent in a positive way. Opt-out consent, where a consent box is pre-ticked, will no longer be good enough. In addition, consent in the context of processing employees’ data is unlikely to be valid at all under GDPR. Controllers also have to be more transparent in providing clearer and more concise explanations about what they are doing with individuals’ data, and whether they are seeking consent or relying on another basis to process the data. This is the concept of Transparency.

Because consent is becoming so difficult, Controllers are looking at other bases to justify processing. For example, it is

possible to rely on the lawyer's legitimate interests to justify the use of the individual's contact data to market to them. Some lawyers however do not like to rely on this, preferring to seek client consent to marketing as they see that as more appropriate to their relationship. When carrying out work for clients, lawyers can also rely on a special ground for using data where it is necessary for the establishment, exercise or defence of legal claims.

Nevertheless, the impact of these changes has meant that if lawyers want to continue using clients' personal data after May 25, 2018 (Zero Day) they have had to re-evaluate why they are doing it and inform the affected individuals where that is required. The same is true of employee data. This re-permissioning process has taken a considerable amount of time and is still ongoing.

3. Accountability

GDPR requires Controllers to not only be compliant, but also able to demonstrate that they have taken all necessary steps in that respect. Some organisations also need to appoint a new compliance officer, called a Data Protection Officer, to help them with this and whose roles and responsibilities are prescribed in GDPR. However, most lawyers do not need to appoint these DPOs, but they still do need to keep records of data compliance and provide effective training to staff.

4. Privacy by Design

Alongside Accountability is the concept of Privacy by Design. This means that Controllers must consider Data Privacy as a key consideration when offering their services and take this into account from the outset. Although as lawyers we recognise the importance of confidentiality in the services we perform for clients, we are likely to have to give this much greater thought in our day-to-day activities. Have we, for example, considered how we store information about our clients securely on our devices or how we ensure the security of paper records that we use inside and outside the office?

5. Controller/Processor relationships

I have mentioned before the difference between Controllers and Processors.

As lawyers, we are likely to be using Processors to help us. For example, data storage often involves using a third party Cloud provider. They are a Processor. The rules in relation to which Processors can be used by Controllers have been tightened. Controllers may only use Processors who can provide sufficient assurances that they are able to assist the Controller in meeting its obligations to individuals and regulators under GDPR, as well as their own. In addition, contracts between Controllers and Processors also now have to include specific terms prescribed by GDPR.

The impact of this is that Controllers have been assessing whether the Processors they use are capable of meeting these higher

we are acting for our clients we can still rely on an exemption which allows us to transfer data outside the EU where this is necessary for the establishment, exercise or defence of legal claims.

7. Data Security

As Controllers we are also required to implement appropriate technical and organisational measures to ensure a level of security for the data we are processing. This has of course moved up the agenda for law firms in recent years in light of data security breaches, but the mandatory data breach reporting requirements and sanctions regime (see below) mean that we all need to re-prioritise this.

Although as lawyers we recognise the importance of confidentiality in the services we perform for clients, we are likely to have to give this much greater thought in our day-to-day activities.

standards. Controller/Processor contracts also need to reflect this more direct and prescriptive regulation. This means that existing contracts extending beyond May 25, 2018 have been re-negotiated. To continue to rely on existing contracts risked a finding of non-compliance by a Regulator and a requirement to stop processing the data. Risk allocation between Controllers and Processors has also needed careful consideration, particularly in light of the sanctioning powers available to regulators and conferred on affected individuals against Controllers and, in certain circumstances, Processors.

6. Transfers outside the EU

The restrictions on the transfer of personal data from the EU to other countries largely remain in GDPR. As before, in order for an organisation to transfer data from the EU to a third country, it must satisfy a "gateway" before doing so. As lawyers we often share data across borders. For example, international law firms might share personal data across their global offices for marketing purposes. However, because more of us are now directly regulated for the first time, we have to give much greater thought to how data flows between our offices and is shared with third parties based outside the EU and our reasons for doing this. Note that when

8. Mandatory Breach Reporting

For the first time under EU law, all data security breach incidents have to be reported by Controllers to EU regulators, within 72 hours of the Controller becoming aware of the breach. More serious breaches also have to be reported by Controllers to the affected individuals. This means that we need to put in place data breach notification and reporting processes and be familiar with these to meet these time limits and respond effectively. These breach reporting requirements also have to be considered in the context of similar such requirements under other regimes (for example, breach reporting requirements on a State-by-State basis in America).

Sanctions for Non-Compliance and Enforcement

As might be expected, because standards are being raised around data protection compliance, sanctions for non-compliance have also been greatly enhanced. Under the previous law, the maximum fine in the UK for breaches of data protection law was set at £500,000. Under GDPR, Regulators have the power to levy fines for breaches of GDPR up to €20M or 4% of annual worldwide turnover, whichever is higher.

In addition, Regulators have other powers. Perhaps the most significant of these is to require organisations to stop using personal data until the processing activities are brought into compliance with GDPR.

There are likely to be three main ways that organisations will be targeted for enforcement:

- by national Regulators using pro-active auditing powers;
- by national Regulators as a result of mandatory breach reporting of major incidents or a series of less serious breaches indicating systemic risk in an organisation or sector;
- by individuals investigating the use of their data by organisations and reporting non-compliance to Regulators, who are then under a statutory obligation to investigate. This is the most unpredictable way that enforcement might occur. However, it seems likely that lawyers could be targeted by unhappy former clients or by opponents seeking to cause difficulty.

Adverse findings by Regulators are likely to be followed by compensation claims by affected individuals. These follow-on damages claims are specifically encouraged in GDPR and are similar to US Class Action lawsuits in that they can be brought on behalf of large groups of individuals. Compensation can be sought merely for distress caused to the individual as a result of a failure to respect their rights. There does not need to be any actual loss.

Has Time Run Out?

Obviously, Zero Day has now passed. However, this does not mean that we should not try to be compliant or maintain compliance. There is recognition from some EU national regulators that we are all “starting the journey” to compliance, rather than completing it, and that this will take further time.

If you have not started yet on the road to GDPR compliance, then I would urge you to do so. In this respect, I suggest you look at three main areas first:

- Privacy Notices that you issue to clients or on your website – these are readily available to individuals and, if they do

not appear to comply with GDPR, are an easy way to establish that you are not compliant. Therefore, prioritise making these outward facing Notices GDPR compliant;

- Business processes that are particularly important, in the sense that if they were disrupted then this would seriously impact your practice. An example might be the IT and Data Storage support you receive from a Processor. Focus on updating the contract with them so that it is GDPR compliant in order to avoid a situation where a Regulator orders you to stop processing the data you share with the Processor until the contract is brought into compliance;
- Sensitive data of clients relating to the work that you are doing for them or where the clients are particularly vulnerable. Of course, as lawyers, we should all take care of all of our clients’ information, but a breach relating to these particular types of data is likely to lead to heavier fines by Regulators.

Ian DE FREITAS
Farrer & Co LLP

London, United Kingdom
ian.defreitas@farrer.co.uk

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

SEPP 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 : sepp@wanadoo.fr



UIA

www.uianet.org



The Lawyers' Role in the Fight Against Money Laundering and Terrorist Financing

I **Barbara BANDIERA**

Le blanchiment de capitaux est un processus par lequel la source illicite d'actifs obtenus ou produits par une activité délictuelle est dissimulée pour masquer le lien entre les fonds obtenus et le délit initial. Le financement terroriste fait intervenir la mobilisation et le traitement d'actifs qui donnent aux terroristes les ressources leur permettant de déployer leurs activités. Les mesures de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement terroriste – applicables, entre autres, aux avocats – constituent, non seulement un impératif moral, mais une nécessité économique.

Preliminary Remarks

The international community has made the fight against money laundering (the process of concealing the illicit origin of proceeds of crimes) and the financing of terrorism (the collection or the provision of funds for terrorist purposes) a priority.

The purpose of implementing anti-money laundering and counter-terrorist financing (AML/CFT) measures which, among other things, are applicable to lawyers, is to protect the financial system from abuse. Flows of illicit money can damage the integrity, stability and reputation of the financial sector, and threaten international development. Action to prevent and combat money laundering and terrorist financing thus responds not only to a moral imperative, but also to an economic need.

Lawyers have to be aware of the threat of criminals seeking to misuse the legal profession in pursuit of money laundering and terrorist financing activities.

What is “Money Laundering”?

The goal of a large number of criminal acts is to generate a profit for the individual or group that carries out the act. “Money

laundering” is the processing of these criminal proceeds to disguise their illegal origin. This process is of critical importance, as it enables the criminal to enjoy these profits without jeopardising their source.

Illegal arms sales and the activities of organised crime, including for example drug trafficking, smuggling, human trafficking and prostitution rings, can generate huge amounts of proceeds. Embezzlement, insider trading, bribery and computer fraud schemes can also produce large profits and create the incentive to “legitimise” the ill-gotten gains through money laundering.

When a criminal activity generates substantial profits, the individual or group involved must find a way to control the funds without attracting attention to the underlying activity or the persons involved. Criminals do this by disguising the sources, changing the form, or moving the funds to a place where they are less likely to attract attention.

As money laundering is a consequence of almost all profit generating crime, it can occur practically anywhere in the world.

Money laundering involves three distinct stages:

- the placement stage (the first phase of money laundering occurs at placement where the proceeds of crime are deposited at a bank, smuggled over a border or infused with the turnover of a legitimate business. This phase can be called the placement or pre-wash phase);
- the layering stage (the second phase is the layering phase - the main wash - where money is circulated many times, either nationally or all over the globe to hide its illegal source. In this phase complicated financial constructions such as complicated hedging and derivative constructions can occur);
- the integration stage (the third phase is the reintegration phase, where the by now clean money is parked permanently,

like in the bond market or in the real estate sector, buying companies or buying expensive cars and jewels. Criminals often like to park their money permanently close to where they live).

What is “Financing of Terrorism”?

“Terrorist financing” involves the solicitation, collection or provision of funds with the intention that they may be used to support terrorist acts or organisations. Funds may stem from both legal and illicit sources.

Terrorists need money to carry out their atrocities, money for weapons, for supplies to make explosives, for travel.

This money trail will provide valuable information to investigators and often allow them to identify those involved in the terrorist attacks. More importantly, by depriving terrorists and terrorist organisations of access to funding and the financial system, terrorist attacks could be prevented.

In 2015, the scope and nature of terrorist threats globally intensified considerably, with terrorist attacks in many cities across the world, and the terrorist threat posed by the so-called Islamic State of Iraq and the Levant (ISIL/Da'esh), and by Al-Qaeda and their affiliated terrorist organisations, and by other terrorist organisations also becoming more significant.

AML/CFT Obligations for Lawyers

The Financial Action Task Force (FATF) is an inter-governmental body established in 1989 by the Ministers of its member jurisdictions. The mandate of the FATF is to set standards and to promote effective implementation of legal, regulatory and operational measures for combating money laundering, terrorist financing and the

financing of proliferation¹, and other related threats to the integrity of the international financial system. In collaboration with other international stakeholders, the FATF also works to identify national-level vulnerabilities with the aim of protecting the international financial system from misuse.

The FATF Recommendations, adopted on February 16, 2012, and updated in February 2013, October 2015, June 2016, October 2016, June 2017 and November 2017, are the internationally endorsed global standards against money laundering and terrorist financing. They: (a) increase transparency and enable countries successfully to take action against illicit use of their financial system; (b) do not have direct applicability to lawyers (or others). These Recommendations only apply as a result of individual countries adopting laws and regulations that are based upon them (see Directive (EU) 2015/849, so-called EU Fourth Anti-Money Laundering Directive²). Accordingly, where AML/CFT obligations have been imposed via national laws, what really matters to lawyers are the laws of the country (or countries) in which they practice.

In conformity with the FATF Recommendations 2012, the customer due diligence and record-keeping requirements apply to lawyers when they prepare for or carry out transactions for their client concerning the following activities:

- 1) buying and selling of real estate;
- 2) managing of client money, securities or other assets;
- 3) management of bank, savings or securities accounts;
- 4) organisation of contributions for the creation, operation or management of companies;
- 5) creation, operation or management of legal persons or arrangements, and buying and selling of business entities.

Customer due diligence measures: (a) ensure that lawyers know who they deal with and try to prevent lawyers from having business relationships with unknown customers or businesses that they not fully understand; (b) include the identification of customers and the verification of the identity, the identification of the identity of the beneficial owner³ and verification of

this identity, to obtain information on the purpose and intended nature of the business relationship and on-going monitoring; (c) should be applied to new and existing customers. In order to be more effective, lawyers are allowed to perform customer due diligence measures on the basis of a risk-based approach.

The purpose of the record-keeping obligation (maintain necessary records on all transactions) is two-fold. On the one hand it enables supervisory authorities to check compliance with the preventative AML/CFT norms, while on the other hand record-keeping enables the competent authorities to gather evidence in case of criminal prosecution.

moral standards are maintained by those practising the profession.

FIU serves as a national centre for the receipt and analysis of: (a) suspicious transaction reports; and (b) other information relevant to money laundering, associated predicate offences and terrorist financing, and for the dissemination of the results of that analysis.

In accordance with the case-law of the European Court of Human Rights, a system of first instance reporting to a self-regulatory body constitutes an important safeguard for upholding the protection of fundamental rights as concerns the reporting obligations applicable to

More importantly, by depriving terrorists and terrorist organisations of access to funding and the financial system, terrorist attacks could be prevented.

Moreover, in compliance with the FATF Recommendations 2012, lawyers:

- should be required to report suspicious transactions when, on behalf of or for a client, they engage in a financial transaction in relation to the activities described in numbers 1-5 above. Suspicious circumstances are, for example, cases where the transaction serves no apparent purpose, the nature of the transaction does not match the customer's business needs or the transaction structure is unnecessarily complicated.

Countries may allow lawyers to send their suspicious transaction report to their appropriate self-regulatory organisations, provided that there are appropriate forms of cooperation between these organisations and the Financial Intelligence Unit (FIU).

A self-regulatory body is a body that represents a profession (e.g. lawyers, notaries, other independent legal professionals or accountants), and which is made up of members from the profession, has a role in regulating the persons that are qualified to enter and who practise in the profession, and also performs certain supervisory or monitoring type functions. Such bodies should enforce rules to ensure that high ethical and

lawyers. The information is shared with a professional who is not only subject to the same rules of conduct but is also elected by his or her peers to ensure compliance with them, thus ensuring that professional privilege was not breached;

- are not required to report suspicious transactions if the relevant information was obtained in circumstances where they are subject to professional secrecy or legal professional privilege. Legal professional privilege – that is a legal norm that protects the confidentiality of communications made between a lawyer and his or her client - is of great importance for both the lawyer and the client and for the proper administration of justice. It is without a doubt one of the fundamental principles on which the administration of justice in a democratic society is based. Legal professional privilege is a significant right and cannot be easily be overridden by other interests (i.e., it can only be limited by overriding requirements in the public interest in certain specific circumstances⁴), yet not all communications fall under this privilege. It would normally cover information lawyers receive from or obtain through one of their clients: (a) in the course of ascertaining the legal position of their client, or (b) in performing their task of defending or representing that client in, or concerning judicial, administrative,

arbitration or mediation proceedings. Legal advice should remain subject to the obligation of professional secrecy, except where the legal professional is taking part in money laundering or terrorist financing, the legal advice is provided for the purposes of money laundering or terrorist financing, or the legal professional knows that the client is seeking legal advice for the purposes of money laundering or terrorist financing.

Where lawyers seek to dissuade a client from engaging in illegal activity, this does not amount to tipping-off (prohibited by law from disclosure) according to the FATF Recommendations 2012.

There are jurisdictions where no formal AML/CFT obligations are imposed on lawyers. However, it would be advisable for lawyers to be aware of the FATF Recommendations 2012. Lawyers still have ethical obligations that require them to avoid supporting criminal activity and being unwittingly involved in its pursuit. Lawyers are still expected to play a role in the fight against money laundering and terrorist financing.

Training

All lawyers must be aware of and continuously educate themselves about the relevant legal and ethical obligations that apply to them. This is particularly so as the threats associated with money laundering and terrorist financing are constantly evolving to become more sophisticated.

Law firms must ensure that an adequate AML/CFT compliance programme is in place and provide appropriate training for their employees on an ongoing basis.

A lawyer – who is an expert on AML/CFT law – can teach the employees of obliged entities under AML/CFT rules (e.g. credit institutions or financial institutions) in special ongoing training programmes to help them recognise operations which may be related to money laundering or terrorist financing and to instruct them as to how to proceed in such cases.

Technological Innovations

New technologies are rapidly changing the nature of the financial infrastructure around the globe. Technological innovations

in financial services have the potential to improve dramatically financial integrity and stability. FATF Executive Secretary David Lewis said: «*In terms of the fundamentals of anti-money laundering - customer due diligence, knowing the source and destination of money flows and identifying suspicious activity - these technological innovations provide an opportunity to bring AML into the 21st century*»⁵.

“FinTech” refers to technology enabled provision of financial services, including by alternative providers who use technology-based systems in some way either to provide financial services directly or to make the financial system more efficient.

“RegTech” stands for “regulatory technology” and a business model where technology enables firms better to comply with regulation; RegTech can enable also government bodies to implement, monitor, or enforce regulation in a more effective, more efficient manner, or in a user-friendly manner.

European Securities and Markets Authority (ESMA) published “Questions and Answers” specifically regarding pertinent risks in relation to money laundering and terrorist financing with reference to investment-based crowdfunding. The risks associated with investment-based crowdfunding may be mitigated where other parties involved in the transfer of funds are responsible for anti-money laundering/terrorist financing controls, even where the platform itself is not. For example, it is likely that where the investor’s funds are exchanged for securities issued by the project owner, a regulated credit institution or PSD payment institution would be involved in the transfer of funds. Where the credit institution or payment institution is based in the EU, it would have responsibilities, among other things, in relation to the customer due diligence checks on the parties involved. Lawyers involved in the securities transaction would also have responsibilities to carry out customer due diligence checks and take appropriate action if such checks raised concerns.

Technological innovations in financial services have the potential to improve dramatically financial integrity and stability.

“Legal technology”, also known as “Legal Tech”, is the possible application of technology and software supported solutions in the legal market.

In particular:

- FinTech can be used to identify terrorist financial flows, including in the case of very small transactions;
- RegTech offers opportunities to reduce the cost of compliance and improve the efficiency and effectiveness of customer due diligence;
- technology-based innovations have the potential to be utilised better to fight money laundering and terrorist financing. For example, big data, artificial intelligence, and machine learning could improve the detection of suspicious activities, potential illegal activity and criminal networks.

An example of FinTech topic is crowdfunding, a means of providing financing and an alternative investment solution, albeit from a small base. In July 2015, the

International Judicial Co-operation in Countering Terrorism

Terrorism is a threat that does not recognise borders and may affect States and peoples irrespective of their geographical location.

In the absence of a generally accepted definition under international law, “terrorism” can be defined as the intentional and systematic use of actions designed to provoke terror in the public as a means to certain ends. Terrorism can be the act of an individual or a group of individuals acting in their individual capacity or with the support of a State. It may also be the act of a State, whether against the population (human rights violations such as forced labour, deportation, genocide, etc.), or in the context of an international armed conflict against the civil population of the enemy State.

The transnational nature of terrorism requires a co-ordinated response for

all States and actors of the international community. Co-operation in judicial matters is an indispensable requirement in order to overcome challenges pertaining to the investigation and prosecution of terrorist acts, particularly when the various elements of a case are spread beyond the jurisdictions of several States.

With regard to "judicial measures and international cooperation", the United Nations Security Council adopted, in particular, Resolution 2322 (2016) on December 12, 2016 and Resolution 2396 (2017) on December 21, 2017.

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

I. "Proliferation financing" refers to: the act of providing funds or financial services which are used, in whole or in part, for the manufacture, acquisition, possession, development, export, trans-shipment, brokering, transport, transfer, stockpiling or use of nuclear, chemical or biological weapons and their means of delivery and related materials (including both technologies and dual use goods used for non-legitimate purposes), in contravention of national laws or, where applicable, international obligations.

2. The EU Fourth Anti-Money Laundering Directive, entered into force on June 26, 2017, reinforces the existing rules by introducing the following changes: (i) reinforcing the risk assessment obligation for banks, lawyers, and accountants; (ii) setting clear transparency requirements about beneficial ownership for companies. This information will be stored in a central register, such as commercial registers, and will be available to national authorities and obliged entities; (iii) facilitating cooperation and exchange of information between Financial Intelligence Units from different Member States to identify

and follow suspicious transfers of money to prevent and detect crime or terrorist activities; (iv) establishing a coherent policy towards non-EU countries that have deficient AML/CFT rules; (v) reinforcing the sanctioning powers of competent authorities. The EU Fourth Anti-Money Laundering Directive fully takes into account the FATF Recommendations 2012.

3. "Beneficial owner" means any natural person(s) who ultimately owns or controls the customer and/or the natural person(s) on whose behalf a transaction or activity is being conducted.

4. Article 8 of the European Convention on Human Rights (1950) permits interference by the authorities with the right to respect for private and family life when necessary "*in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others*".

5. XXV International Financial Congress, St Petersburg, 1 July 2016.

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.



Avenir de l'avocat

I Louis KRACK

I do not believe that the future of the lawyer lies on the search of new activities within the “range of our profession” which would inevitably have a harmful impact on the specificities of our practice, specificities which allow us to enjoy some important privileges that differentiate us from any other legal profession, such as professional secrecy (legal privilege) and/or the preferential contribution to the work of justice, necessary for the harmonious growth of the humanity.

The future of our profession lies on strict and relevant defence of our actual practice.

Lorsque nous parlons de « l'avenir de la profession », j'ai le sentiment que la plupart d'entre nous envisagent principalement leur avenir financier et, sur ce point, je comprends aisément leurs inquiétudes.

Notre « marché » – n'ayons plus peur des mots puisque nous sommes devenus une entreprise comme une autre – se réduit, la concurrence est de plus en plus vive, les justiciables de plus en plus réticents à consacrer des moyens adéquats – à supposer qu'ils les aient – à la défense de leurs intérêts, un appareil judiciaire de plus en plus coûteux et de moins en moins adapté et, demain, si ce n'est ce soir, on nous promet la concurrence de l'intelligence artificielle.

C'est sans doute la raison pour laquelle nos autorités ordinaires, sans doute légitimement préoccupées par le devenir matériel de ses trop nombreux membres, s'évertuent à trouver de nouveaux secteurs d'activités.

Ils veulent selon l'expression à la mode « étendre notre champs d'activité ».

Je crois qu'en agissant de la sorte, elles rendent un mauvais service à la profession qui est – et doit rester – la nôtre.

Un avocat peut certes être demain syndic de copropriété comme un dentiste ou un instituteur, mais il exerce alors une autre profession. Il en est de même pour ceux qui veulent étendre leurs activités et cumuler leur fonction d'avocat avec celle d'agent de vedettes du sport ou des médias : ce ne sont plus, dans ces fonctions, des avocats. Je ne considère pas non plus que l'activité de lobbying puisse être compatible avec la notion de l'avocat, même si les avocats peuvent, comme tout citoyen, faire du lobbying. Je suis également plus que réservé sur l'emploi salarié même temporaire en entreprises, etc.

Poursuivre sur cette voie, c'est sans doute scier la branche qui nous soutient.

C'est cette profession qui doit être protégée par nos Ordres nationaux ou européens avant tout.

Les limites de cette profession ont été parfaitement décrites par un éminent magistrat honoraire dans un ouvrage consacré au secret professionnel : « *C'est en raison de la confiance que la société met en lui (l'avocat) qu'il a mérité celle des juges, mais elle ne survivra à la marchandisation du monde que si l'avocat reste cet être indispensable à l'harmonie des hommes, parce qu'il est le seul à pouvoir recueillir les confidences à l'abri du regard des puissances et des pouvoirs même si, par ailleurs, mais cet ailleurs doit être soigneusement délimité, il participe aussi au monde des affaires* ».

Poursuivre la recherche d'autres activités dans le « périmètre de notre fonction d'avocat », est sans doute un objectif louable mais étranger à ce qui fait notre spécificité.

Relisons quelques décisions exemplaires, que ce soit des Cours de Luxembourg ou de Strasbourg, et pour les Belges, de leur Cour constitutionnelle.

L'avocat bénéfice, rappelle ces hautes autorités judiciaires, d'un immense privilège, celui du secret professionnel, sans compter un autre grand privilège, celui de la plaidoirie, avec parfois un monopole de celle-ci, car il participe à l'administration de la justice. plus que tout autre profession juridique, il a, avec ses clients, une relation de confiance et ainsi, il assure, en toute indépendance par son assistance et par la défense de ses clients, le respect des droits fondamentaux des êtres humains et de tous les justiciables, que ce soit à l'occasion de procédures ou en dehors de celles-ci.

C'est cette profession telle qu'elle est décrite par les autorités européennes qui nous permet de bénéficier, comme avocat, du secret professionnel ou de certains avantages en cas de suspicion de blanchiment, du moins en Belgique.

C'est d'ailleurs à cause de cette fonction essentielle qui est la nôtre que les vrais avocats sont les mal aimés des dictatures dont l'un des premiers objectifs est souvent d'assujettir les Ordres et ou les avocats à leur autorité, à défaut de les faire taire, voire les supprimer.

C'est d'ailleurs en raison de cette flatteuse appréciation de notre profession, de notre rigueur, de notre déontologie, de nos connaissances, etc. que le pouvoir judiciaire nous confie souvent prioritairement d'autres missions judiciaires ou parajudiciaires.

C'est en fonction de cette mission extraordinaire et essentielle à nos libertés et à nos droits que, conscients de nos obligations, nos ordres peuvent édicter des règlements restrictifs aux sacro-saints principes de la concurrence (du moins en zone européenne) tant que ces règlements restrictifs sont proportionnels à la défense des valeurs à protéger.

Pourquoi dès lors prendre le risque en étendant « le champ d'activité des avocats »

à différentes fonctions qui sont totalement étrangères aux principes relevés ci-dessus, d'affaiblir le pouvoir réglementaire déjà limité des Ordres ?

Poursuivre la recherche d'autres activités dans le « périmètre de notre fonction d'avocat », est sans doute un objectif louable mais étranger à ce qui fait notre spécificité.

Comment justifier des mesures restrictives dans l'exercice d'une activité annexe dont les conditions, règlements, habitudes, coutumes, dépendent d'usages ou de législations, voire même, d'autorités réglementaires sur lesquelles nos Ordres n'ont aucun pouvoir juridictionnel même pas celui de simple appréciation !

Pourquoi prendre le risque de mettre le secret professionnel de l'avocat en jeu en lui permettant d'être comme avocat *Compliance Officer* alors qu'une partie de la mission de celui-ci est de dénoncer ? Il en est de même pour le « secret d'affaire » auquel serait tenu un avocat salarié en entreprise qui n'a rien de comparable avec le secret professionnel comme cela a déjà été jugé.

Pourquoi affaiblir les notions de secret professionnel et les quelques priviléges qui nous restent dans la lutte contre le blanchiment en autorisant les avocats dans leur champs d'activité d'être des agents d'artistes (même sous prétexte de la défense des droits d'auteurs) ou, pire, de joueurs de football dans des milieux où l'argent coule à flot sans aucun contrôle ?

Pourquoi affaiblir l'éthique dont l'avocat doit faire preuve en lui permettant un lobbying contraire, parfois, à l'intérêt général et souvent de nos valeurs éthiques...

Intervenir dans de telles matières et même dans d'autres moins sensibles à première analyse dans le « périmètre de notre profession » c'est tout simplement s'engager d'abord sur la banalisation de ce qui fait notre spécificité pour aboutir à sa disparition.

L'avenir de la profession d'avocat ne rime pas avec l'avenir professionnel économique de tous ceux qui veulent devenir ou rester avocat.

L'avenir de notre profession doit être assuré par le renforcement des règles qui protègent les droits et privilégiés qui nous sont encore reconnus par les autorités nationales ou européennes et lutter pour qu'il en soit ainsi à l'avenir, ce qui ne pourra être réalisé que si ces règles et notre déontologie visent à la sauvegarde des objectifs que lesdites autorités reconnaissent à la profession d'avocat.

Diluer nos activités dans d'autres domaines dans un cadre plus général de la profession, c'est finalement nier notre spécificité particulière.

Je ne suis cependant pas opposé à ce que l'avocat – pour des raisons soit économiques, soit d'épanouissement personnel – puisse développer une autre activité professionnelle, même commerciale, mais ce devra être en une autre qualité et en aucun cas, en cette qualité, il ne pourra revendiquer l'un des priviléges de la profession d'avocat étant entendu au surplus qu'en cas de simple doute, aucun de ces priviléges ne lui sera reconnu.

Les Ordres n'interviendraient que pour veiller au respect de la dignité ou de la compatibilité d'exercer cette autre profession avec celle d'avocat, ce qui ne sera déjà pas si simple en fonction des différentes appréciations subjectives.

Je ne suis pas non plus obnubilé par la concurrence et le développement de l'intelligence artificielle et/ou de l'utilisation des techniques nouvelles de communication – la connectivité des cabinets.

En ce qui concerne ces dernières, elles ne sont que le développement de techniques d'approche de la clientèle comme ce fut le cas il y a cinquante ans avec les balbutiements de la publicité et/ou de méthodes de travail dues aux progrès techniques de nos supports matériels, l'impact est simplement plus large, plus spécialisé, plus performant, plus concurrentiel... Mais nous nous adapterons comme nous nous sommes adaptés aux balbutiements de la publicité commerciale, sous toutes ses facettes ainsi qu'à la sophistication progressive de nos outils de travail même si, signe des temps, notre évolution se devra d'être plus rapide et plus spécialisée... Mais ici encore, il faut veiller au respect de nos règles

fondamentales, l'impact publicitaire et les facilités des communications instantanées et mondiales ne peuvent se développer au mépris du secret professionnel et du respect de la confiance que la justice et les justiciables espèrent de nous.

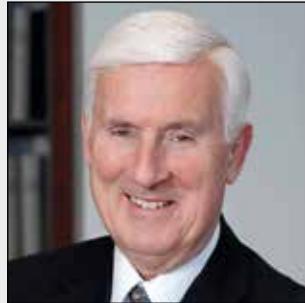
J'ose espérer, en ce qui concerne l'intelligence artificielle, que nos Ordres et nos gouvernants réfléchiront à deux fois, si ce n'est plus, avant de confier la justice à des algorithmes dont on sait que dans des matières nettement plus arithmétiques que le droit, comme les finances et/ou la vie économique, ils ne peuvent résoudre tous les problèmes. Il y a un élément essentiel dont ils doivent tenir compte : le caractère humain de la justice.

La justice et, surtout à travers celle-ci les avocats, a un double rôle dans l'évolution de notre société soit en anticipant celle-ci par des décisions adaptées à la situation réelle, soit en corrigeant les errements d'un exécutif ou d'un législateur de plus en plus pressé de légitimer à court terme tout en omettant, parfois même à dessein, des principes élémentaires des droits de ses citoyens.

Comment se pourrait-il, qu'après avoir voulu développer de nouveaux modes alternatifs de règlement des conflits, sur la base de l'intervention de la psychologie et/ou des sentiments humains, nos Ordres deviennent subitement des partisans de l'intelligence artificielle à laquelle il manquera souvent ce que nous appelons le *feeling* et toujours le ressenti humain.

Sur ce plan, nos Ordres devraient être, au contraire, particulièrement attentifs à rejeter la prépondérance, dans une justice robotisée, automatisée, intégrée, connectée, en bref inhumaine, qu'on nous annonce pour demain, de l'influence des pouvoirs législatif et exécutif réunis qui introduiront dans l'intelligence artificielle, dont le développement est déjà et sera encore plus demain, confié à des développeurs auxquels nos valeurs sont étrangères, introduiront donc, leurs lois, arrêtées et règlements bruts de décodage, lesquels ainsi influenceront de manière anormale les résultats des algorithmes muselant ainsi de fait le pouvoir judiciaire... En conclusion, si nos Ordres sont conscients de l'importance de leur mission, l'avenir des avocats, même si demain ils doivent

U.S. Law Firms Employ Technology to Respond to Changing Client Expectations



I James C. MOORE

être moins nombreux, dans leur fonction qui doit rester la leur, ne sera assuré que par l'épanouissement des qualités qui ont toujours été nécessaires pour remplir notre mission :

- La connaissance approfondie des matières pratiquées ou adaptées à sa pratique ou au milieu dans lequel il pratique, ce qui entraîne une obligation de formation permanente ;
- Une disponibilité et une ponctualité totale avec un devoir d'anticipation des besoins de la clientèle ;
- Une indépendance d'esprit, seule capable de donner des avis justes et raisonnés ;
- Une indépendance financière pour garder son indépendance d'esprit ;
- De l'empathie envers les causes qu'on accepte, les clients qu'on défend et les adversaires qu'on respecte ;
- Un peu de réussite mais toujours beaucoup de travail ;
- De la générosité, voire du dévouement, car nous exerçons une mission importante dans une société où la Justice doit rester le seul pouvoir indépendant qui assure l'harmonie et la paix des êtres humains ainsi que la défense de leurs droits fondamentaux.

Enfin, beaucoup de passion.

Louis KRACK

Ancien Bâtonnier

Fondateur et ancien administrateur de l'OBFG

Ancien chef de la délégation belge au CCBE

Charleroi, Belgique

avokrack@skynet.be

Periodic studies¹ of the U.S. legal profession during the past decade have revealed some sobering observations:

- For the profession, recovery from the 2008 Recession has been difficult. During the following decade, the demand for legal services has only gradually recovered. In fact, between 2015-2017, the demand has been at best, flat. One consequence of this phenomenon is that many partners in law firms are not sufficiently busy and firm profitability has suffered.
- Business, corporate and institutional clients (e.g. insurers, universities, and not-for-profits) have made a concerted effort to retain as many legal services within the business as possible before referring any needs to outside counsel. Indeed, while law department budgets have increased, fees paid to outside counsel have declined.
- Further, law firms can no longer rely on businesses to send all legal needs to a single law firm; instead, clients increasingly parse their work into specific problems and then seek other law firms which specialize in the precise problem, occasionally at lower cost.
- Within the business community, resistance to unpredictable legal fees based upon the billable hour is notable. This has resulted in client driven downward pressure on billing rates and a demand by clients for closely monitored case budgets or alternative fee arrangements.
- Another response to the cost of legal services has been the growth of non-attorney businesses which offer services previously provided only by lawyers. Businesses such as LegalZoom which will deliver form contracts, wills, and incorporation instruments directly to clients without the intervention of a law firm, are prospering. In addition, other non-lawyer firms provide transcript review and analysis, legal research, and predictive dispute analysis directly to businesses thereby eliminating some services previously provided by attorneys.
- Another challenge to traditional law

firms exists in the form of international accounting firms such as PWC, KPMG and Deloitte which offer clients a full complement of legal services, thereby avoiding the client's need to retain outside counsel.

While these developments have not eliminated the need for the services and wise counsel of experienced lawyers, they have and will have an impact on the manner in which law firm services are delivered. Inevitably, more than ever before, U.S. law firms must consider the cost to the client – and themselves – of the services which they deliver.

These evolving trends have prompted several responses from U.S. law firms including: reducing the number of equity partners, slowing the hiring of both associates and staff, some reductions in staff, strict controls on expenses, employing contract lawyers at low hourly rates for fixed and limited intervals, and seeking only modest rate increases from clients. Some firms have stopped providing services in specialties which have been either marginally profitable or for which the demand has only been modest. Other firms have increased their marketing budgets for their most significant practice areas.

A clear message from the studies of the economics of U.S. law firms is that something more than cutting costs and raising rates will be necessary to succeed in today's intensely competitive environment.

From the perspective of any law firm, the two most important objectives must be to fully respond to the client's needs and, to do so in a manner which is profitable.

With the understanding that a law firm's profit can no longer be achieved by simply raising the hourly rate U.S. firms have turned to technology as one way to address both the needs of the client and their own economics. Following are some examples of how technology is being employed in the law firm workplace:

Research and Document Production: Without doubt, the most profound change in U.S. law firm operations during the past two decades has been in the manner in which research is conducted, documents are produced, and communications are conveyed. Today most U.S. large and midsized law firms rely extensively on Thomson Reuters/Westlaw, Lexis Nexis or Bloomberg BNA for research thereby eliminating time consuming physical research. Further, technologically competent attorneys are now able to draft documents such as pleadings, opinions or correspondence, without relying on an assistant to prepare multiple drafts. One result has been the ability of law firms to function with fewer administrative/secretarial staff members. The extensive use of electronic communications has also meant that most assistants now support several attorneys. A corollary of this development is that it is difficult for any major law firm in the U.S. to remain competitive and profitable unless it invests in technology and that its members acquire the skills to employ it.

Personnel Management: Maintaining firm profitability while containing legal fees requires gathering some of the following information about the attorneys performing services: the time during which the project/case has been in progress, hours billed to date, payments received, time which will not be billed (written off), accounts which are unpaid, and nonbillable time per attorney. Software to gather and report such information is readily available. Establishing performance standards in each of these categories is essential to determining the value of the attorney to the law firm and the cost to the client of the services provided. While gathering this information is important, the task of enforcing compliance with standards is equally significant.

Litigation Management: The review, analysis and organization of documents such as transcripts, drafts, emails, writings, new clippings and videos can be time consuming and expensive if performed by attorneys. While commercial vendors are available to provide these services, software which will accomplish the same result is also available to law firms.

Access to Forms: Previously when an attorney was called upon to provide a service for a client with which the attorney was not familiar, the attorney would have to conduct

time consuming research to find applicable statutes, regulations and procedures. Now, however, new technology is available which will direct the attorney to relevant regulations and provide the attorney with access to standard forms, documents, clauses, checklists and other guidance (i.e. an agreement and plan of merger). Examples of this technology are Thomson Reuters' Practical Law or Lexis Practice Advisor.

News Aggregation: When an attorney's practice involves representing certain types of businesses or specific legal issues, the attorney can establish a profile using Manzama or other news aggregators reflecting an interest in news about those businesses or issues. The aggregators then deliver news involving those interests to the attorney.

Review of Pleadings and Briefs: Several legal information vendors provide software which will, in minutes, validate and/or extract cases or opinions cited in an opposing brief or in an earlier court decision. One product, CARA Research, employs artificial intelligence to perceive the context and theme of the attorney's brief, memorandum or opinion, and then links to or suggests similar briefs, opinions, and caselaw.

Security of Work Product: Many clients are understandably concerned about the risk that confidential information stored at a law firm such as personnel, financial, strategic or other confidential records, might be stolen. To reduce or eliminate attorney time which might be devoted to preventing unlawful intrusion, law firms employ multiple forms of software to reduce that risk.

In a recent article about technology in law firms, the author observed: "The goal of much of this technological adaptation is to decrease costs, increase convenience, and improve access to justice – an admirable objective in anybody's book."² However, in its 2017 survey of U.S. law firms, the consulting firm Altman Weil observed: "...only 49% of law firms said they have significantly changed their approach to the efficiency of legal service delivery. This represents a frightening disconnect."³

Acquiring law firm technology to enhance attorney efficiency and productivity can easily involve an investment in the hundreds of thousands of dollars. And yet those U.S. law firms which have prospered since the end of the Great Recession have done so in part by embracing technology.

From the perspective of any law firm, the two most important objectives must be to fully respond to the client's needs and, to do so in a manner which is profitable.

Litigation Analytics: Software is available which offers lawyers the ability to search a specific judge's prior opinions on a subject or even the prior published writings of opposing counsel on the subject in dispute. Lex Machina and Bloomberg BNA also allow an attorney to use statistics to observe patterns or trends in the decisions of a specific judge or in any federal court.

Data Rooms: These arrangements allow the storage of documents such as books, architectural renderings, forms, drafts of proposals, and other information in a cloud-like setting. The "room" is secure and can only be accessed by password. With permission, other attorneys or another law firm can access the documents thereby eliminating the need for office storage and reducing time spent exchanging, storing, and revising documents.

James C. MOORE⁴
Counsellor to the UIA President
Law Office of James Moore
Pittsford, United States
jcmoore1939@gmail.com

1. 2018 Report on the State of the Legal Market, Thomson Reuters; 2017 Law Firms in Transition, Altman Weil, Inc.

2. *The Uncertain Future:Turbulence and Change in the Legal Procession;* S. Kellogg, *The Washington Lawyer*, April, 2018.

3. See note 1, *supra* @p. iv.

4. James C. Moore is a retired partner from a major law firm in New York State. He is a former President of the New York State Bar Association and is a member of the UIA's Governing Board. He currently serves as an arbitrator and mediator in New York. The author expresses appreciation to Lisa Worchacz, B.A., M.S. Ed., M.S.I.S. for assistance in preparing this article.



Legal Practice Pratique du Droit Ejercicio de la Abogacía





Designation of Origin of Food Products and Trade Marks: Uneasy Bedfellows

I Stefano DINDO

A recent important decision of the business division of the Court of Venice on the conflict between designation of origin and trade marks in the wine industry offers us an opportunity to reflect on a delicate and difficult subject, around which gravitate interests of real economic importance.

The subject is the following: is it possible to register a trade mark which contains a designation of origin? What are the limitations?

The importance of the subject is clear because many designations of origin are very well known all over the world, with the result that any creation of a trade mark that contains one such designation is on the one hand able to exploit the drawing power of the designation, and, on the other hand, there is the need to comply with the rules applicable to the designation.

Before examining specifics, it would be as well to revisit the meaning of the term "origin" in the food field, since it is not an unequivocal term.

"Origin" in the Sense of Provenance

Origin and quality, when it comes to food products, are not well defined terms in the laws of the various countries and can have different meanings.

"Origin" may, above all, refer to the place from which a determined product comes, without the word implying any particular characteristics linked to such provenance. It is therefore a notion that is relevant especially in customs terms, as customs duties vary to take into account the provenance of a product. It is also of importance however to the consumer, who often has an interest in knowing the provenance of a food product, irrespective of whether or not particular qualities have been recognised in relation to a certain geographical area.

The provenance of a product from a country that enjoys a good reputation in the area of foods products may in itself be important to the appreciation on the part of the public of that particular product.

For example, a food product that comes from a country such as Italy, France or Germany may be more attractive to the public of Hong Kong, than a product from China, for no other reason than that it comes from these countries. And there is more.

The provenance of the ingredients (which are indicated on the label) may also influence the consumer's choice, and sometimes for quite irrational reasons.

In the area of wine production, article 93 of EU Regulation UE 1308/2013 provides that "designation of origin" shall refer to the name of a region, when the qualities and the characteristics of the product are due essentially or exclusively to a particular geographical environment and its natural and human factors, provided that the wine is obtained from grapes that come from that area and the wine production itself takes place in that same area.

The presupposition for the recognition of a geographic indication as "designation of origin" therefore consists of the existence of a relationship between an area of land and the product such as to influence the quality of that determined product which (and this

The provenance of the ingredients (which are indicated on the label) may also influence the consumer's choice, and sometimes for quite irrational reasons.

Some countries, such as France and Italy for example, have recently introduced an obligation to label the origin of milk from their dairies, availing themselves of the possibilities of EU Regulation UE 1178/2011. It is a regulation that does not, of itself, regard the quality of the product, but it certainly has *de facto* economic consequences insofar as the Italian or French consumer may prefer to buy an Italian or French dairy product for the simple reason that they feel it offers greater guarantees. This has of course implications with the greater economic opportunities it affords national breeders.

Designation of Origin as Guarantee of Quality of a Product

Quite different is the "designation of origin" which, in the law of the European Union, indicates a causal relationship between the place of origin and the characteristics of the product.

is the argument) is as it is thanks to the knowledge inherent to that community, that is to say thanks to the natural and human qualities of that determined geographical area.

In fact the procedure for recognition of a designation of origin requires, *inter alia*, a report descriptive of the reasons that would suggest that a determined product be a part of the cultural heritage of a certain place, due to historic and economical background.

The body of expertise that underpins recognition of a designation of origin is then codified in its production regulation, which amounts to the "law" for that particular designation. This identifies the geographical area of production, the manner of presentation and sets forth the rules that have to be followed by anyone wishing to produce and sell a product as a product bearing that designation of origin. Who, then, is able to use the designation in question?

Anyone who (i) in the geographical area identified by the regulations, produces, using products from that area and (ii) complies with these rules and (iii) subjects his/her production to the control systems provided for in the law, which involves the issue of certifications from the authorised entity of each member country.

The designations used in compliance with the rules are protected (i) against any direct or indirect trade using the protected name for comparable products, if such use exploits the renown attaching to a designation; (ii) against any usurpation, mutation or evocation of the name even if the actual origin of the product or service is indicated, or where the protected name is a translation or accompanied by wording such as "kind", "type", "method", "in the manner of", "imitation", "taste", "like" or similar such expressions (iii), against any other false or misleading indication relating to the provenance, origin, nature or essential qualities of the product used on the packaging, in its advertising or in the documents relating to the product (as set forth in article 103 rep. UE 1308/2013 as regards wines).

This "cultural" approach taken by European legislation is largely in contrast or conflict with that taken by countries outside the EU, which tend to be reluctant to recognise that a specific designation of origin should be protected as a result only of administrative recognition of the existence of a relationship between that product and a certain geographical area, due to the natural and human factors typical of that land, irrespective of whether in a determined country consumers actually identify those designations as distinguishing the provenance of a product and identify it as such.

The situation is different if the term used for the designation of origin is registered as a trade mark, since in that case, also outside the EU, the protection of the term can be invoked (also) under trade mark law.

What, however, is the relationship between commercial trade marks and designation of origin?

For wines the general rule is enshrined in article 102 of Regulation 1308/2013, which essentially establishes two essential rules:

The first.

After the designation of origin has obtained this protection, it is possible to register a trade mark that contains a designation on condition that it complies with the relevant regulation of that specific designation of origin.

The second.

A trade mark that contains within it a designation may continue to be used, where the registered term becomes a designation (after the registration of the trade mark) provided that it was registered in good faith.

So we come to the case decided by the Court of Venice, where one further clarification is first due.

In addition to the geographic indications, European law affords specific protection (with article 112 of the Regulation 1308/2013) not only to terms that are strictly geographic but also, for example, terms regarding the method of production or the aging of the product.

In the case in question the designation regards Amarone, which together with the geographical indication of Valpolicella, identifies one of the most famous of all Italian wines "Amarone della Valpolicella". The geographic indication is Valpolicella, while Amarone describes a type of wine obtained with a specific method of production.

What Happened Here?

Thirteen producers of Amarone della Valpolicella (i) established a consortium of companies called "Le Famiglie dell'Amarone d'Arte" both in Italy and EU, (ii) registered trade mark "Famiglie dell'Amarone d'Arte – Amarone Families", (iii) produced what they called their "Manifesto dell'Amarone d'Arte" and (iv) drew up a series of rules that each of its members is required to comply with, claiming that they were "stricter" than the official rules for the wine Amarone della Valpolicella as approved by the law.

There was a reaction to this move from the Valpolicella wines consortium "Consorzio Tutela Vini della Valpolicella", which applied to the Court of Venice to declare the nullity

of the Italian trade mark described above, pointing out, *inter alia*, that this was in conflict with the rules of production which do not permit the addition of "laudatory" terms to the designation, such as "extra", "fine" or similar, that could mislead the consumer, who could be induced to believe that there is a difference between "Amarone d'Arte" and "Amarone", without the "Arte" (i.e. art).

The Consorzio argued that it is not right to suggest that there are two types of Amarone, one "d'Arte", that complies with allegedly stricter rules and another "normal" Amarone that complies only with the rules established by the competent authorities, (by the way, in the case in hand an eminent expert made clear that the allegedly stricter rules did not affect the product).

The Court of Venice upheld the argument on this point as made in the application of the Consorzio and declared the nullity of the trade mark, thereby establishing some important principles in law also for any other European designation.

It clarified that any producer engaged in fair competition may of course seek to advance its own trade marks, trying to distinguish them from their competitors, including by presenting its own products as "better".

This should not however be done by "weaving in" the designation of origin with actions such as to create the impression that the product is a particular subgroup of the designation of origin, with the connotation that it has better quality characteristics compared with others within the designation.

The central point in the *ratio decidendi* of the Court was therefore that if there is a designation of origin, with its own rules that have to be observed, a producer may not seek to present its own product as being better on the basis that it has complied with stricter rules.

A word of warning, however!

The company *Le Famiglie dell'Amarone d'Arte* had registered the above described trade mark not only as a national trade mark but also a EU trade mark and the Consorzio had also applied for the nullity of this trade mark.

Food Based Country of Origin Litigation in the United States

So what happened?

Almost at the same time as the registration of the ruling of the Court of Venice, the European Union Office for Intellectual Property (EUIPO) decided in its turn, however, that in its opinion the challenged trade mark was valid because even if the wording “Amarone d’Arte” was “implicitly laudatory”, it was not such as to mislead the consumer.

In particular, according to the Office, the expression “d’Arte” recalled the producers’ observance of the rules of art for the production of Amarone, while in the view of the Court of Venice the expression “d’Arte” was directly linked not to the word “Famiglie” (families) but to the word “Amarone” and was therefore designed to suggest an “Amarone d’arte” that was implicitly different from other “Amarone” that was not “of Art”, rather than referring to an Amarone that simply observed the rules of art for the product. The argument continues as we await the judgment of the Venice Court of Appeals and of the EUIPO; there is still plenty of work for the lawyers!

Stefano DINDO
President of the UIA Food Law working group
Dindo, Zorzi e Avvocati
Verona, Italy
studiolegaledindo@studiodindo.it



Michael R. REESE

“There are three things that matter... Location, Location, Location.” Lord Harold Samuel

Country of origin litigation (also known as “COOL”) is a growing area of concern for food companies. Globalization has resulted in a dramatic increase in the number of companies and supply chains that span national boundaries. For many food products, however, the country (or region) of origin is of significant importance to the consumer. One need think no further than the concept of *terroir* when it comes to French wines, Italian cheeses, or Columbian coffee¹ to appreciate that the location from which a food product originates is prized by the consumer and commands a premium price.

This article explores several recent cases of litigation in the United States involving the origin of food products. These cases underscore the risks faced by companies when supply chains cross international or regional borders and conflict with the commonly assumed loci for food production.

I. Risks Associated with Changing Location of Manufacture

In the past decade, there has been a spate of mergers among food companies, which have resulted in the creation of international food conglomerates.² With these mergers, the site of food manufacturing often have moved, as consolidation occurs and companies try to gain efficiencies by relocating production closer to the point of sale. Consequently, manufacturing can become divorced from the commonly believed origin of a product. As seen below, this can spell trouble for food companies because consumer confusion can lead to lawsuits.

A. Case Study One – Beck’s Beer

Bremen – a town in northern Germany – is renowned for three things: the Bremen Town musicians from the Brothers Grimm

fairy tale; Werder Bremen, a soccer team in the Bundesliga league; and Beck’s beer.

Beck’s beer originated and was brewed in Bremen, Germany starting in 1873. For over one hundred years, Beck’s beer was brewed in Bremen. However, in 2012, after consolidation among beer companies, the production of Beck’s beer sold in North America was moved to Anheuser-Busch’s facilities in St. Louis, Missouri.³

Despite the fact that Beck’s beer sold in the United States is now brewed more than 5,000 miles from Germany, the labels of the Beck’s beer still claimed that the beer “Originated in Germany,” was made with “German Quality,” and “Brewed Under the German Purity Law of 1516.”

In 2013, several consumers filed a lawsuit against Anheuser-Busch for allegedly misleading consumers as to the origin of Beck’s beer in the case titled *Marty v. Anheuser-Busch Companies, LLC*, 43 F.Supp.3^d 1333 (S.D. Fla. 2014). The consumers claimed they had overpaid for Beck’s beer by paying a premium price for what they believed was an imported beer made in Germany when, in fact, Beck’s is a domestic beer. The consumers brought claims for violation of the laws of Florida, New York and California, where the three plaintiffs resided. The case also was brought as a class action, a procedural device within U.S. jurisprudence that allows the claims of many individuals to be represented by a single plaintiff or a small group of plaintiffs. In other words, the three plaintiffs sought to represent not only their own claims, but also the claims of all other persons who had purchased Becks’ beer within the past several years.

Anheuser-Busch moved to dismiss the case, arguing that no reasonable consumer could be deceived by the labeling and marketing of the product given that the labels on the beer stated that it was a “Product of USA, Brauerei Beck & Co., St. Louis, MO” and also contained the words “BRAUEREI BECK & CO., BECK’S © BEER, ST. LOUIS, MO.”

The Court rejected this argument, holding that the “Product of USA” disclaimer on the labels was blocked from plain view by the carton packaging. The court reasoned: “[A] consumer would have to either open the cartons of twelve-pack bottles and twelve-pack cans or lift the bottle from the six-pack carton in order to see the ‘Product of USA’ disclaimer... A reasonable consumer is not required to open a carton or remove a product from its outer packaging in order to ascertain whether representations made on the face of the packaging are misleading.”⁴

Furthermore, the court held that “the statement “BRAUERIE BECK & CO., BECK’S © BEER, ST. LOUIS, MO” was not sufficiently descriptive to alert a reasonable consumer as to the location where Beck’s is brewed. Although this statement contains the words “St. Louis, Mo,” the court found that “there is nothing in the statement which discloses where Beck’s is brewed.” The court then denied the motion to dismiss and allowed the case to proceed.

Shortly after issuance of the court’s order denying the motion to dismiss, the parties entered into a settlement. The terms of the settlement provided for partial refunds to consumers valued at US\$20 million.

B. Case Study Two – Kona Brewing Company

It is important to note that litigation based on place of origin is not just limited to countries, but also includes identifiable geographic areas within countries. This concept is most evident with respect to wines, where different regions within the same country – Bordeaux versus Beaujolais in France or Napa versus Russian River in California – can make a great difference in taste and price. As the recent case of *Broomfield v. Craft Brew Alliance, Inc.*, case no. 17-cv-1027-BLF, 2017 WL 3838453 (N.D. Cal. Sept. 1, 2017) demonstrates, this concept is not limited to fine wines but can apply to a wide array of food products, where a food is associated with a particular region.

At issue in *Broomfield* is beer sold under the Kona Brewing Company brand name, including flavors styled as “Longboard Island Lager,” “Wailua Wheat Ale,” “Lemongrass Luau,” and “Hanalei Island IPA,” among others. The packaging for each variety of

beer is adorned with Hawaiian-related images such as orchid flowers, volcanoes, palm trees, surfers, canoes, waterfalls, and hula dancers.

Historically, the beers were brewed in Kona, Hawaii. In 2010, however, the company was acquired by a publicly traded conglomerate, and the manufacture of Kona beers sold on the U.S. mainland was transferred to Oregon, New Hampshire, and Tennessee.

In 2017, three consumers filed a class action in federal court, alleging that the Kona branded beer sold on the mainland was misleadingly labeled because it led consumers to believe that the beer was brewed in Hawaii when it was not. The consumers asserted claims under state consumer protection laws, including California’s Consumer Legal Remedies Act, which expressly prohibits misrepresentations as to the origin of a product.

“The disclaimer on the Kona beer label lists five locations, including “Kona, HI, Portland, OR, Woodinville, WA, Portsmouth, NH, and Memphis, TN” which encompass “all locations where the beers are brewed.” A list of multiple locations on a product label does not amount to an explicit statement that the beer is brewed and packaged at a particular location. ... Particularly the inclusion of Kona, Hawaii on the list mitigates the disclaimer’s effectiveness, since Plaintiffs allege that no bottled or canned beer bearing the Kona label is actually brewed in Kona, Hawaii. Therefore, even if the Court was to consider the label in the context of the packaging, a reasonable consumer could still be deceived because the list of brewery locations does not “alert a reasonable consumer as to the location where [Kona beer] is brewed.””

The court then denied the majority of CBA’s remaining arguments and allowed

Country of origin litigation also is a risk where food production involves an international supply chain.

The defendant – Craft Brew Alliance, Inc. (CBA) – moved to dismiss the complaint, arguing that no reasonable consumer would either believe or care that the beer was brewed in Hawaii. The court disagreed, holding:

“Hawaii is a state as well as a state of mind. When adults want to escape the mainland, they can go to their local grocery store, purchase a package of Kona Brewing Company beer, and feel as though they are transported to the beaches of Hawaii. This case is about the importance of where that beer actually is brewed.”

CBA also argued that it disclaimed that the product was brewed in Hawaii by listing on the bottles themselves all of the places the beers are made including on the mainland. The court rejected this argument and held that the disclaimer on the labels of Kona beer is not enough to contradict the representations on the outer packaging and that, under well-established legal precedent, reasonable consumers are not required to investigate to ascertain whether representations made on the face of the packaging are misleading.⁵

The court further explained:

the case to proceed. The case currently is in active litigation.

C. Other COOL Litigation Based on Location of Manufacture

Finally, it should be noted that Beck’s and Kona beers are not outliers on this issue. Rather, litigation has ensued over the brewing origin of several beer products, including Kirin, Red Stripe, Asahi, Foster’s and Guinness. Accordingly, when consumers have been led to associate the origin of the product with the product itself through marketing or labelling, there is potential for COOL liability when moving the location of manufacturing.

II. Risks Associated with International Supply Chains

Country of origin litigation also is a risk where food production involves an international supply chain. This is especially the case where a food or ingredient commands a premium when it comes from a particular country or region.

As discussed below, recent litigation involving olive oil underscores this risk.

A. Case Study – Filippo Berio Olive Oil

Filippo Berio is a popular brand of olive oil that originated in Lucca, Italy in 1867. The Salov North America Corporation imports and markets the Filippo Berio brand olive oil in the United States.

The words “Imported from Italy” appeared prominently on the front label of each bottle of Filippo Berio olive oil sold in the United States. However, the olives from which the oil is made are grown and pressed in other countries, after which the oils are shipped to Italy where they are blended and bottled for export. A small statement on the back of the products indicated: “Packed in Italy with select extra virgin olive oils from Italy, Spain, Greece & Tunisia.”

In 2014, a consumer – Rohini Kumar – filed a lawsuit in federal court in the Northern District of California, titled *Kumar v. Salov North America Corp.*, case no. 14-CV-2411-YGR, 2015 WL 457692 (N.D. Cal. Feb. 3, 2015). He alleged that the “Imported from Italy” statement on the product labels was false and misleading, and violated federal regulations and state law concerning country of origin and misbranding of food products.

The company defendant moved to dismiss, arguing that “no reasonable consumer would understand ‘Imported from Italy’ to mean that the product was made entirely from Italian-grown olives.” The defendant also argued that the back label of the bottle disclosed that the olives did not come solely from Italy but rather also originated from Spain, Greece and Tunisia.

The court rejected these arguments by the company, noting that reasonable consumers should not be expected to look beyond misleading representations on the front of the bottle to discover the truth from smaller text displayed elsewhere. The court refused to dismiss the complaint, concluding that the plaintiff should be given an opportunity to show at trial that reasonable consumers perceive “Imported from Italy” to mean that the product was made exclusively from olives grown in Italy.

After several more rounds of litigation, including a successful motion to certify the case as a class action, the matter settled

with the company changing the labelling and paying a partial refund to consumers.

B. Other COOL Litigation Based on International Supply Chain

Numerous other olive oil companies have been subject to litigation in the United States over the origin of the olives. Indeed, Bertolli recently settled a similar action for US\$7 million based on similar allegations as those lodged against Filippo Berio in the *Salov* action. Moreover, law suits regarding source of ingredients have been brought with mixed success for other food products. See, e.g., *Chavez v. Blue Sky Natural Beverage Co.*, 340 Fed. Appx. 359 (9th Cir. 2009) (case alleging that beverage label that conveyed the product was from Santa Fe, New Mexico, when in fact it was from Corona, California, was misleading); *Alaei v. Rockstar, Inc.*, 224 F. Supp. 3^d 992 (S.D. Cal. 2016) (case alleging that beverage labelled “Made In The USA” was misleading as it contained foreign-sourced ingredients).

III. Conclusion

When food companies change the site of manufacturing either through mergers or changes in supply chain, they need to be aware that consumers’ expectations as to the origin of a product might no longer be met. This could result in significant exposure to COOL liability.

whether changes in sourcing or location of manufacturing potentially could mislead consumers. If so, it is important to update the marketing and labeling to clearly inform consumer of the new origin of the product. In cases of changes to the source of supply or site of manufacturing, it is *caveat vendor* – or seller beware.

Michael R. REESE
Reese LLP
New York, NY, USA
mreese@reesellp.com

1. See, e.g., Françoise Alavoine-Mornas, “*Fruit and vegetables of typical local areas: consumers’ perception and valorization strategies through distributors and producers*” presented at 52nd EAAE Seminar - Parma, June 19-21, 1997, available at: http://www.origin-food.org/pdf/eaae97/22_mornas.pdf.

2. Christopher Doering, “Who Will Food Industry Consolidation Squeeze?”, USA Today, June 5, 2014.

3. Carla Bleiker, “Beck’s Remains Home-Brewed Despite Global Label”, Deutsche Welle, December 12, 2012.

4. Citing *Williams v. Gerber Prods Co.*, 552 F.3^d 934 (9th Cir. 2008). *Williams* is the leading case on consumer deception and has been relied upon by state and federal courts across the United States, but particularly by federal courts in the Ninth Circuit, which covers California, Oregon, Washington, Hawaii, Arizona, Nevada, Idaho, Montana, and Alaska.

5. Citing *Williams v. Gerber Prods Co.*, 552 F.3^d 934 (9th Cir. 2008).

In cases of changes to the source of supply or site of manufacturing, it is *caveat vendor* – or seller beware.

Furthermore, even disclosures as to the new origin of a product may be deemed legally inadequate, particularly if the disclosures are provided in a manner that are not readily evident to the consumer, such as on the back of a product or in small print.

Accordingly, with any changes to production or supply chains, it is important to review the marketing and labeling of any food products that may have strong association to a place of origin. Consumer surveys (either in-house or through outside third-parties) are recommended to determine



Novedades en la protección del menor: implantación de la figura del coordinador parental en España

I María José SÁNCHEZ MARTÍ

The role of the parenting coordinator was born in the United States in the 90's. The parenting coordinator is a specialized person that helps families to resolve conflicts and disputes, when these disputes have a high level of conflict (and a large number of legal interventions). The experience of the role of the parenting coordinator has been a good model in the resolution of conflicts in other countries. In Spain, this is a new role under implementation phase.

En España se introdujo la posibilidad de divorciarse a través de la Ley 30/1981, siendo un porcentaje de aproximadamente el 10% de estos divorcios de elevada litigiosidad (que a su vez consumen el 90% de los recursos del juzgado)¹, habiéndose observado que repercute negativamente en los menores, causando gran ansiedad en los hijos, problemas de relaciones y de salud. Según datos del Instituto Nacional de Estadística publicados en 2016, en España se producen anualmente más de 100.000 casos de ruptura matrimonial, siendo unos de los países de la Unión Europea con más alto índice de divorcios.

Dicha conflictividad se reflejaba en una excesiva judicialización de dichos procedimientos, contraviniendo el interés supremo del beneficio del menor regulado en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ONU 20/11/1989).

Existe actualmente la propuesta de incorporar la figura del coordinador parental en los juzgados españoles, habiéndose acordado por Junta de Jueces de Familia en mayo de 2017 que los juzgados de Valencia serían los que la comenzarían a introducir a través de un programa piloto con ocho expedientes a partir del mes de junio de 2017, (dos expedientes por juzgado de familia especializado), y en los

cuales participo en uno de ellos como letrada, con el fin de poder realizar las observaciones necesarias para legislar sobre dicha figura. Los expedientes llevan seis meses de trabajo con las figuras de los coordinadores parentales y por lo que se ha podido observar directamente con muy buenos resultados en esta experiencia piloto.

Anteriormente se introdujo la figura en Cataluña, debiendo dejar constancia que en dicho territorio tienen su propia legislación de familia (llibre 2º Codi Civil de Catalunya (2010). Llei 25/2010 de 29 juliol. Parlament de Cataluña). Ha sido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de febrero de 2015 (Sentencia 11/2015, Juez D. Pascual Ortuño) la que ha definido y sentado las bases de las funciones del coordinador parental en España².

El origen del coordinador de parentalidad se debe a los Estados Unidos en los años 90, siguiéndole su implantación en Canadá. En dichos años se produjo un fenómeno social por el cual se observó un elevado crecimiento de divorcios muy conflictivos en matrimonios de poca duración con hijos de corta edad, sufriendo los menores el conflicto interparental. Posteriormente se ha ido ampliando a varios países, denominándose desde "coordinador de parentalidad" en Estados Unidos a "mediación terapéutica" en Argentina.

La Association of Families and Conciliation Courts define la coordinación parental como "un proceso alternativo de resolución de disputas centrado en los niños/as en virtud del cual un/a profesional de la salud mental o del ámbito jurídico con formación y experiencia en mediación, asiste a progenitores en situaciones de alta conflictividad a implementar su plan de parentalidad, ayudándoles a resolver oportunamente sus disputas, ofreciéndoles psicoeducación con respecto a las necesidades de sus hijos/as y – previo consentimiento de las partes y/o del juzgado – tomando decisiones en base a los términos y condiciones establecidos por la resolución judicial, o por el acuerdo de designación de coordinador parental".

Birnbaum y Bala (2010) enumeraron los requisitos que definen el concepto de alta conflictividad³. En estas familias conflictivas el coordinador de parentalidad puede tratar temas como el cumplimiento del plan de parentalidad, entregas y reintegros de los hijos, problemas logísticos en el calendario de custodias, actividades extraescolares, comunicación con los menores, etc.

No es una figura asimilable a la mediación, ya que el coordinador puede y deberá imponer algunas pautas, las cuales serán vinculantes para la familia y no rige la confidencialidad que se requiere en mediación familiar. Durante las sesiones se utiliza metodología y técnicas de mediación, coaching y resolución de conflictos, por lo que los coordinadores deben estar formados en las mismas, con el fin de minimizar el conflicto familiar.

Con ello se protege a los menores y se les procura su mayor bienestar, evitando el ingente gasto que significa para la administración española las familias candidatas a dicha figura, con sus demandas y contrademandas, juicios, ejecuciones de sentencias, mediación, letrados y procuradores, servicios sociales, sanidad, psiquiatría, educación, etc., incidiendo directamente en elevar la calidad de vida de la unidad familiar.

Esperemos que la novedosa figura pueda implementarse completamente en los juzgados españoles. Se va a realizar una jornada de seguimiento de esta experiencia piloto con jueces y demás actores jurídicos próximamente para su evaluación.

Maria José SÁNCHEZ MARTÍ
Ruiz y Sanchez Abogados
Valencia, España
mjsanchez@rs.legal

Bibliografía

- APA – American Psychological Association (2012). *Guidelines for the practice of parenting coordination*. *American Psychologist*, 67, 63-71.

El divorcio Europeo



Los posibles efectos del Brexit en derecho de familia

Carolina MARÍN PEDREÑO



- Avedillo, M., Carrasco, L., y otras (2015). *La coordinación de parentalidad. Cuando las familias ya no saben qué hacer*, Ed. Huygens.
- Barona Villar, S., (2014), Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to Justice, *In-Dret, Revista para el Análisis del Derecho*, n° 4, disponible en (www.indret.com/pdf/1092.pdf)
- Birnbaum, R., y Bala, N. (2010). *Toward the differentiation of high-conflict families: An Analysis of social science research and Canadian case law*, *Family Court review*, 48(3), 403-416.
- Capdevila Brophy, C. (2016). *La coordinación de coparentalidad. Una intervención especializada para familias en situación de alta conflictividad crónica post-ruptura de pareja*, *Anuario de Psicología*, 46, 41-49.
- Fieldstone, L., Mackenzie, L., y otros (2012) *Perspectives on Parenting Coordination: Views of Parenting Coordinators, Attorneys, and Judiciary Member*, *Family Court Review*, Vol. 50, n° 3, 441-454.
- Rodríguez-Domínguez, C., y Carbonell, X. (2014). *Coordinador de Parentalidad: Nueva figura profesional para el psicólogo forense*, *Papeles del Psicólogo*, 35(3), 193-200.

Legislación

- Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ONU 20/11/1989).
- Llibre 2º Codi Civil de Catalunya (2010). Llei 25/2010 de 29 juliol. Parlament de Cataluña.

1. Datos extraídos del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

2. Pudiendo entrevistarse con todos los miembros de la unidad familiar, profesores de los menores, médicos, y cuantas personas considere necesarias para poder ejercer su labor.

3. Siendo éstos: gran número de litigios, alto nivel de ira y desconfianza, dificultad de comunicación, violencia doméstica y rechazo de los hijos a irse con uno de los progenitores.

El derecho de las personas a circular y residir libremente dentro de la Unión Europea constituye la piedra angular de la ciudadanía de la UE que creó el Tratado de Maastricht de 1992. Como consecuencia a la libre circulación y residencia dentro del espacio europeo se ha experimentado un continuo movimiento de población dentro de la UE, y consecuentemente han cambiado las circunstancias familiares de muchos de nosotros. Con el paso de los años y unido a esta libre circulación, han aumentado de forma considerable la unión de matrimonios y parejas mixtas y consecuentemente las disputas transfronterizas familiares se han incrementado en la UE estimándose tan solo el número de divorcios europeos de 140.000 al año y el número de sustracciones de menores entre Estados miembros de la UE de una media de 1.800 al año.

Las principales formas en las que el derecho europeo tiene un impacto en el derecho de familia en el Reino Unido es en los conflictos competenciales cuando hay un proceso abierto en otro Estado miembro¹ (*lis pendens*), el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, la cooperación judicial y el trabajo de la Red Judicial Europea y los Tratados internacionales como los Convenios de la Haya.

El Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000, conocido como Bruselas Ila, es el principal instrumento europeo que regula estas materias; es la piedra angular de la cooperación judicial europea en casos familiares transfronterizos. Este Reglamento ha estado en vigor en todos los Estados miembros desde el 1 de marzo de 2005, a excepción de Dinamarca.

Divorcios europeos

El objetivo del Reglamento y del derecho europeo es la creación de reglas uniformes

de competencia y el reconocimiento de divorcios (artículos 3, 21 y 22 Reglamento 2201/2003). El Reino Unido ha sido crítico con el listado de opciones competenciales disponibles por el Reglamento en su artículo 3, por no tener un orden jerárquico y permitir lo conocido como *forum shopping*, es decir, la presentación de la demanda de divorcio en la jurisdicción más ventajosa para una de las partes de forma inmediata, para asegurarse la competencia de esos tribunales.

Tras la salida del Reino Unido de la UE, el Reglamento seguiría siendo aplicable por medio de *EU Withdrawal Bill* de forma transitoria hasta que se legislase sobre esta materia. Si no se legisla de forma doméstica para que las mismas reglas de competencia sigan siendo aplicables en el Reino Unido y entre el Reino Unido y la UE, la legislación aplicable sería la *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*. Los tribunales ingleses tendrían competencia para conocer de un divorcio, si una de las partes está domiciliada en Inglaterra o Gales cuando el proceso comience. Los tribunales tendrían discreción para suspender un proceso si hay otro proceso con respecto a ese matrimonio en otro país si lo consideran apropiado en la “balanza de lo justo”.

Alimentos²

El Reino Unido actualmente tiene los siguientes instrumentos legales a tener en cuenta en temas de alimentos:

- Reglamento Europeo 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las

resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

- Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia.
- Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias.³

El Reglamento europeo proporciona bases uniformes con respecto a la competencia en temas de reclamaciones de alimentos/pensiones en todos los Estados miembros y permite acuerdos sobre competencia. Tras la salida del Reino Unido de la UE, el Reglamento seguiría siendo aplicable por medio de *EU Withdrawal Bill* de forma transitoria hasta que se legisle sobre esta materia. No se sabe si se optará por que el Reglamento 4/2009 se convierta en legislación doméstica. Si no es así, se aplicaría el Convenio de la Haya 2007.

Actualmente, bajo la aplicación del Reglamento, el proceso de reconocimiento y ejecución de sentencias es un simple *exequatur* tal y como está previsto en el Reglamento 2201/2003 para decisiones con respecto a visitas, donde no hay una revisión de los méritos de la sentencia o la competencia para dictarla. El único motivo válido para oponerse a su ejecución es la existencia de un conflicto con otra sentencia dictada y si ha expirado el periodo de tiempo para pedir su ejecución tanto en el Estado de origen como en el Estado donde se pide la ejecución⁴. Si tras la salida del Reino Unido de la UE solo se aplicará el Convenio de la Haya 2007, el Reino Unido tendría la posibilidad de contar con más motivos a la hora de examinar si ejecuta o no una decisión de otro Estado. Podría revisar si la decisión cumple las reglas jurisdiccionales indirectas establecidas en el artículo 20 del Convenio. Estas reglas indirectas son muy generosas con el acreedor.

Procesos relativos a niños

El Reglamento proporciona uniformidad y seguridad jurídica con respecto a la competencia y proporcionar un proceso simple sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones (artículos 8, 9, 39, 40, 41, entre otros).

Tras la salida del Reino Unido de la UE, si el Reglamento no es recogido en

legislación doméstica, el Convenio de la Haya 1996 de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, sería el instrumento legal aplicable entre el Reino Unido y los Estados miembros de la UE. Al igual que el Reglamento, el Convenio ofrece certeza con respecto a la competencia limitando ésta a la de los tribunales donde el niño tiene su residencia habitual.

Igualmente en la actual legislación doméstica, la s3 de *Family Law Act 1986* indica que la competencia en tema de menores es de los tribunales donde éstos tienen su residencia habitual o están físicamente presentes, siempre que esta competencia no sea excluida.

Reino Unido de la UE, a no ser que se adapte esta misma medida en legislación doméstica, los tribunales británicos no podrán seguir aplicando esta regla, siendo líderes actualmente en el reducido número de casos donde esta regla ha sido aplicada.

Posición actual post Brexit

El gobierno ha publicado dos documentos conocidos como “*Providing a cross-border civil judicial cooperation framework*” y “*Enforcement and dispute resolution*” con respecto al derecho de familia post Brexit. En estos documentos se reconoce que simplemente incorporar el derecho europeo en su legislación doméstica, sin reciprocidad ni un mecanismo para resolver las disputas que se originen entre el Reino Unido y la UE, no sería suficiente. Igualmente se

Tras una ruptura familiar la incertidumbre natural de la situación se incrementa cuando los progenitores tienen residencias en distintos países.

Sustracción de menores entre Estados miembros de la UE

En materia de sustracción internacional lo que el Reglamento introduce como novedad es el mecanismo ofrecido por el Reglamento en su artículo 11. (7) y (9). Por medio de este artículo, cuando un tribunal ha dictado una orden de no retorno basada en el artículo 13 del Convenio de la Haya 1980, el solicitante puede presentar una demanda pidiendo que el tribunal donde el niño tiene su residencia habitual previamente a la sustracción o retorno, ordene el retorno. Esta decisión puede ser entonces ejecutada por el tribunal que ha dictado la orden de no retorno. En el Reino Unido este mecanismo es comúnmente llamado “*second bite of the cherry*”. Curiosamente el Reino Unido el país miembro con más decisiones tomadas aplicando este procedimiento.⁵

Esta previsión prevista para las sustracciones entre Estados miembros de la UE únicamente, ha sido criticada en el Reino Unido por ofrecer mucha inseguridad jurídica a las familias que ya han sufrido las consecuencias de un proceso de sustracción de menores en el que se ha dictado una orden de no retorno. Tras la salida del

reconoce que la aplicación de las distintas Convenciones de la Haya que seguirían siendo aplicables entre el Reino Unido y los Estados firmantes de estas Convenciones, no cubrirían la necesidad de la importancia de la continuación con la cooperación judicial.

El Gobierno ha confirmado que es su intención:

- Que las reglas existentes sobre competencia en procedimientos de divorcio deberían de seguir aplicándose en todos los procedimientos antes del día de salida del Reino Unido como miembro de la UE.
- Cuando se ha optado por una jurisdicción en particular antes del día de salida del Reino Unido de la UE, se deben de seguir aplicando las reglas sobre jurisdicción,
- reconocimiento y ejecución en relación a esa disputa y a otras disputas que se originen de ese mismo caso, incluso si se inician después de la salida del Reino Unido de la UE.
- Las reglas existentes sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales deben de seguir aplicándose con respecto a decisiones judiciales tomadas

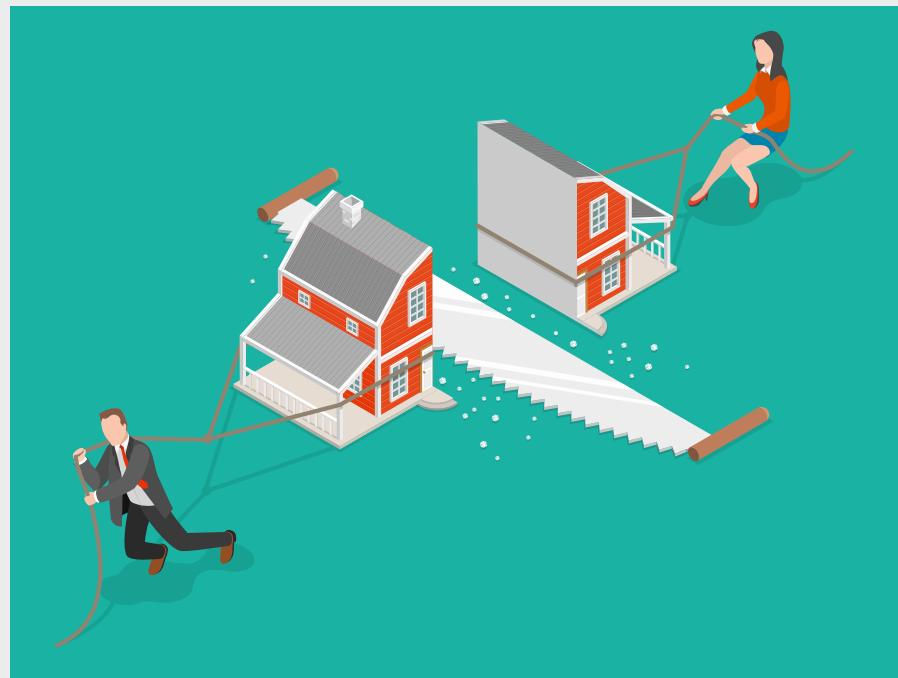
antes de la salida del Reino Unido de la UE y para decisiones tomadas después de la salida del Reino Unido de la UE en procedimientos que se iniciaron antes de la salida del Reino Unido de la UE.

Las consecuencias de estos principios se pueden resumir de esta manera:

- Si hay un procedimiento donde se aplica el Reglamento 2201/2003, ese procedimiento no se suspenderá a favor de otro procedimiento en otro Estado miembro.
- Si existe un acuerdo prenupcial o cualquier otro acuerdo similar en el que se determina que la pensión de alimentos (en el contexto de la UE se entiende en sentido amplio y es efectivamente el elemento de necesidad de cualquier reclamación económica) será competencia de otro Estado miembro, los tribunales del Reino Unido no pueden asumir la competencia y reconocerán cualquier decisión posterior de otro Estado miembro.
- Decisiones existentes con respecto a niños, divorcio o alimentos, serán reconocidas y ejecutadas incluso si esas decisiones se han tomado después del día de la salida del Reino Unido de la UE si el procedimiento que las origina se inició antes de ese día.

El gobierno rechaza la idea de someterse a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Justicia.

Tras una ruptura familiar la incertidumbre natural de la situación se incrementa cuando los progenitores tienen residencias en distintos países. Lamentablemente la sensación de inseguridad se está incrementando tras la decisión del Brexit y se ha experimentando un aumento de demandas de cambio de residencia de niños a otros Estados miembros. Esperamos que el legislador británico tenga en consideración las recomendaciones hechas por las distintas asociaciones de profesionales dedicados



al derecho de familia, y los reglamentos europeos sean implementados en ley doméstica⁶.

Carolina MARÍN PEDREÑO

Dawson Cornwell

London, United Kingdom

cmp@dawsoncornwell.com

1. Art. 19 REGLAMENTO (CE) No 2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000

2. Ámbito de aplicación Reglamento (CE) N° 4/2009 – Art. I – “El presente reglamento se aplicará a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad.”

3. Comentario de Profesor Beaumont: El protocolo es aplicable por los 28 países: 26 países miembros de la UE a excepción del Reino Unido y Dinamarca, junto a Kazajstán y Serbia. El Reino Unido optó por aplicar el Reglamento sobre Alimentos 4/2009 al final de las negociaciones porque era consciente del trato distinto a sus sentencias con respecto a las sentencias de los

otros Estados miembros de la UE. El Reino Unido quería mostrar que podía ser un buen miembro de la UE incluso optando por estar fuera del sistema. El Reino Unido se aseguró el derecho de no aplicar el Protocolo pidiendo que esos temas se quedasen fuera del cuerpo del Reglamento y optando porque la UE ratificara el protocolo para todos sus miembros menos para el Reino Unido y Dinamarca.

4. Artículo 21 del Reglamento Europeo 4/2009 DEL CONSEJO de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

5. La autora publicó un artículo sobre este mecanismo que fue premiado por la *International Academy of Matrimonial Lawyers* en 2011 https://www.iaml.com/cms_media/files/brussels_ii.pdf

6. RESOLUTION (asociación de abogados ingleses y galeses), Bar Council en Inglaterra y Gales y la *International Academy of Family Lawyers* ha trabajado en un informe recomendado al gobierno la implementación de los reglamentos europeos en su ley doméstica entre otras recomendaciones para asegurar que las familias europeas siguen beneficiándose de una sistema basado en la reciprocidad.



Participation des citoyens à l'aménagement du territoire local : la démocratie et l'approbation référendaire

Jean-Pierre ST-AMOUR

Les aspirations démocratiques de notre société politique se manifestent jusque dans les débats sur les enjeux de l'aménagement du territoire, et cela est particulièrement vrai lorsqu'il est question de l'acceptabilité sociale ou environnementale de projets immobiliers. Au Québec, où le législateur permet aux citoyens, dans certains cas, de participer à l'approbation des projets dans un cadre de procédure référendaire, les dilemmes posent des défis singuliers.

Au regard des principes politiques, la démocratie est censée être le gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple. Et les législateurs représentatifs du peuple tendent à justifier la légitimité et même la légalité de l'exercice de leur autorité en évoquant cette aspiration. Mais ce principe est-il approprié lorsqu'il s'agit de décisions relevant des domaines de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire, et plus précisément lorsqu'il est question de l'implantation d'un nouveau projet immobilier ou de l'autorisation d'un nouvel usage dans le voisinage ?

La question est d'autant plus délicate, voire périlleuse, que l'expression populaire par la voie/x des urnes peut souvent être confisquée par une minorité bruyante ou par des intérêts particuliers. Par ailleurs, d'une part, le peuple ne détient aucunement le monopole de la vérité, de la justice et de la sagesse, bref de l'intérêt public. Au plus, ce peuple n'est souvent pas une entité homogène, tant dans sa composition culturelle que dans les aspirations individuelles et collectives diversifiées qui tracent le chemin de son devenir.

Lorsque l'État québécois a défini en 1978 le cadre opérationnel de ce qui allait devenir la Loi sur l'aménagement et l'urbanisme¹, il a retenu un principe promouvant cette aspiration démocratique pour en asseoir certaines modalités d'application. Ainsi, au-delà des trois principes : 1- de la responsabilité politique des décisions de l'aménagement du territoire, 2- du partage de la compétence sur l'aménagement entre

les paliers décisionnels gouvernementaux, régionaux et locaux, 3- dans un esprit de cohérence et de collaboration entre les différentes instances institutionnelles concernées (appareil gouvernemental, municipalités régionales de comté et municipalités locales), la participation des citoyens a été proclamée essentielle à l'exercice de planification devant soutenir l'édifice juridique de l'urbanisme.

L'idéal de participation s'est traduit concrètement dans cette loi par une double obligation minimale d'information/consultation aux diverses étapes de la conception des documents de planification (les schémas d'aménagement et de développement régionaux² et les plans d'urbanisme locaux), mais aussi en accordant aux personnes habilitées

des attributions de zonage confiée aux instances locales depuis le milieu du XX^e siècle. Ce positionnement s'explique par le contexte de méfiance à l'endroit de l'autorité publique et la primauté du caractère sacré du droit de propriété.

L'expérience des quatre dernières décennies met en lumière un constat de performance fort mitigé de ce mode de participation populaire. Ainsi, même en l'absence de statistiques officielles, il faut souligner que bien peu de modifications réglementaires ont donné lieu à l'accomplissement de la procédure prescrite jusqu'au scrutin référendaire. Et, le plus souvent, lorsqu'un nombre suffisant de personnes habiles à voter en fait la demande, le conseil municipal préfère retirer le règlement plutôt que de s'astreindre au scrutin. Certes,

Malheureusement, en plusieurs endroits et pas toujours de manière légale, l'idéal démocratique du voisinage a été « contaminé » et « détourné », pour ne pas dire « trafiqué » de diverses manières.

à voter³ le droit de se prononcer dans un processus référendaire et donc, de faire échec à certaines modifications des règlements d'urbanisme. Ce droit est accordé particulièrement en matière de zonage et de lotissement⁴, sur les aspects les plus susceptibles d'affecter le voisinage immédiat, lorsque les modifications, d'une part, ne découlent pas d'une perspective de concordance de la réglementation locale par rapport à la planification régionale⁵ et, d'autre part, ne mettent pas en péril la sécurité publique⁶. En somme, la compétence législative décisionnelle déléguée aux municipalités locales en ces matières d'urbanisme doit être exercée conjointement avec celle des citoyens.

Quoique la portée en ait été restreinte, notamment en ne s'appliquant pas aux villes de Montréal et de Québec qui n'étaient pas alors assujetties à cette nouvelle loi, l'orientation retenue en 1979 a maintenu l'approche instaurée lors de l'émergence

les administrateurs municipaux souhaitent économiser les coûts d'un référendum, mais ils savent aussi qu'un tel scrutin se traduit la plupart du temps par un rejet, ne serait-ce qu'en raison de la participation habituellement massive des opposants mieux aguerris et plus revendicateurs, et de l'abstention généralisée d'un grand nombre (la majorité !) d'« indifférents », incluant les personnes qui ignorent ou sont peu ou pas sensibilisées à la question.

Malheureusement, en plusieurs endroits et pas toujours de manière légale, l'idéal démocratique du voisinage a été « contaminé » et « détourné », pour ne pas dire « trafiqué » de diverses manières. Tantôt, il a été récupéré par des groupuscules militants qui invoquent des motifs « nobles » ou même non avoués du syndrome « Nimby » (pas dans ma cour) sous le couvert de l'acceptabilité sociale. Parfois, il sert de munition dans l'arsenal des concurrents désireux d'empêcher l'arrivée d'un compétiteur gênant ou pour intimider



les adversaires. Ailleurs, il a pu susciter la convoitise d'opportunistes profiteurs qui ont vu l'occasion de monnayer leur abstention. À certains endroits, les opposants (et même les promoteurs de projets craignant les contraintes de l'acceptabilité sociale) recrutent des avocats et des agences de relation publique, tantôt pour diriger ou faire passer en douce des modifications souhaitées, notamment en déployant une stratégie de « noyade dans la masse », ou à l'inverse, pour monopoliser bruyamment l'attention médiatique. Certes, à diverses occasions, et l'envers de la médaille doit être aussi souligné, des citoyens ont pu ainsi faire échec à des projets immobiliers douteux et franchement problématiques alors que leurs promoteurs avaient réussi à séduire les édiles municipaux.

Déjà, au tournant de l'an 2000, il était demandé « *d'en finir une fois pour toute avec une procédure qui a été détournée de sa finalité démocratique première et qui n'est plus qu'une source de conflits et d'incertitude juridique* », d'autant plus que cette « *procédure est trop complexe et son expression législative défie toute compréhension* »⁷. Et les années qui ont suivi n'ont fait que confirmer les problèmes justifiant cette demande.

Certains projets ont suscité d'épineux débats et la controverse a pu prendre des proportions à l'échelle nationale. Ici, un comité de retraités conteste l'implantation d'une garderie ou d'une école, au motif d'une atteinte à la quiétude des lieux, mais sous le couvert de la disparition d'un espace vert. Plus loin, c'est une guerre au nom de la sécurité du voisinage pour faire échec à l'implantation d'une maison d'hébergement de personnes en difficultés ou d'une résidence pour personnes retraitées. Ailleurs, le tollé sur les aléas de la circulation oblige un commerçant à abandonner l'aménagement d'un supermarché, d'une quincaillerie, d'une station-service, au grand bonheur des établissements existants. Et cette campagne référendaire locale largement médiatisée sur l'aménagement d'un cimetière destiné exclusivement aux musulmans met par ailleurs en évidence des défis de société.

En effet, le débat peut même soulever des préoccupations au cœur des droits et libertés protégées par les chartes à caractère constitutionnel⁸, comme ce peut être le cas en matière de liberté de culte. Il ne faudrait pas s'étonner que la Cour suprême du Canada soit éventuellement saisie d'un litige relatif à une modification de zonage autorisant un lieu de culte, qui a été refusée par les personnes habiles à voter du voisinage.

En 2011-2012, le gouvernement québécois déposait le Projet de loi sur l'aménagement durable du territoire et l'urbanisme⁹ afin de remplacer la Loi sur l'aménagement et l'urbanisme. Le projet prévoyait la disparition de l'approbation des personnes habiles à voter, mais seulement à l'intérieur de zones franches d'approbation référendaire à être déterminées dans les secteurs définis dans le plan d'urbanisme que le conseil municipal jugeait « *devoir prioritairement faire l'objet*

d'autonomie et de démocratie, se sont soldées par le pouvoir discrétionnaire « attribué » aux municipalités de décider si elles voulaient ou non garder cette approbation référendaire, non sans cependant élargir le non-assujettissement :

1° à un équipement collectif au sens du deuxième alinéa;

2° à de l'habitation destinée à des personnes ayant besoin d'aide, de protection, de soins ou d'hébergement, notamment dans le cadre d'un programme de logement social mis en œuvre en vertu de la Loi sur la Société d'habitation du Québec (chapitre S-8).

Le nouvel article 123.1 LAU qui prévoit ces exceptions ajoute au deuxième alinéa une définition : « *Un équipement collectif est composé de bâtiments et d'installations à usage collectif. Il est de propriété publique et est relatif aux secteurs de la santé, de l'éducation, de la culture ou des sports et des loisirs.* »

Certains projets ont suscité d'épineux débats et la controverse a pu prendre des proportions à l'échelle nationale.

de rénovation urbaine, de réhabilitation ou de densification ». Le processus devait cependant être remplacé par une obligation renforcée d'information et de consultation des citoyens.

Cette question fut l'objet d'une âpre discussion dans les hautes sphères politiques et l'abandon de la réforme après les élections générales de 2012, sans que le projet de loi ne fût ramené lors du retour du gouvernement dix-huit mois plus tard, s'explique peut-être, en partie à tout le moins, par cette pomme de discorde.

Mais voilà qu'en 2017, le gouvernement propose le Projet de loi 122, intitulé « *Loi visant principalement à reconnaître que les municipalités sont des gouvernements de proximité et à augmenter à ce titre leur autonomie et leurs pouvoirs* »¹⁰, dont l'un des objets ressuscite l'idée du projet de loi 47 de 2011 d'abolition de l'approbation des personnes habiles à voter dans des secteurs dorénavant appelés « *zones de requalification* »¹¹. Puis, les tractations politiques, tanguant entre les principes

Toutefois, les municipalités qui voudront se soustraire à la procédure référendaire devront se doter d'une politique d'information et de consultation qui respecte le cadre établi dans la loi et conforme à celle édictée par le gouvernement¹². Dans la mesure où l'approche établie permettra une véritable écoute, elle pourra par ailleurs aussi respecter le principe d'équité procédurale¹³.

Puis, surprise, en novembre 2017, le gouvernement propose, comme par hasard, dans la loi municipale omnibus d'automne, de soustraire aussi les modifications réglementaires relatives aux « *cimetières* » à l'approbation des personnes habiles à voter¹⁴.

Sur le terrain, ce sont maintenant les édiles municipaux qui doivent porter l'odieux d'éliminer un « *droit démocratique* » s'ils osent retirer la procédure référendaire. Il est donc prévisible que l'argument sera invoqué, lors des prochaines élections municipales, par ceux qui voudront se faire du capital politique en prônant le retour



aux « valeurs » anciennes, bafouées par leurs adversaires. L'énoncé d'orientation du document de consultation de 1978 qui a précédé l'adoption de la loi n'affirmait-il pas que l'aménagement du territoire est une responsabilité politique ?

Le gouvernement québécois a manqué une belle occasion avec le projet de loi 122 d'établir une politique claire, uniforme et équitable en cette matière, en dénouant une fois pour toute l'impasse des opposants et autres récupérateurs de tactique. Le maintien des disparités d'application de la mesure référendaire confronte le principe de l'égalité devant la loi des citoyens alors qu'en réalité le processus référendaire n'est plus qu'une apparence de droit démocratique, laissé aux mains de groupuscules intéressés qui, avec un langage fort sur le plan médiatique, l'accaparent pour leurs propres intérêts.

Cette présentation / discussion d'un principe démocratique de participation démontre que la noblesse d'un sentiment politique peut donner lieu à des dérapages aussi étonnantes que malencontreux. Dans un monde où les idées populistes envahissent les esprits et l'espace public, il y a lieu de s'inquiéter.

Peut-être que l'ouverture amorcée vers une politique d'information et de consultation renforcée convaincra-t-elle, l'expérience aidant – là où elle sera effectivement mise en application –, à abandonner

définitivement l'approbation des personnes habiles à voter dans un cadre de processus référendaire. Une meilleure approche, axée sur l'information et la consultation des citoyens peut, elle aussi, constituer une forme appropriée d'expression de la responsabilité politique des instances municipales appelées à adopter les mesures d'urbanisme justifiées dans l'intérêt public.

Jean-Pierre ST-AMOUR,
B.A., M.A., LL.B., LL.D., Urb. (O.U.Q.)
Avocat et urbaniste
Deveau Avocats
Laval, Québec, Canada
jpstamour@deveau.qc.ca

1. L.Q. 1979, c. 51, sanctionnée le 12 décembre 1979 (aujourd'hui refondue : RLRQ, c.A-19.1), ci-après désignée « LAU ».

2. La loi a été modifiée en 2010 pour inclure un palier additionnel : les communautés métropolitaines (en l'occurrence, celles de Montréal et de Québec).

3. Au sens de la Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités, RLRQ, c.E-2.2.

4. S'ajoutent à ces règlements, les règlements sur les usages conditionnels et les résolutions approuvant un projet particulier de construction, de modification et d'occupation d'un immeuble (art. 123 al. 3 et 4, et 145.38 al. 3 LAU).

5. Art. 123 et suiv. LAU. Si la conformité est toujours requise par rapport à la planification régionale (et plus précisément aux objectifs du schéma d'aménagement et de développement et aux dispositions de son document complémentaire), tel n'est pas le cas par rapport au plan d'urbanisme local (double conformité imparfaite).

6. Sont également soustraites à l'approbation référendaire les modifications intervenant dans le territoire d'une municipalité adjacente : Dupuis c. Montréal (Ville), 2009 QCCS 3381.

7. Lorne Giroux, « Le règlement de zonage selon la Loi sur l'aménagement et l'urbanisme », 2000-2001, 31 1/2 R.D.U.S. 77, 128, 139.

8. En l'occurrence, la Charte canadienne des droits et libertés, Loi de 1982 sur le Canada, annexe B, 1982 (R.-U.), c. I-11, et la Charte des droits et libertés de la personne du Québec, RLRQ, c. C-12.

9. Assemblée nationale du Québec, 39^e législature, 2^e session, 2011-2012, Projet de loi 47.

10. L.Q. 2017, c. 13, sanctionnée le 16 juin 2017.

11. L'orientation retenue a fait l'objet d'un comité de travail au sein du ministère des Affaires municipales et de l'Occupation du territoire : Muni-Express – N° 6 – 26 juin 2017- Projet de loi no 122 — Loi visant principalement à reconnaître que les municipalités sont des gouvernements de proximité et à augmenter à ce titre leur autonomie et leurs pouvoirs et Rapport du groupe de travail pour un cadre de référence en matière d'urbanisme participatif, Québec, Mamot, 10 juillet, 2017, 34 p.

12. Le projet de règlement encadrant cette politique de participation publique a été publié le 15 novembre 2017 dans la Gazette officielle du Québec : « Participation publique en matière d'aménagement et d'urbanisme », (2017) 149 G.O. II, 5157. Dans cette perspective, le ministère des Affaires municipales et de l'Occupation du territoire a diffusé sur son site Internet un document intitulé : « Mécanismes de consultation publique en matière d'aménagement du territoire et d'urbanisme ». N.B. À la date de la rédaction du présent texte, le règlement n'avait pas encore été adopté.

13. Le respect de la procédure minimale de consultation dans le cadre de l'ouverture à la procédure référendaire sur demande respecte ce principe : Astral Media Affichage c. Montréal (Ville), 2016 QCCS 4541; Montréal (Ville) c. Centre Islamique Badr, 2017 QCCS 57.

14. Projet de loi no 155, Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant le domaine municipal et la Société d'habitation du Québec, 41^e législature, 1^{re} session, 2017, art. I.



A Glimpse into Electronic Filing in Germany – The BeA-Desaster

■ Thomas KRITTER

This article intends to shed some light on the main reasons for what is possibly at least a partial failure of one of the most prominent projects to promote electronic legal transactions in Germany, the “BeA”. It does not aim at providing a detailed overview on the various means of electronic legal communication and electronic filing in Germany nor to provide all technical facts regarding the BeA.

“BeA” stands for “specific electronic lawyer’s mailbox”. The BeA was meant to provide a means for secure electronic communication of German lawyers admitted to the bar *inter alia* with the judiciary, administrative authorities, notaries and amongst themselves. The German legislator in October 2013 passed the Act to Promote Electronic Legal Transactions with the Judiciary. Based on this act and the newly introduced Sec. 31^a Federal German Lawyers Act, the German Federal Bar Association (“BRAK”) was required to set up and provide a specific electronic lawyer’s mailbox for each lawyer admitted to one of regional bars. The BRAK is the umbrella organisation for the 27 regional bars in Germany. The legislator hoped to speed up the development of electronic legal communication and to promote electronic filing.

Sec. 31^a Federal German Lawyers Act was amended several times. As of January 1, 2018, each holder of a specific electronic lawyer’s mailbox is obliged to provide the technical facilities required for use of the mailbox and to take note of any services and any receipt of communication via the mailbox (so-called passive use requirement).

According to the BRAK, security was and is of highest priority for developing and operating the BeA system. The use of state of the art authentication and security technologies, including secure end-to-end communication using asymmetric encryption, should guarantee that no unauthorised third party would be able to get access to the mailbox. At the same time,

it was stated that attention was paid to easy access and high user friendliness.

Each lawyer with a computer and internet access should be able to access the mailbox either with a standard internet browser or using standard law firm software. Lawyers are able to grant various access rights to colleagues or employees. Each lawyer needs a special chipcard, the so-called BeA card, to access the mailbox and to read incoming mails. To use the chipcard a card reader is required which must be enabled in Germany to generate a qualified electronic signature.

The BRAK commissioned a French company to develop a system with the aforementioned features. The development and operation of the system is financed by an additional yearly charge levied on all admitted lawyers of presently EUR 58.00 besides the usual chamber contribution.

Initially, the BeA-system was planned to be ready to receive communications as of January 1, 2016. The plan was (or probably had to be) abandoned as the service, according to the BRAK, did not provide for sufficient quality as regards user friendliness. In addition, in autumn 2016, two lawyers obtained preliminary injunctions by the attorney’s court of justice which temporarily blocked the start of operation of the system. The lawyers argued that the BRAK was not allowed to activate the mailbox for receipt of communication without their express consent. However, the software design did not allow for the individual activation of the mailbox so the whole system was blocked. The legislator stepped in and clarified that the BRAK was obliged to provide the mailbox for each admitted lawyer ready to run, thus the system could be activated on November 28, 2016.

Between January 1, 2016 and December 31, 2017 documents sent to courts were required to be signed with a qualified electronic signature. A qualified electronic signature is an advanced electronic signature

with a qualified digital certificate that has been created by a qualified signature creation device. As of 1 January 2018 documents were planned to be sent via the BeA without the need for a qualified electronic signature. It is however worth noting that first and second instance courts in Germany are within the competence of and operated by the 16 German States. It is further worth mentioning that the Federation and the States were granted the opportunity to postpone the entry into force of the aforementioned provision until 2020. There are various further milestones for the judiciary which vary from state to state until in 2026 files are to be kept electronically. In other words, Germany is a regional patchwork as regards the actual status of e-justice, i.e. the introduction of electronic files and the possibility of electronic legal communication with the judiciary.

Lawyers from the launch of system in late November 2016 had around a year before the passive use requirement entered into force on January 1, 2018. A last minute application for an interim injunction filed with Federal Constitutional Court on December 22, 2017 was rejected. The applicant had argued that the passive use requirement was an unconstitutional infringement of his right freely to exercise his profession and, in addition, raised security concerns. The Federal Constitutional Court refused to accept the case and reasoned that the applicant had neither shown an unreasonable burden on the exercise of his profession nor sufficiently substantiated his security concerns. The Court referred to a lack of discussion of the security measures such as the end-to-end encryption by the applicant. On the same day on which the decision was published the security concerns became reality – which were previously frequently brushed aside as being purely theoretical.

BRAK informed its members on December 22, 2017, that there were “problems” with a security certificate and that an

additional certificate had to be installed. An installation guide of 22 pages was provided for download. The system went offline on December 23, 2017 due to alleged connection problems and is still offline at the time of writing. Luckily, probably not too many lawyers reacted due to Christmas holidays, as on December 27, 2017 the BRAK withdrew its previous recommendation to install a new certificate and instead now advised to uninstall the new certificate at once.

In truth, a member of the Chaos Computer Club, a well-known hacker association, had noticed that the private key to a BeA certificate was publicly available and informed the relevant certification authority and the Federal Office for Information Security. The certification authority acted correctly in accordance with the issuing guidelines and immediately revoked the certificate.

Later it turned out that, based on the design of the software for operation of the BeA-system, the public as well as the private key had to be available for the local client required to establish a communication with the BeA Server (the so-called BeA Client Security). As already set out it is not the purpose of this article to go into all the technical details. It is however meanwhile common opinion that the recommendation on December 22, 2017 made things even worse as it was advised to install a self-signed certificate of the software developing company which still allowed able attackers to take over the control of the system on which the software was installed.

In a round-table discussion with the BRAK in late January 2018 various issues were discussed. It seems that the French software developing company did present a solution to the initial problem, but various further security problems have since emerged. Chaos Computer Club took the view that the BeA Client Security was further compromised through a well-known Java deserialisation gap. The BRAK therefore recommended uninstalling the whole BeA Client Security.

The focus of the discussion meanwhile turned to the question whether the system does indeed provide secure end-to-end encryption as the BRAK always stated. It

becomes more and more obvious that the system does at least not provide secure end-to-end encryption according to the usual meaning and common use of that term. Whereas messages are encrypted using symmetric encryption, the transmission of the required key for unencrypting is secured by asymmetric encryption.

Messages are as a first step encrypted with the public key of the recipient mailbox and upon log-on of a person authorised to access the recipient mailbox with its chipcard re-encrypted with the public key of such an authorised person in a so-called Hardware Security Module (HSM) to transmit the message. It has been argued that during the process of re-encryption the symmetric key is shortly available within the system. Thus, the security of the whole system depends on the security of the HSM which is now in question as the code has not been published. BRAK stated that tests had been conducted by the software developing company and by an external contractor as black-box-tests.

Meanwhile, it is in dispute amongst lawyers and IT experts whether the system can be fixed by a partial re-design or whether it is a complete failure. BRAK seems confident that the system can be re-opened. A security audit has been announced by BRAK to be conducted by an external contractor recommended by the Federal Office of Information Security. The audit was commissioned firstly to analyse the solution suggested by the developer to fix the Client Security (which was the initial reason for the shut-down of the system) and secondly to evaluate the general security level of the whole system.

The so-called passive use requirement has not been fulfilled since January 1, 2018 due to the shut-down of the system. Electronic filing is still possible using alternative systems, in particular an old system which was meant to be replaced by BeA.

Besides the security aspects, there are further points of criticism regarding the BeA-system. Mid-sized and large law firms complain that the design is based on the concept of a lawyer working on an individual workstation. Even smaller law firms, but certainly all mid-sized and large firms nowadays use a terminal

server infrastructure. But until today no fully functioning Citrix compatible implementation of the BeA-system has been released. There have also been a lot of complaints about a lack of functional interfaces to standard law firm software such as Citrix.

To conclude, from a technical point of view, the BeA is based on a proprietary system that is not based on any existing standard in the field of digital communication. Instead of building a system based on existing (in particular open) standards, it has been tried to reinvent the wheel. Austria, for example, took a different approach. Since January 1, 2013, everyone can file documents with the judiciary through a website using either the so-called "citizen card" or a mobile phone signature for authentication with a qualified electronic signature.

Just recently, in March 2018, the general assembly of the regional bar associations of Berlin and Sachsen passed resolutions demanding publication of the source code of BeA under an Open-Source or Free-Software-Licence. It is argued that such a step is the only possibility to gain back the lost confidence in the system and to build a secure system for the future. We will see how the drama evolves.

Dr. Thomas KRITTER, LL.M. (London)
President of the UIA Information Technology
Law Commission
Kleiner Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB
Mannheim, Germany
tkritter@kleiner-law.com



The Italian Public Compensation Scheme for Victims of Terrorism: Highlights of a Pioneer Regime

I Martina BARCAROLI DES VARANNES

I. Synopsis and introductory background of the Italian experience

This paper will address the features of the current Italian compensation scheme set up for covering certain consequences of terrorist and mafia-organised crime (*Norme a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata di tipo mafioso*) suffered by civil victims.

The tragic succession of terroristic attacks carried out in recent months in Europe and in the US, highlighted the problem of **terrorist risk management** to be distributed among public authorities, insurance companies, international organisations, and private companies.

Moreover, it appears that victims of terrorism cannot be treated as victims of ordinary crime, because of their higher level of distress and different needs, partially due to the magnitude and scope of the events that they have experienced.¹

For a long time, the guarantee of compensation for damage caused by terrorism was automatically included, and virtually free of charge, in non-life insurance policies. With the attacks on the World Trade Center in New York on September 11, 2001, the practice changed dramatically both in Europe and in the US. After a long period of time during which the policies excluded terrorist risk, it gradually changed to include it with an additional premium calculated on the basis of actual risk.²

This practice created a loophole for granting, through private insurance schemes, full compensation of personal injury to victims of terrorism.³

It is also questioned whether victims of terrorism have appropriate access to justice and how the administration of justice is dealt with in this context.

For sure, case law and legal practice proves that tort law and litigation is inadequate to ensure sufficient compensation, if any, in such circumstances.⁴

In Italy this debate has older roots. It started in the early 1920s when the Italian government wanted to indemnify the families of wounded policemen (*carabinieri*) victims' of mafia misconduct. Here, the welfare state opted to abandon the logic of corrective justice, and assumed a direct responsibility to protect citizens from harmful consequences of crime.

With the political terrorist acts (in particular, *Bigate Rosse* and *Nuclei Armati Rivoluzionari*) of the 70s and 80s, the Italian State fully adopted a logic of **socialisation of risks** giving birth to a specific legal framework dedicated to victims of mafia and terrorism.

For the Italian government, political and social responsibility should be assumed by the State.

The Italian legislative framework in this field juggles between laws and ministerial decrees since the 1920s. It is however one of the most organic and sophisticated compensation schemes:

- 1) It distinguishes among different classes of victims,
- 2) It is equally applicable to victims of terrorism and victims of mafia crime,
- 3) It guarantees full compensation of personal injuries in terms of economic loss, pain and suffering, post-traumatic stress disorder (PTSD), traumatic grief, etc;

It guarantees full compensation to both primary and secondary victims (also to the non-marital partner).

II. History and legislative background of the Italian state compensation scheme

The public compensation scheme set up in Italy during the 1920s for rewarding public

According to the Italian regime, the status of victim of terrorism and mafia crime largely reflects the social welfare and solidary principles inspiring the original 1920s measures.

According to the EU Commission Green Paper on *Crime Victim Compensation* (2001), there are two models of State Compensation funds: the Mutual Assistance Model and the Double Responsibility Model. The first gives responsibility to the European Member State in which the crime took place (*locus delicti*), yet the Member State of the victim's permanent residence must assist him/her in accessing to compensation. Alternatively, in the second model (Double Responsibility), both States (*locus delicti* and the victim's permanent residence) have a duty to assist and indemnify the victim.

As it will be argued in this paper, the Italian legislator opted for the first model.

officials' and police officers' families for their devotion and courage to the State.

Italian "internal" terrorism has evolved since and during the Years of Lead (*Anni di piombo*), the use of terror became a tool of political struggle, extreme control and collective intimidation. From 1969 to 2003, attacks organized by left and right-wing extremist groups killed more than 400 people and wounded 2000. In 1978, the *brigatisti* kidnapped and killed former Italian Prime Minister Aldo Moro in broad daylight, in 1980 the bombing of the train station of Bologna killed 85 people. It was a dramatic stage of national life.⁵

A new legal framework more suitable to historical and social changes was enacted

in 1980 on “Special benefits in favor of categories of public officials and citizens who are injured first responders of terrorist actions” just in the aftermath of the massacre at Bologna station on August 2 1980.

The Italian legislator over the years has progressively adapted legislation on terrorism to the latest developments linked mainly to the resurgence of Islamic radicalism in the new century in order to include international misfeasors. This process allowed for the extension of the notion of “terrorist” to any form of criminal organization wishing to commit terrorist acts against foreign states and international institutions, and not only those aiming at subverting the Italian constitutional order (the new Article 270-bis of the Italian Criminal Code).

As a result, the original measure for victims of duty has undergone numerous integrations and modifications over time, in order to:

- Provide for a **unique one-off “special” indemnity** on the basis of equal justice for compensating all personal injuries suffered by the victim;
- Extend the class of victims (and therefore of recipients);
- Diversify the types of measures, in addition to the one-off “special” indemnity, such as privileged pensions, assignment of the right to compulsory recruitment and exemption from payment of health tickets;
- Extend the conditions for granting benefits, both in respect to the events considered (death, permanent disability), as well as circumstances in which the events occurred and with reference to the date of the benefits.

The current general discipline⁶ is mainly governed by Laws n° 466/1980, 302/1990, 407/1998, art. 82 of the Finance Act 2001, and by Law n° 206/2004.

The founding principles of the Italian public compensation regime have been laid down by Law n° 302 of October 20th 1990 (*Norme e favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata*) and Law n° 206 of August 3rd 2004 (*Nuove norme a favore delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice*).

More recently, Law n° 56/2007 established the “Day of Memory” to remember victims of both internal and international terrorism (the chosen date is May 9, commemorating the killing of Aldo Moro on May 9, 1978) and the Decree of the Republic President (DPR) n° 181 of 2009 reforming assessment of damages.

III. Main features of the Italian state compensation scheme

A. The nature of the Italian public compensation scheme

Today the Italian scheme guarantees compensation for physical harm suffered in connection with any act of terrorism or of mafia organisations, without requiring any evidence of guilt by the people that have been harmed (*no-fault scheme*). In 2016, the State distributed to terrorism and mafia victims more than € 62,000,000.⁷

The Italian public compensation scheme is one of the most generous in Europe, together with the French Compensation Fund. It is ideologically based on the assumption that the State assumes direct responsibility for society and for protection of its citizens from the harmful consequences of terrorist and mafia-type crimes.

The specificity of the type of crime and the type of victim, allows the legislator to create a totally exceptional compensation mechanism.

The legislators’ choice was to abandon rules of civil liability in favor of a *no-fault* regime *alternative to litigation*. With this respect, the current Italian scheme (since Law n°302/1990, “Rules for Victims of Terrorism and Organized Crime”) cannot be viewed purely as a social security component, but more as state-organised first party insurance.

Even if the founding principles for compensation are different from those applied in tort law, the Italian legislator’s approach is to achieve full reparation of the consequences of the victim’s bodily injuries. This objective is justified and inspired by art. 2 of the Italian Constitution which attributes to the State a fundamental duty of solidarity in favour of those citizens who have suffered personal injuries or who have

sacrificed their lives due to terrorist and mafia organisations.⁸

The objective is indeed to compensate for the victim’s sacrifice of having suffered a crime against social order. This burden, according to the Italian State, must be shared and prevented by the community as a whole.

For this reason we can argue that the Italian regime has a hybrid nature because it oscillates between pure “torts”, “no-fault” and welfare plans.

B. The structure of the Italian public compensation scheme

In terms of structure, the Italian compensation scheme does not amount to a legal entity. It is not a “Fund” or an Organism. It lacks administrative and financial autonomy. It depends entirely on the authority of the Ministry. The funds belong to the State treasury.

The Italian Compensation scheme is therefore managed by public administration and regulated by law.

The provisions of these benefits are entrusted to public administrations in relation to the affiliation of the victims to each administration.

The Ministry of Interior is competent for both civilian and police forces. Within this ministry, the following tasks are assumed:

- a) the Department for Civil Liberties and Immigration provides the procedure for recognizing the status of victims of terrorism and mafia crime and the resulting economic benefits for victims and their families with respect to all those civilian subjects that do not fall into any category for which the Administration is determined;
- b) the Department of Public Security provides for members of the police forces (State Police, Carabinieri, Finance Guard, State Forestry Corps, Penitentiary Police, Municipal Police, and persons who have assisted, upon request, by police);
- c) the Fire Department and Civil Defence Department is responsible for the members of the National Fire Service.

The Ministry of Defence is the administration responsible for assessing the claims and providing support to members of the Armed Forces.

The Ministry of Justice is responsible for the magistrates and civilian staff of the penitentiary administration.

IV. Scope of compensation under the Italian compensation scheme

A. Definition of terroristic act and mafia-organised crime

The Italian legislation for State compensation of victims of terrorism has over the years moved back and forth from mafia-specific provisions to terrorism-specific provisions, and juggled between remedies for injured first responders ("vittime del dovere"), on the one hand, and for civilian victims, on the other.

The definition of terrorism or mafia crime is fundamental at this stage in order to measure the scope of this legislation.

The Italian Legislative framework on the public compensation scheme does not provide for a specific definition of a terrorist or mafia crime act, but recognises the right to compensation for any event falling within the definition of "terrorism" or "mafia-crime" contained in the Italian Criminal Code.

Art. 7 of Law n° 302 of 1990 provides that any benefit will be distributed only after the Italian and/or foreign Court has issued, through judicial proceedings, some judgment defining the criminal act as "terrorist" or "mafia" in nature. Such judgment can be final and/or temporary. Some funding (a provision of up to 90% of the full compensation) will be transferred by the Italian administration prior to final judgement and in the Ministry's discretion.

This provision appears too formalistic in light of the victim's needs, which normally, given the macroscopic effects of the terroristic action, are impellent and demand immediate reaction on the part of authorities. The need for formal judgment also appears disproportionate given the State's means for investigating and determining the nature of the crime at its very early stage.

Below the definition of "terrorist act" according to article 270 bis of the Italian Criminal Code:

Whoever promotes, establishes, organizes, runs or finances associations aimed at the commission of violent acts with the purpose of terrorism or of subversion of the democratic order is sentenced from seven to fifteen years of imprisonment.

Whoever takes part in these associations is sentenced from five to ten years of imprisonment.

Under penal law, the purpose of terrorism is verified as also including violent acts targeted at a foreign State, institution and international organization.

In the case of conviction for this offence, the things which were used for its commission and those representing the price, product and profit of the offence or the use thereof are mandatorily confiscated.

B. Eligible victims

According to the Italian regime, the status of victim of terrorism and mafia crime

acts in Italy as of 1 January 1961, as well as Italian citizens who have died or been injured by terrorist acts outside the Italian borders as of 1 January 2003.

The Legislator extends special public compensation to all civilian victims of terrorism and mafia-crime, who are Italian citizens, foreigners or stateless persons who have died or suffered permanent disability as a result of injuries from such criminal acts on Italian territory.

These benefits, according to the Law, shall be extended also to foreigners and stateless persons who have died or have suffered personal injuries on Italian territory. However, the National Social Security Authority points out that foreign nationals or their family members "shall have or subsequently acquire a social insurance position in Italy." Therefore foreign workers residing in Italy are protected by law but not, for example, visiting tourists in our country and victims who remain after the crime.

Italian law also provides for a method of calculation of specific non-pecuniary damages suffered by the victim at a later stage, and considered as an aggravation of his health.

largely reflects the social welfare and solidary principles inspiring the original 1920s measures. It corresponds to the definition of "victim" offered by the Council of Europe (*Recommendation on Assistance to Crime Victims*, 2006) which states that:

"Victim is a natural person who suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering or economic loss, caused by acts or omissions that are in violation of the criminal law of a Member State".

The term victim also includes "*the immediate family of dependents of the direct victim*".

In general terms, Italian law recognises eligibility for granting special compensation to direct primary victims and indirect secondary victims.

a) Direct primary victims

Victims of terrorism (and of mafia-crime) are considered to be Italian citizens, foreigners and stateless persons, who have died or been injured by terrorist

b) Indirect secondary victims

All surviving relatives of the deceased victim will benefit from compensation according to the priority order established by the law. The first priority class of secondary victims is composed of (listed in order of priority):

1. spouses and children,
2. parents,
3. brothers and sisters,

In the absence of the aforementioned persons, the State will distribute compensation and other benefits to the following subjects as sole survivors:

- direct line ascendants or
- any person cohabitating with the deceased person for at least 3 years prior to the event, or the non-marital partner.

C. Loss covered limited to a very broad concept of personal injury

Originally, the State indemnified mafia crime victims as a public welfare component. Its original goal was to give **financial aid** as

a counterpart for the loss supported in terms of “aggression to the principles of the Constitution and the State”.

Since 1990, the Italian public compensation regime appears to be more adapted to current victimization needs and has developed a **sophisticated** instrument for granting full reparation of personal injury, including both **pecuniary** and **non-pecuniary damages**.

This compensation is considered to be a special benefit or reimbursement for the sacrifice endorsed by civilians.

As we have argued earlier, such reparation should be seen as a welfare cost for society as a whole.

The compensation is perceived as a “special” indemnity having a public utility nature, which justifies a number of unique features.

First of all, there is a rule of **offset of collateral public sources** (article 13, of Law n° 302/1990). This mechanism is triggered at the time of calculating the indemnity, and consists of subtracting the sums that the applicant has already obtained under public funding schemes. In other words, if the injured party receives disbursements from public pension funds or other public funds, the indemnity is reduced by a sum equal to the disbursements it has previously benefited from.

This rule also applies to public compensation received from foreign authorities (art. 1 of Law n° 302/1990).

Second, **double compensation** in favour of victims is still possible when private programs indemnify the victim.

Third, **and most importantly, a very large category of personal injury**, as opposed to injury to property, is covered by the compensation scheme. This innovative aspect of the Italian regime rests on the fact that the reforming Law (n° 302/1990) has introduced the principle of the “*invalidità complessiva*” (i.e., global disability). This principle allows the inclusion of all personal injury into a **unique one-off “special” indemnity** in addition to a **life-check of [€ 1,868] per month**. The assessment of such indemnity is done on the basis of a

sophisticated calculation method in addition to equal justice considerations.

a) The one-off special indemnity and other benefits

This special type of compensation responds to the need for victims of this type of crime to take into account a wide variety of:

- 1) pecuniary losses, such as medical, funeral and psychological expenses and loss of income (e.g., loss of employment or business opportunities); and
- 2) non-pecuniary losses, ranging from the category of pain and suffering to “hedonic damages”, post-traumatic stress disorder (PTSD), damage to the person’s dignity.

Italian jurisprudence has developed, in civil justice, a rather sophisticated list of non-pecuniary losses. It is also well known that compensation for non-pecuniary losses in Italy is considerably higher than that for property damage, and that the level of compensation is among the highest in Europe.

Italian jurisprudence also created the theory of “biological harm”, a new type of non-pecuniary damage having a large spectrum of pain and suffering pathologies.

Being a **no-fault scheme**, alternative to litigation, the actual Italian public compensation regime will not follow tort law, and the victim is exonerated from proving the causal link between the guilty conduct and the damaging event.

According to article I of Law n°302/1990, the special on-off indemnity and the life-check will cover both pecuniary and non-pecuniary damages for any eligible victim under the following conditions:

- 1) The victim suffered a “permanent disability” as a result of the wounds and injuries from terroristic acts and mafia-type crimes on Italian territory or abroad, and
- 2) There is no criminal intention on the part of the victim.

b) Other economic benefits

The Italian public compensation scheme recognizes a number of social and pension benefits and privileges. The following is a non-exhaustive list of these financial aids:

- 1) Right to compulsory recruitment,
- 2) Constant adjustment, treatment for the benefit of active workers,
- 3) Exemption from payment of medical care,
- 4) Psychological assistance to victims and their families;
- 5) Recognition of immediate right to direct retirement,
- 6) Important benefits concerning the victims pension schemes (so called “pensioni d’oro”), such as 10-year nominal increase of retirement earnings, other retirement benefits and severance indemnities (similar to golden parachutes),
- 7) Right to free legal aid for any judicial and administrative proceeding,
- 8) Full tax exemption for all earnings.

c) Damages assessment for the special one-off indemnity

The thresholds of the special one-off indemnity are stated by art. 5 of Law n° 203/2004 as follows:

The special indemnity referred to in Article I of Law n° 302/1990 (the one-off indemnity for victims having a total disability rate of 80% or more), is paid up to a maximum of € 200,000 in proportion to the percentage of disability reported, based on € 2,000 for each percentage point.

[...]

Anyone who has suffered, as a result of injury caused by acts of terrorism, a permanent disability of not less than 25 % of the working capacity, as well as survivors of victims, including adult children, as from the date of entry into force of this Act, shall be granted, [...], a special non-reversible life-check of [€ 1,868] per month.

In other words, the special one-off indemnity will be attributed as follows:

- To the victim deceased or having a total disability rate of 80% or more), € 200,000; or
- To the victim having a total disability rate of less than 80%, € 2,000 for each percentage point of disability; and
- To the victim having a total disability rate of 25% or more (up to 100%), a special non-reversible life-check of [€ 1,868] per month.

The whole discipline of damages assessment has been reformed in 2009 with the Decree n° 181 of October 30, 2009.

Art. 2 of this Decree states that “the assessment of the percentage of disability [...], is expressed in a **unique percentage of disability**, which includes biological and moral damage.”

In other words, the Legislator identifies the criteria for determining the level of disability, in terms of **working capacity**. This disability will be calculated, into a unique percentage, in order to include all losses.

In order to calculate this unique percentage, the law provides for criteria of calculation, described as “Medical-legal criteria for assessment of permanent disability” (art. 3 of the Decree n°181/2009). These medical-legal criteria are assessed on the basis of work capacity values corresponding to each type of permanent disability.

Italian law also provides for a method of calculation of specific non-pecuniary damages suffered by the victim **at a later stage**, and considered as an aggravation of his health.

Art. 4 of the Decree n° 181/2009 offers specific assessment criteria for these non-pecuniary damages:

Article 4 - Medical and legal criteria for the revalidation of permanent disability, and for the determination of biological damage and moral damage

1. For revision of an already recognized and compensated disability, the following criteria and modalities are to be followed:

(a) the percentage of permanent disability (PA) related to working capacity shall be attributed in accordance with Article 3. [...];

(b) the percentage of biological damage (DB) is determined on the basis of the rates defined by the [Law];

c) the determination of the percentage of moral damages (DM) is carried out on a case by case basis, taking into account the entity of suffering and the psychological disturbance, as well as damage to the person's dignity, up to a maximum of 2/3 of the percentage of biological damage;

d) the only percentage of disability indicating the total disability (IC) [...], which shall not exceed 100 %, is given by the following formula [...]: IC = DB + DM + (IP-DB).

This formula allows for the calculation of the percentage of aggravated non-pecuniary damages, including for post-traumatic stress disorder.

V. Procedure for applying for benefits

Applications for access to treatment should be submitted to Prefectures or Consulates for residents abroad.

The Ministry will then organise the medical examination in order to evaluate the level of disability.

Art. 5 of Law n° 203/2004 sets temporal limits for the liquidation of the one-off indemnity (it shall be made within four months from the judgment ascertaining the terroristic nature of the crime). However, this time frame is very rarely respected.

VI. Conclusion

The Italian state compensation scheme specifically created for victims of terrorism and mafia-organised crime (*Norme a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata di tipo mafioso*) is an alternative no-fault compensation scheme founded upon principles of social solidarity.

Since the first mafia victims, and following the Years of Lead (*Anni di Piombo*) of the politically-oriented terrorists, the Italian State acted as the ultimate responsible party for injuries suffered by civilians.

So-called “internal terrorism” evolved, and terrorism action has today macroscopic economic and social impact. Its transnational impact resulted in a great number of victims among national civilians all over the world.

As a consequence, a problem of coordination among the national compensation schemes has arisen.

As the European Commission suggests, Member States apply in a discretionary fashion different mechanisms for compensating victims of terrorism (generally defined as “mutual assistance” and “double responsibility” models).

Notwithstanding the rule of offset of collateral public funding, Law N° 203/2004 may be interpreted ambiguously and difficult to apply. Other countries might have a different rule. Moreover, given the increasing expansion of cross-border terrorism, no doubt governments will try to strengthen

access rules to public compensation and redistribute terrorist risk to other entities. As a consequence, Victims' rights for equal justice might be affected.

The recent European Directive n° 2017/541 of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA does not offer any harmonized solution for compensation rules. Article 26 of Directive n° 2017/541 insures the victims' right for compensation and full access to State information, but no clear rule was stated in order to define the criteria for quantifying damages.

Martina BARCAROLI DES VARANNES
Avocate aux Barreaux de Paris et de Rome
Macchi di Cellere Gangemi
Paris, France
martinabdv@barcarolidesvarannes.eu

1. Council of Europe, *Guidelines on human rights and the fight against terrorism*, 11 July 2002.

2. ANIA, Rapporto « L'ASSICURAZIONE ITALIANA 2015 / 2016 », p. 134. OECD, *Les conséquences économiques du terrorisme*, 2002.

3. According to the OECD even if terrorism is covered by the insurance contract a number of “manifestations of violence” of terrorist nature are not insured because they are considered to be “political perils” that are uninsurable. See *OECD Check-list of Criteria to Define Terrorism for the Purpose of Compensation*, December 15 2004, p. 3.

4. Cf. Rianne Letschert and Karin Ammerlan, *Compensation and Reparation for Victims of Terrorism*, in Rianne Letschert, *Assisting Victims of Terrorism Towards a European Standard of Justice*, NY, 2010. See also Bottigiero, I., L. S. Sunga, and C. Walker, 2015, “The Victims of Terrorism” in Routledge Handbook of Law and Terrorism, edited by C. Walker and G. Lennon, New York: Routledge.

5. AIVITER, *Trentennale dell'Associazione Italiana Vittime del Terrorismo e dell'Eversione contro l'Ordinamento Costituzionale dello Stato*, 2016.

6. For a detailed illustration of the whole corpus of norms concerning this field, see the website of the Ministry of Interior: <http://www.libertacicilimmigrazione.dlci.interno.gov.it/area-i-speciali-elargizioni-alle-vittime-del-terrorismo-e-della-criminalita-tipo-mafioso>.

7. Figures published on <http://www.interno.gov.it/it/amministrazione-trasparente/provvedimenti/provvedimenti-dirigenti-amministrativi/dipartimento-liberta-civili-e-limmigrazione>.

8. The Constitutional duty of solidarity has recently been reaffirmed by the Italian Supreme Court in its judgement n° 175 of July 14 2016 (G.U. Serie Sp. July 20 2016). See also Corte di Cassazione, S.U. judgement n° 7761/17 of March 27 2017.



La información en el contexto de la venta de una empresa: el disclosure

Jorge MARTÍ MORENO

Al iniciar un proceso de venta de una empresa, los potenciales compradores solicitarán a los vendedores la documentación relevante sobre la empresa.

Es muy importante para el vendedor que esta documentación sea exhaustiva, completa y permita al comprador evaluar si le interesa comprar y a qué precio.

El vendedor debe ser transparente y contar todo: lo bueno y lo no tan bueno, la realidad y la potencialidad.

Si una contingencia se oculta, la responsabilidad del vendedor aumenta, pudiendo en casos muy graves, llegar a ser responsable penalmente por haber provocado un engaño.

Por el contrario, un vendedor transparente, actuará de conformidad con la buena fe y podrá plantear en un contrato de compraventa que el comprador no le pueda exigir responsabilidad por contingencias o irregularidades que el vendedor puso en conocimiento del comprador.

El comprador podrá intentar ajustar el precio a la baja. Alternativamente, podrá mantener el precio inicial pero pedir una "indemnización específica" en caso de que se materialice la contingencia.

El principio de la exoneración de responsabilidad del vendedor basándose en el conocimiento del comprador encuentra su origen en el principio del *caveat emptor*, en virtud del cual se espera de un comprador que revise diligentemente la cosa que va a comprar.

Por otro lado, la información facilitada por el vendedor al comprador, la información pública disponible y la documentación puesta a disposición del comprador (tanto físicamente, como virtualmente en una *virtual data room* o "VDR") sirven para facilitar este conocimiento de la cosa que va a ser comprada por parte del comprador.

Pero, ¿cuándo ha de realizar el vendedor la revelación de aquellos documentos o

circunstancias que puedan dar pie a su responsabilidad?

Para cumplir con la buena fe, esta revelación deberá ser lo más temprana posible para evitar que el comprador invierta recursos personales y económicos, si existe una contingencia que pueda hacer frustrar la operación. No hay que esperar a la víspera de la firma del contrato para plantear esta contingencia.

Pero, ¿qué ocurre si la contingencia ha surgido cuando una vez firmado el contrato y antes de que se produzca el cierre?

Es práctica habitual exigir al vendedor que repita las manifestaciones y garantías incluidas en el contrato de compraventa cuando una vez cumplidas las condiciones se vaya a proceder a escriturar ante el notario.

Pero, ¿qué se puede hacer si entre la firma del contrato y el cierre se ha materializado una contingencia, o si ha surgido una contingencia que antes no existía y que impide hacer una manifestación o declaración de que todo está bien?

La buena fe exigirá la máxima transparencia. Además, si el vendedor no puede declarar lo que en su día se comprometió a declarar, habrá que ver de qué se trata. Si es algo de gran trascendencia, el comprador puede considerar la resolución del contrato por incumplimiento de la parte vendedora y exigir daños y perjuicios.

La parte vendedora quizás prefiera seguir adelante con la venta, y pagar la compensación económica aplicable.

¿Puede el comprador reclamar por algo que ya conocía, bien por ser revelado por el vendedor, o por otras vías, tales como registro públicos?

La buena fe y el abuso del derecho son conceptos que nos vienen a la mente para evitar tales reclamaciones.

¿Dónde se ha de hacer la revelación? ¿En la "VDR", en un anexo al contrato o en una *side letter*?

Lo importante es dejar constancia documental de que se ha comunicado el documento o circunstancia, y si ha sido revelado verbalmente en una conversación telefónica o en una reunión, lo prudente es enviar un correo confirmado por escrito el contenido de las conversaciones y el alcance de la comunicación del riesgo o contingencia.

¿Qué efectos puede tener la revelación?

La existencia de una contingencia comunicada por el vendedor al comprador puede llevar a:

- (i) Un ajuste en el precio.
- (ii) La exigencia de garantías a favor del comprador.
- (iii) El pago de una cantidad al comprador como compensación (¿debe incluirse el lucro cesante?).
- (iv) Cabe la posibilidad de que el comprador desista, pidiendo la resolución por incumplimiento y quede liberado de la obligación de compra.

Estas son algunas de las cuestiones que se plantean en el contexto de una venta.

El flujo de información debe ser completo, exacto y veraz. No conviene ocultar nada, pues la ocultación solo conlleva aumentar la responsabilidad del vendedor.

Jorge MARTÍ MORENO
Director de Relaciones Internacionales
de la UIA
Uría Menéndez Abogados, S.L.P.
Valencia, España
jorge.marti@uria.com



Dawn of the Indian Insolvency & Bankruptcy Era

■ **Ashu THAKUR**

The Indian laws on bankruptcy and insolvency were prehistoric dating as far back as 1909 with multiple forums and appellate bodies giving rise to an ineffective & inadequate system laden with delays in resolution. India required a new institutional framework, consisting of an effective regulator, insolvency professionals, information utilities and adjudicatory mechanisms that would facilitate a formal and time bound insolvency resolution process and liquidation. After years of deliberation, the Indian Government finally codified an effective and unique framework for insolvency & bankruptcy laws namely the "Insolvency & Bankruptcy Code 2016" (herein after referred to as "Code") with an objective to consolidate and amend the law relating to reorganization and Insolvency Resolution (IR) of corporates, partnerships and individuals in an effective and time bound manner.

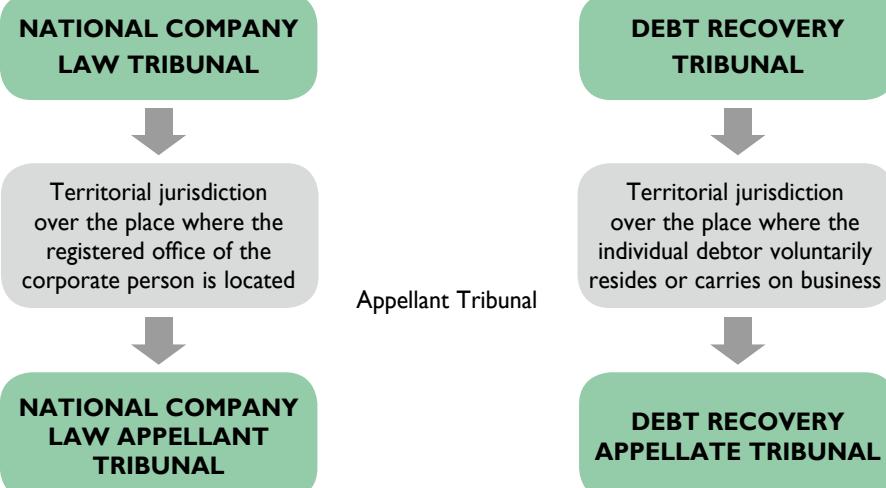
The Code consolidates under one umbrella various insolvency laws i.e., The Presidency Towns Insolvency Act, 1909, The Provincial Insolvency Act, 1920, The Sick Industrial Companies (Special Provisions) Act, 1985, The Financial Institution Act, 1993 and infuses the impactful provisions of the Securitization and Reconstruction of Financial Assets and Enforcement of Security Interest (SARFAESI) Act, 2002 and the Companies Act, 2013. Prior to this Code, there was no single law dealing with insolvency and bankruptcy in India.

The Code lays down the Corporate Insolvency Resolution Process ("CIRP") to be followed in handling corporate insolvency. It attempts to quickly and efficiently resolve insolvency through a market-led process. In particular, the CIRP cannot last longer than 270 days. Within this period, resolution plans must be received and evaluated by a Committee of Creditors. This Committee may collectively choose one plan by a 75% majority vote. If no choice is made within 270 days, the company is declared bankrupt and its assets liquidated.

The Code provides for specialized Adjudicating & Appellate Authorities i.e.

National Company Law Tribunal ("NCLT"), Debt Recovery Tribunal ("DRT"), National Company Law Appellate Tribunal (NCLAT) and Debt Recovery Appellate Tribunal (DRAT) :

individual bankruptcy under the Code and is a key pillar of the ecosystem responsible for implementation of the Code that consolidates and amends the laws relating to reorganization and IR of corporate



In order to have finality, the Code debars any Civil Court or authority have been debarred to entertain any suit or proceedings in respect of any matter on which NCLT, NCLAT, DRT and DRAT has jurisdiction. However, any person aggrieved by an order of the National Company Law Appellate Tribunal or Debt Recovery Appellate Tribunal as the case may be, may file an appeal to the Supreme Court of India on a question of law arising out of such order under this Code within 45 days from the date of receipt of such order.

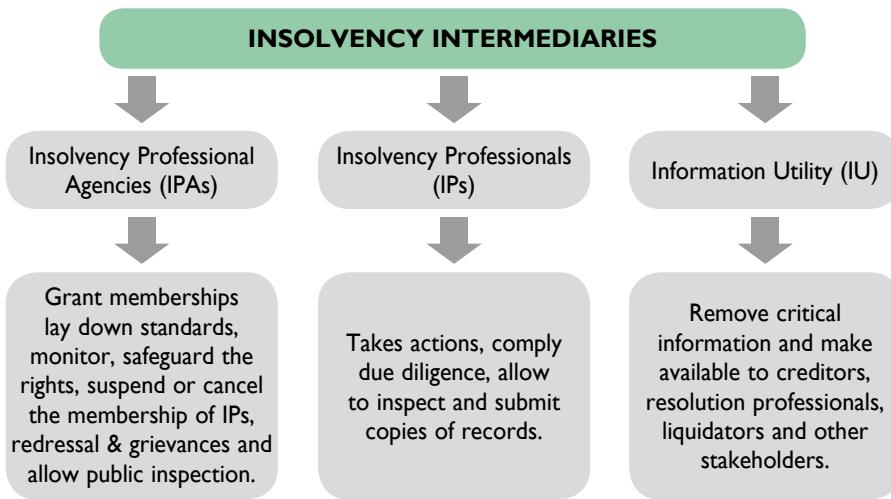
The Code separates its commercial aspect of Insolvency & Bankruptcy proceeding from its judicial aspect and provides for establishment of the Insolvency & Bankruptcy Board of India ("Board") for Regulation of Insolvency Professionals (IPs), Insolvency Professional Agencies (IPAs) and Information Utility (IU) who will assist in completion of IR as written in the Code. The Board writes and enforces rules for transactions, namely, corporate insolvency resolution, corporate liquidation, individual insolvency resolution and

person, partnership firms and individuals in a time bond manner for maximization of the value of assets of such person, to promote entrepreneurship, availability of credit and balance the interests of all the stakeholders.

The Code creates time bond process for IR of Corporate & Individual and enable a 'stand-still period' which provides stakeholders time to facilitate discussions and arrive at a common resolution rather than running independent processes and provides a balanced approach between rehabilitation and recovery and provides compulsory liquidation of corporate debtors in the event the resolution has not been agreed within 180 days of the resolution process. It empowers creditors to trigger a resolution process in case of non-payment and provides insolvency professional to take control over the Corporate debtor.

Insolvency Intermediaries

The following are authorities through which the Insolvency and Bankruptcy Process would be implemented under the Code:



What Are the Threshold Limits to Initiate a Corporate Insolvency Resolution Process and who Can Initiate it?

A “financial creditor” and an “operational creditor” or the “corporate debtors” itself can initiate Corporate Insolvency Resolution Process (CIRP) in respect of a Corporate Debtor in the event of a default of minimum INR 1,00,000 (USD 1506.88) which may increase up to INR 1,00,00,000/- (USD 149,500). The Code allows creditors to assess the viability of a debtor as a business decision and agree upon a plan for its revival or a speedy liquidation. It empowers creditors to trigger a resolution process in case of non-payment and provide insolvency professional to take control over the corporate debtor. The Code however bars a corporate debtor in following situation; if he is undergoing a CIRP or has completed CIRP or violated any terms of resolution plan or order of liquidation has been passed. The time line to complete CIRP is 180 days which may extend to further period of 90 days after the approval of THE Adjudicating Authority.

Demarcating that Twilight Zone

The Code provides for appointment of Interim Resolution Professionals (“IRP”) within fourteen days from the insolvency commencement date which marks the onsets of insolvency resolution and the powers of the board of directors of the

company under duress will stand suspended and immediately on appointment the IRP shall be vested with all power of the board of directors. The IRP after collation of all claims against the corporate debtor constitutes a Committee of Creditors. Subsequent to which the Committee of Creditors either confirms the appointment of the IRP as the Resolution Professional (“RP”) or appoints another RP.

very crucial. The IRP shall make every endeavor to protect and preserve the value of the property of the corporate debtor and manage the operations of the corporate debtor as a going concern. The paradigm shift in a director’s duties in the twilight period – from maximizing the interest of all shareholders to one that protects the interest of creditors is indeed a challenge and has in effect given several directors sleepless nights and also prompted several independent directors to evaluate their exposure in listed companies and has to an extent also deterred several directors.

Fast Track Corporate Insolvency Resolution Process

The Code has provided for a fast track insolvency resolution process whereby an application for fast track CIRP may be made in respect of the eligible corporate debtors with assets and income below a level as may be notified by the Central Government. The eligible corporate debtors under Fast Track process are a small company as defined under section 2 (85) of Companies Act, 2013, a Startup (other

The period that constitutes the twilight zone and the implication of actions taken by directors during this period is very crucial.

Similar to global practices, the Code provides that the director of a company that has entered the process of insolvency resolution could be held liable for fraudulent or wrongful trading, preferential transactions, concealment of property or undervalued transactions considered prejudicial to the interest of the creditors. However, this move does not absolve the directors from actions taken up to two years prior to commencement of the resolution process. Often referred to as the “twilight zone” under insolvency terminology, this period of look back of 12 months for regular transactions and 24 months for related party transactions could come back to haunt many existing directors on the boards of companies going through financial stress and eventually entering the insolvency resolution process. The period that constitutes the twilight zone and the implication of actions taken by directors during this period is

than the partnership firm) and an unlisted company with total assets, as reported in the financial statement of the immediately preceding financial year, not exceeding INR Rs. 100,00,000 (USD 153,847). The time period for completion of the Fast Track CIRP is within 90 days from the insolvency commencement date which may extend to not more than 45days.

Fresh Start Process by Debtor

The fresh start process is a unique process adopted by the debtor when he is unable to pay a qualifying debt. The debtor may apply either personally or through resolution professional apply to the DRT for a fresh start in respect of qualifying debt. Interim moratorium shall commence on the date of filing of such application to all debts, any legal action or legal proceeding pending in respect of any debt shall be stayed and no

creditors shall institute any legal action or proceeding in respect of such debt. Interim moratorium shall cease to have effect on the date of admission or rejection of such application. The Adjudication Authority may within 14 days from date of request from resolution professional pass an order either admitting or rejecting the application. On the date of admission of the application, the moratorium period shall commence in respect of all the debts. Moratorium shall cease to have effect on expiry of 180 days and the creditors given opportunity to raise objections within 10 days of the application. Aggrieved parties have a right to appeal.

Persons not Eligible to be Resolution Applicants

Gradually after the implementation of the Code the Indian Government noticed several promoter groups buying out their corporate debts as well as corporate debts of its group concerns which in effect lead to several sham transactions and in effect defeated the very purpose of the Code. In order to block these fake and sham transactions, the Government of India has recently with effect from 23rd November 2017 introduced section 29 A to the Code to list out persons who would be ineligible to be resolution applicants. Accordingly, a person suffering from certain disqualifications as enumerated below would be ineligible to submit a resolution plan. If such person, or any other person acting jointly or in concert with such person ie:

- i. is an undischarged insolvent;
- ii. is a willful defaulter in terms of the RBI Guidelines issued under the Banking Regulation Act, 1949;
- iii. has an account, or an account of a corporate debtor under the management or control of such person or of whom such person is a promoter, classified as non-performing asset in accordance with RBI Guidelines issued under the Banking Regulation Act, 1949 and at least a period of 1 year has lapsed from the date of such classification till the date of commencement of the corporate insolvency resolution process of the corporate debtor. However, the

person shall be eligible to submit a resolution plan if such person makes payment of all overdue amounts with interest thereon and charges relating to non-performing asset accounts before submission of resolution plan;

- iv. has been convicted for any offence punishable with imprisonment for 2 years or more;
- v. disqualified to act as a director under the Companies Act, 2013;
- vi. prohibited by the Securities Exchange Board of India from trading in securities or accessing the securities markets;
- vii. has been a promoter or in the management or control of a corporate debtor in which a preferential transaction, undervalued transaction, extortionate credit transaction or fraudulent transaction has taken place and an order has been made by adjudicating authority under the provisions of the Code;

disqualifications under Section 29A and clarify the definition of a related party. The ordinance will put home buyers in the category of financial creditors as the amount raised from them under a real estate project would count as commercial borrowings. The ordinance is expected to set various voting thresholds i.e. 90% of creditors for withdrawal of applications post-admission, 66% for important decisions namely approval of resolution plans and allowing liquidation and 51% for approval of routine matters. It will clarify that guarantors of a corporate debtor are ineligible if the guarantee has been invoked by the creditor and remains unpaid in full or in part. Besides moratorium will not apply to the surety of guarantors to the corporate debtor. The ordinance would also permit persons to file resolution applications on behalf of the financial creditors as their guardians or administrators or executors of their estates or their debenture trustees.

In order to circumvent the issues the Government of India appointed a committee to study the impact of the recent amendments and garner stakeholders and public support.

- viii. has executed an enforceable guarantee in favour of a creditor, in respect of a corporate debtor against which an application for insolvency resolution made by such creditor has been admitted under the Code;
- ix. has been subject to the above listed disabilities under any law in a jurisdiction outside India;
- x. has a connected person not eligible as aforesaid.

Debarring promoters from being Resolution Applicants did see a lot of opposition in the Indian markets and gave rise to several debates. In order to circumvent the issues the Government of India appointed a committee to study the impact of the recent amendments and garner stakeholders and public support.

The Government is now expected to soon promulgate an ordinance to make changes to the Code that would provide relief to small businesses and homebuyers, relax

Additionally, representatives will be allowed to appear and vote on behalf of certain class of creditors at meetings of the committees of creditors, which would in effect help homebuyers.

In accordance with the senior officers at the Board, the changes stipulated will be introduced in a phased manner dealing with corporate guarantors and individuals having businesses like proprietary firms.

Penalties under the Code

The Code stipulates penalty for various offences including fraudulently imitating insolvency resolution process by any person, concealment of property, misconduct in course of CIRP etc., which may be liable to fine up to Rs 100,000 (USD 1,507) to INR 100,00,000 (USD 150689) with or without imprisonment up to 1 year to 5 years. The various penalties are enumerated below:

SR NO	OFFENCES	FINES	IMPRISONMENT
1	Any person initiates the insolvency resolution process or liquidation proceedings fraudulently or with malicious or defraud any person	INR 100,000 (USD 1,507) to Rs. 100,00,000 (USD 150,689)	N/A
2	Punishment for concealment of property.	INR 100,000 (USD 1,507) to Rs. 100,00,000 (USD 150,689)	3 years to 5 years
3	Punishment for transactions defrauding creditors	INR 100,000 (USD 1,507) to Rs. 100,00,000 (USD 150,689)	1 years to 5 years
4	Punishment for misconduct in course of corporate insolvency resolution process	INR 100,000 (USD 1,507) to Rs. 100,00,000 (USD 150,689)	3 years to 5 years
5	Punishment for falsification of books of corporate debtor.	INR 100,000 (USD 1,507) to Rs. 100,00,000 (USD 150,689)	3 years to 5 years
6	Punishment for willful and material omissions from statements relating to affairs of corporate debtor.	INR 100,000 (USD 1,507) to Rs. 100,00,000 (USD 150,689)	3 years to 5 years
7	Punishment for false representations to creditors.	INR 100,000 (USD 1,507) to Rs. 100,00,000 (USD 150,689)	3 years to 5 years
8	Punishment for violating the provision of section 14 of the Code by corporate debtor or any officer	INR 100,000 (USD 1506.88) to INR 300,000 (USD 4520.65)	3 years to 5 years
9	Punishment for violating the provision of section 14 of the Code by creditor.	INR 100,000 (USD 1,507) to Rs. 100,00,000 (USD 150,689)	1 year to 5 years
10	Punishment for contravention of Section 31 by Corporate Debtor.	INR 100,000 (USD 1,507) to Rs. 100,00,000 (USD 150,689)	1 year to 5 years
11	Punishment for false information furnished in application.	INR 100,000 (USD 1,507) to Rs. 100,00,000 (USD 150,689)	
12	Punishment for nondisclosure of dispute or repayment of debt by operational creditor.	INR 100,000 (USD 1,507) to Rs. 100,00,000 (USD 150,689)	1 year to 5 years
13	Punishment for providing false information in application made by corporate debtor	INR 100,000 (USD 1,507) to Rs. 100,00,000 (USD 150,689)	3 years to 5 years
14	Punishment for false information by debtors or creditor in insolvency resolution process.	Not more than INR 5,00,000 (USD 7534.41)	Not more than 1 year
15	Punishment if the creditors promises to vote in favour of the repayment plan dishonestly	3 times the amount or its equivalent of such money, property or security accepted by such creditor	Not more than 2years
16	Punishment for contravention of provisions	Rs. 1 Lac (USD 1506.88) to Rs. 5,00,000 (USD 7534.41)	Not more than 6 months
17	Punishment for Omitting, false representation or conceals any material information	Not more than Rs. 5,00,000 (USD 7534.41)	Not more than 6 months
18	Punishment for destroy or alter books of accounts	Not more than Rs. 5,00,000 (USD 7534.41)	Not more than 1 year
19	Punishment for contravention of Section 140 or 141 of the Code	Not more than Rs. 5,00,000 (USD 7534.41)	Not more than 6 months
20	Punishment for failed to deliver the possession of any property u/s 156	Not more than Rs. 5,00,000 (USD 7534.41)	Not more than 6 months
21	Before filing application for bankruptcy, bankrupt has failed to account for any loss incurred of any substantial part of his property	3 times of the value of the loss	Not more than 2 years
22	Absconded or attempts to absconds after the bankruptcy commencement date	Not more than Rs. 5,00,000 (USD 7534.41)	Not more than 1 years
23	Bankruptcy trustee fraudulently misappropriated, retained or accounted for any money or property or due to which bankrupt suffered loss	3 times the amount of the loss caused	Not more than 3 years

Statistics on the Legal Cases

After more than a year of the Code proceedings there have been more liquidation cases than resolution of the Non-Performing Assets accounts. According to a data from the Insolvency and Bankruptcy Board of India, in the NCLT around 78 companies got liquidation orders since February 2017. In six cases resolution plans have been approved at the NCLT and in another four cases, resolution plans have been submitted to the tribunal. Around 921 cases are under the different stages of the proceedings. A large number of cases under liquidation are either small or medium enterprises. The Government has seen disinterest from public or outside investors to invest in small and medium enterprises. Moreover with the advent of Section 29A which specifically bars existing promoters from bidding for their own companies, there are no takers for small and medium enterprises which made the Government re-think its policy and consider making an exemption thereby allowing promoters of small and medium enterprises to bid as resolution applicants.

In June 2017 the Reserve Bank of India referred 12 large accounts including Essar Steel, Bhushan Steel, Electrrosteel Steels, Amtek Auto, Bhushan Power & Steel, Alok Industries, Monnet Ispat Lanco Infra Jaypee Infratech, ABG Shipyard etc amounting to over INR 2.5 lakh crores of the INR 7.7 lakh crore Non-performing Assets then and their resolution will be a crucial test for the working of the Code.

Regulating Insolvency Professionals

After closing monitoring, the insolvency professionals ("IP") over the past 1 year, the Board has started streamlining their functioning. Through a series of circulars, the Board has asked IP's to disclose their relationship with the parties associated with their respective case. The Board also issued directions regarding the functions that can be outsourced by an IP whilst discharging its duty. This has led to loads of chaos as IP's feel the Board is trying to micromanage. However, the Board is of the view and in my opinion rightly so because questions on the *bonafides* and working of the IP's are very critical considering that the IP have

authority to replace the Board of Directors of insolvent companies.

A Word of Caution

As the threshold limits to initiate proceedings under the Code are low, foreign businesses should carefully evaluate all contractual obligations or other business dealings in India to avoid or mitigate the risks of being subject to the proceedings either as a debtor or a creditor under the Code. The operational creditors should try and engage with the financial creditors as they make the key decisions on day to day running of the company during an insolvency process and also approve the restructuring plan.

any country outside India for enforcing the provisions of this Code. Additionally, the review committee is likely to recommend an online system to resolve individual insolvency cases, which could impact 98% of medium and small enterprises (MSMEs) which have registered as sole proprietorships or partnerships. Such cases could fall into individual insolvency cases. Similarly, the government is working on special exemptions for the MSME sector in the Code, by considering a separate mechanism to resolve individual insolvency cases.

The Ministry of corporate affairs also plans to measure the success of the Code on three parameters i.e. time take, money recovered

Many countries have adopted the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) to resolved cross border insolvency cases. India is not a signatory to the law yet.

Impediments to Truly Globalize the Indian Insolvency and Bankruptcy Laws with International Practices

The Bankruptcy provisions for individuals and proprietorship firms under the Code are unlikely to be put into effect soon due to the heavy workload of DRTs. Further, the notification of rules on cross-border insolvency, could be delayed in the absence of e-courts. While insolvency cases pertain to NCLT, bankruptcy cases involve individuals, proprietorship firms and corporate guarantors, and are to be handled by the DRTs. A working group of experts have recommended the minimum threshold for bankruptcy to be enhanced to INR 1,00,000 (USD 1506.88) from the prevalent INR 1000 (USD 15.07).

Many countries have adopted the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) to resolved cross border insolvency cases. India is not a signatory to the law yet. The Government has faced hurdles in getting access to foreign assets of defaulters including billionaire diamond jeweler Nirav Modi & Vijay Malaya, promoter of defunct Kingfisher Airlines. The Code empowers the Central Government to enter into an agreement with the government of

and the cost burden on the corporate debtor. The statistics will be compared with global counterparts to further improve the Code. The Government is keen to remove the ambiguities in the Code for faster and effective resolution of Non-Performing Assets which have gone into insolvency proceedings. A committee has been constituted to review and access the current scenario and finalize its recommendations soon, based on which the Government will move a bill/ordinance in parliament to amend the Code. The Government is also planning to add a separate framework for micro small and medium sized enterprises (MSMEs).

While, any institutional mechanism takes years to establish, the ambitious Code is finding its feet. However, the Government needs to create adequate infrastructure and enable funding by the tribunals themselves to meet the countries need. As per statistics available in January 2018, there are 25,000 pending cases in NCLT, 5200 winding up cases in the High Courts have been transferred to NCLT. 15,000 pending cases from DRT may move to NCLT, 700 cases under BIFR have moved to NCLT and 4000 company law board cases have moved to NCLT. Though these figures appear to be alarming, the Indian Government does not seem baffled by it but in fact have taken it in their stride to modernize the DRT and

NCLT and soon introduce E-courts as per international standards.

Tweaking the Code

The Government of India, in order to demonstrate its keenness to rectify errors in the original Code constituted a 14-member panel headed by the corporate affairs secretary to suggest changes to the Code. The Insolvency Law Committee has given a comprehensive and holistic report paving the way for important legislative changes in the Code and certain recommendations did transform into law however the veracity of the same still remains questionable in eyes of few. However, legal challenges cannot be ruled out even in respect of the changes proposed with the best intentions. The critical amongst them being inclusion of home buyers as financial creditors, barring promoters from bidding for assets and bringing in the need of shareholders approvals which saw an uproar & intense consultation between the Government and public bodies. The interpretation of the Code is gradually falling in line with the intent of the Government and at the same time numerous clarifications and judgements on interpretation of the Code passed by the Supreme Court of India is in effect narrowing and/or removing the ambiguities and nuances of the Code.

With the continuous tweaking and tightening of the Code, India would soon have in place a strong and effective insolvency and bankruptcy laws which will not only offer an effective legal framework for timely resolution of insolvency and bankruptcy but would also support development of credit markets and encourage entrepreneurship and in effect also improve the ease of doing business and facilitate more investment leading to a higher economic growth and development.

Ashu THAKUR
Founder & CEO Ashu Thakur & Associates
Advocates & Solicitors
Mumbai India
ashu@atandia.co.in



Limites à l'interférence de l'Union européenne dans les systèmes pénaux de chaque État membre

I Bruno MICOLANO

La Cour de Justice de l'Union européenne s'est prononcée une seconde fois sur l'affaire « Taricco » (Arrêt c-42/17 du 5.12.2017). La question n'était pas banale.

En effet, dans le premier arrêt « Taricco » (C. 105/14), la Cour avait invité le juge pénal italien à écarter l'application d'une norme pénale contraire aux intérêts de l'Union. Jamais auparavant, dans l'histoire jurisprudentielle de l'Union européenne, une telle question n'avait été soulevée.

La souveraineté des États membres se voyait remise en question dans une affaire dans laquelle le principe de légalité est impliqué.

Immédiatement, la possibilité d'invoquer les *controlimiti* déjà craintes dans l'affaire « Melloni » s'est vue soulevée. Dans cette affaire, la Cour Constitutionnelle espagnole avait réussi à l'éviter, craignant le fort impact politique qu'une telle utilisation de l'arsenal législatif aurait pu déclencher (voir *Juriste*, 2014-1, Tribunal Constitutional de España, 13.02.2014).

Comme on le sait, la théorie des *controlimiti* prévoit qu'un État membre n'est pas tenu d'écarter une règle, même si elle est contraire à la législation de l'Union européenne, lorsque la protection accordée au citoyen est supérieure à celle prévue au sein de l'Union même.

La théorie est, pour l'instant, restée sur papier et l'arrêt que nous examinons l'a délibérément évitée, à l'encontre même des observations formulées par l'avocat général

Yves Bot, qui, aux termes de ses conclusions du 18.07.2017, avait réaffirmé les principes du « Taricco I », ce qui aurait contraint la Cour Constitutionnelle italienne à mettre en œuvre la menace des *controlimiti* (voir l'ordonnance de la Cour Constitutionnelle italienne du 24.01.2017).

Aujourd'hui, à l'époque du Brexit, il se serait agi d'un coup de plus porté à la création d'un système juridique européen commun à tous les États membres.

Lisons ensemble quelques passages de l'arrêt :

« Dans l'arrêt Taricco, la Cour a jugé que l'article 160, dernier alinéa, du code pénal, lu en combinaison avec l'article 161 de ce code (ci-après les « dispositions du code pénal en cause »), en ce que ces dispositions prévoient qu'un acte interruptif intervenant dans le cadre de poursuites pénales portant sur des fraudes graves en matière de TVA a pour effet de prolonger le délai de prescription de seulement un quart de sa durée initiale, étaient susceptibles de porter atteinte aux obligations mises à la charge des États membres par l'article 325, paragraphes 1 et 2, TFUE, dans l'hypothèse où lesdites dispositions nationales empêcheraient l'infraction de sanctions effectives et dissuasives dans un nombre considérable des cas de fraude grave portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union ou prévoiraient des délais de prescription plus longs pour les cas de fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'État membre concerné que pour ceux portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. La Cour a également jugé qu'il incombaît à la juridiction

nationale compétente de donner plein effet à l'article 325, paragraphes 1 et 2, TFUE, en laissant, au besoin, inappliquées les dispositions de droit national qui auraient pour effet d'empêcher l'État membre concerné de respecter les obligations mises à sa charge par lesdites dispositions du traité FUE.¹⁰ La Corte suprema di cassazione (Cour de cassation, Italie) et la Corte d'appello di Milano (cour d'appel de Milan, Italie), qui ont opéré les renvois de constitutionnalité devant la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle, Italie), considèrent que la règle issue dudit arrêt est applicable dans le cadre de deux procédures pendantes devant elles. En effet, ces procédures concernent des infractions relevant du décret no 74/2000 susceptibles d'être qualifiées de graves. En outre, de telles infractions seraient prescrites s'il y avait lieu d'appliquer les dispositions du code pénal en cause, alors que, dans le cas contraire, lesdites procédures pourraient aboutir à une condamnation.

Par ailleurs, la Corte d'appello di Milano (Cour d'appel de Milan) doute que l'obligation découlant de l'article 325, paragraphe 2, TFUE soit respectée en ce qui concerne la procédure pendante devant elle. En effet, le délit d'association de malfaiteurs aux fins de la contrebande de tabac manufacturé étranger, prévu à l'article 291 quater du decreto del Presidente della Repubblica n. 43, recante approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale (décret du président de la République no 43, portant approbation du texte unique des dispositions législatives en matière douanière), du 23 janvier 1973 (GURI no 80, du 28 mars 1973), bien qu'assimilable à des infractions relevant du décret no 74/2000, telles que celles en cause dans les procédures au principal, n'est pas soumis aux mêmes règles de plafonnement du délai de prescription que ces infractions.

Ainsi, la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) et la Corte d'appello di Milano (Cour d'appel de Milan) estiment qu'elles devraient, conformément à la règle énoncée par l'arrêt Taricco, laisser inappliqué le délai de prescription, prévu aux dispositions du code pénal en cause, et statuer sur le fond.

La Corte costituzionale (Cour constitutionnelle) émet des doutes sur la compatibilité d'une telle solution avec les principes suprêmes de l'ordre constitutionnel italien et avec le respect des droits inaliénables de la personne. En particulier, selon cette juridiction, ladite solution serait susceptible de porter atteinte

au principe de légalité des délits et des peines, lequel exige, notamment, que les dispositions pénales soient déterminées avec précision et ne puissent être rétroactives.

À cet égard, la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle) précise que, dans l'ordre juridique italien, le régime de la prescription en matière pénale revêt une nature matérielle et, partant, relève du champ d'application du principe de légalité, visé à l'article 25 de la Constitution italienne. Par conséquent, ledit régime devrait être établi par des règles précises en vigueur au moment de la commission de l'infraction en cause.

Dans ces conditions, la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle) estime qu'elle est appelée, par les juridictions nationales concernées, à se prononcer sur le respect, par la règle énoncée dans l'arrêt Taricco, de l'exigence de « détermination » qui, selon la Constitution, doit caractériser la réglementation pénale matérielle.

Dès lors, en premier lieu, il s'agirait de vérifier si la personne concernée pouvait savoir, au moment de la commission de l'infraction en cause, que le droit de l'Union impose au juge national, en présence des conditions déterminées dans ledit arrêt, la non-application des dispositions du code pénal en cause. Par ailleurs, l'exigence tenant à ce que la nature pénale de l'infraction et la peine applicable soient préalablement et clairement déterminables par l'auteur du comportement punissable découlerait également de la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (CEDH).

En second lieu, la juridiction de renvoi constate que l'arrêt Taricco ne précise pas suffisamment les éléments que le juge national doit prendre en compte pour établir le « nombre considérable des cas » auxquels est liée l'application de la règle résultant de cet arrêt, et ne pose donc pas de limite au pouvoir discrétionnaire des juges. »

Cela dit, la Cour a donc décidé :

« L'article 325, paragraphes 1 et 2, TFUE doit être interprété en ce sens qu'il impose au juge national de laisser inappliquées, dans le cadre d'une procédure pénale concernant des infractions relatives à la taxe sur la valeur ajoutée, des dispositions internes en matière de prescription relevant du droit matériel

national qui font obstacle à l'infraction de sanctions pénales effectives et dissuasives dans un nombre considérable de cas de fraude grave portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne ou qui prévoient des délais de prescription plus courts pour les cas de fraude grave portant atteinte auxdits intérêts que pour ceux portant atteinte aux intérêts financiers de l'État membre concerné, à moins qu'une telle inapplication entraîne une violation du principe de légalité des délits et des peines, en raison d'un défaut de précision de la loi applicable, ou au motif de l'application rétroactive d'une législation imposant des conditions d'incrimination plus sévères que celles en vigueur au moment de la commission de l'infraction. »

La motivation sur le point est précise :

« La République italienne était donc libre, à cette date, de prévoir que, dans son ordre juridique, ce régime relève, à l'instar des règles relatives à la définition des infractions et à la détermination des peines, du droit pénal matériel et est, à ce titre, soumis, comme ces dernières règles, au principe de légalité des délits et des peines.

De leur côté, les juridictions nationales compétentes, lorsqu'elles doivent décider, dans des procédures en cours, de laisser inappliquées les dispositions du code pénal en cause, sont tenues de veiller à ce que les droits fondamentaux des personnes accusées d'avoir commis une infraction pénale soient respectés (voir, en ce sens, arrêt Taricco, point 53).

À cet égard, il est loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité ou l'effectivité du droit de l'Union (arrêt du 26 février 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, point 29 et jurisprudence citée).

En particulier, s'agissant de l'infraction de sanctions pénales, il appartient aux juridictions nationales compétentes de s'assurer que les droits des accusés découlant du principe de légalité des délits et des peines soient garantis.

Or, selon la juridiction de renvoi, ces droits ne seraient pas respectés en cas de non-application des dispositions du code pénal en cause, dans le cadre des procédures

pendantes devant elle, dès lors que, d'une part, les personnes concernées ne pouvaient raisonnablement prévoir, avant le prononcé de l'arrêt Taricco, que l'article 325 TFUE imposerait au juge national, dans les conditions établies dans cet arrêt, de laisser inappliquées lesdites dispositions.

D'autre part, selon cette même juridiction, le juge national ne saurait définir le contenu concret des conditions dans lesquelles il devrait laisser inappliquées ces dispositions, à savoir dans l'hypothèse où celles-ci empêcheraient l'infraction de sanctions effectives et dissuasives dans un nombre considérable de cas de fraude grave, sans méconnaître les limites imposées à sa marge d'appréciation par le principe de légalité des délits et des peines.

À cet égard, il y a lieu de rappeler l'importance, tant dans l'ordre juridique de l'Union que dans les ordres juridiques nationaux, que revêt le principe de légalité des délits et des peines, dans ses exigences relatives à la prévisibilité, à la précision et à la non-rétroactivité de la loi pénale applicable. »

En ce qui concerne le principe de légalité, la Cour est plus précise et cite à l'appui de sa décision nombre de décisions antérieures dans le même sens, faisant ainsi valoir que :

« En outre, le principe de légalité des délits et des peines fait partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres (voir, en ce qui concerne le principe de non-rétroactivité de la loi pénale, arrêts du 13 novembre 1990, Fedesa e.a., C-331/88, EU:C:1990:391, point 42, ainsi que du 7 janvier 2004, X, C-60/02, EU:C:2004:10, point 63) et a été consacré par différents traités internationaux, notamment à l'article 7, paragraphe 1, de la CEDH (voir, en ce sens, arrêt du 3 mai 2007, Advocaten voor de Wereld, C-303/05, EU:C:2007:261, point 49).

Il ressort des explications relatives à la charte des droits fondamentaux (JO 2007, C 303, p. 17) que, conformément à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, le droit garanti à l'article 49 de celle-ci a le même sens et la même portée que le droit garanti par la CEDH.

S'agissant des exigences découlant du principe de légalité des délits et des peines, il convient de relever, premièrement, que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, à propos de l'article 7, paragraphe 1, de la CEDH, que, en vertu de ce principe, les dispositions pénales doivent respecter certaines

exigences d'accessibilité et de prévisibilité en ce qui concerne tant la définition de l'infraction que la détermination de la peine (voir Cour EDH, 15 novembre 1996, Cantoni c. France, CE:ECHR:1996:1115JUD001786291, § 29 ; Cour EDH, 7 février 2002, E.K. c. Turquie, CE:ECHR:2002:0207JUD002849695, § 51 ; Cour EDH, 29 mars 2006, Achour c. France, CE:ECHR:2006:0329JUD006733501, § 41, et Cour EDH, 20 septembre 2011, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie, CE:ECHR:2011:0920JUD001490204, § 567 à 570).

Deuxièmement, il convient de souligner que l'exigence de précision de la loi applicable, qui est inhérente au principe, implique que la loi définisse de manière claire les infractions et les peines qui les réprimant. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale (voir, en ce sens, arrêt du 28 mars 2017, Rosneft, C-72/15, EU:C:2017:236, point 162).

Troisièmement, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale s'oppose notamment à ce qu'un juge puisse, au cours d'une procédure pénale, soit sanctionner pénallement un comportement qui n'est pas interdit par une règle nationale adoptée avant la commission de l'infraction reprochée, soit aggraver le régime de responsabilité pénale de ceux qui font l'objet d'une telle procédure (voir, par analogie, arrêt du 8 novembre 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, points 62 à 64 ainsi que jurisprudence citée). »

La responsabilité du législateur de l'État membre est également strictement rappelée. Nous lisons, en effet que :

« Il incombe, au premier chef, au législateur national de prévoir des règles de prescription permettant de satisfaire aux obligations découlant de l'article 325 TFUE, à la lumière des considérations exposées par la Cour au point 58 de l'arrêt Taricco. C'est, en effet, à ce législateur qu'il appartient de garantir que le régime national de prescription en matière pénale ne conduise pas à l'impunité d'un nombre considérable de cas de fraude grave en matière de TVA ou ne soit pas, pour les personnes accusées, plus sévère dans les cas de fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'État membre concerné que dans ceux qui portent atteinte aux intérêts financiers de l'Union.

À cet égard, il convient de rappeler que le fait, pour un législateur national, d'allonger un délai de prescription avec application immédiate, y compris à des faits reprochés qui ne sont pas encore prescrits, ne porte, en principe, pas atteinte au principe de légalité des délits et des peines (voir, en ce sens, arrêt Taricco, point 57 et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme citée à ce point).

Cela étant, il convient d'ajouter que le domaine de la protection des intérêts financiers de l'Union par l'édition de sanctions pénales relève d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres, au sens de l'article 4, paragraphe 2, TFUE. »

Tout est bien qui finit bien ? Il semblerait que oui.

L'affaire revient maintenant à la Cour constitutionnelle italienne qui peut la résoudre sans mettre en œuvre les redoutées « controlimiti », en déposant les documents devant la Cour de cassation qui pourra décider en toute sécurité en appliquant les principes de droit énoncés par la Cour du Luxembourg sans qu'il soit besoin de porter aucun coup à la création d'un système juridique commun mais au contraire en revivifiant cette précieuse méthode qui a été appelée « dialogue entre les Cours ».

La diplomatie et la sagesse juridique dont ont fait preuve les juges luxembourgeois qui ont pu éviter un conflit aux résultats imprévisibles pour tout le monde, doivent ainsi être saluées.

Bruno MICOLANO
Conseiller du Président
Studio Micolano
Bologne, Italie
micolano_avv.bruno@iol.it



Food and Art - First UIA Photography Contest

Porto is not only famous for its architecture and *azulejos*, but also for its culinary specialties.

Art and food have had a close relationship for centuries. Artistic representations of food, drink or dish, as well as those of meal or banquet are profuse.

The Art Law and the Food Law Commissions jointly invite you to enter the



First photography contest held by the UIA on the subject of “Food and Art”

Be creative and *gourmand*. Put the spotlight on our food. You are free to photograph whatever you wish, the only limit on your creativity being that your photograph must have an explicit or implicit connection to what we eat or drink. The 10 best photographs will be selected by a 5-person jury drawn from UIA members and representatives of the city of Porto, and will be exhibited during the Porto Congress. The first prize will be presented at the Gala Dinner.

Terms and conditions:

By taking part in this photography competition, you agree with the following terms and conditions:

- The competition is opened exclusively to UIA members and/or to delegates who registered to the Porto Congress;
- Only one photograph (black and white or colour) can be sent by each participant;
- You have to indicate the date and the place where the photograph was taken;
- Each photograph shall be sent, in digital format (high quality jpeg) before August 31, 2018 to Ms. Judith Bouchardeau at the following address: jb@borghese-associes.fr.

You declare and warrant that you are the author of the photograph, you hold any and all rights and you have obtained the previous consent of any person represented.

You expressly authorise the UIA to reproduce and expose your photograph, for free, under any form and on any support whatsoever (digital, paper, multimedia, etc.)

*The jury reserves the right not to select a photograph which would be contrary
to morality or to the spirit of the competition.*



La prochaine réforme du code des sociétés en Belgique

De nombreux et profonds changements en perspective

■ **Patrick DE WOLF**

A. Genèse de la réforme

Un grand travail de réforme de la justice pénale et civile belge a été entrepris, ainsi que de modernisation de pans entiers de notre arsenal juridique.

Le droit des sociétés n'a pas échappé à ce travail de modernisation.

Le Centre belge du droit des sociétés a été chargé de formuler des propositions qui ont été regroupées dans un rapport établi en 2014. Les perspectives ouvertes par ce rapport ont fait l'objet d'une note stratégique communiquée au Ministre de la justice et débattue en commission de droit commercial et économique de la Chambre des représentants le 6 octobre 2015¹.

Ces débats ont abouti à la rédaction d'un imposant avant-projet de loi par un groupe d'experts, intitulé « avant-projet de loi introduisant le Code des sociétés et associations et portant des dispositions diverses » (ci-après « le Code » ou « le CSA »²).

Dans le droit positif, le droit des sociétés et le droit des associations et des fondations sont réglés dans des codes séparés. Le nouveau texte regroupe toutes ces règles, harmonise et unifie les règles de fonctionnement des personnes morales et opère une profonde réforme du droit des sociétés. Il n'est pas exagéré d'affirmer que la pratique du droit des sociétés belge s'en trouve bouleversée.

La brève description qui suit n'a bien évidemment pas vocation à relever de manière exhaustive toutes les nouveautés légales, tant elles sont nombreuses. Notre propos appelle aussi les réserves d'usage

liées aux possibles modifications que le texte pourrait subir au cours de son cheminement parlementaire. La volonté de moderniser et de simplifier le droit belge des personnes morales pour rendre ces dernières plus attractives en Europe et dans le monde ajoute à la nécessité de « transformer l'essai » sans tarder.

B. Lignes directrices de la réforme³

L'exposé des motifs de l'avant-projet de loi décrit les trois axes de la réforme : (a) une simplification de grande envergure, (b) le choix de plus de droit supplétif et de flexibilité et (c) de nouvelles règles devant permettre de faire face aux évolutions et aux tendances au sein de l'Union européenne.

BI - La simplification

Le travail de simplification opéré par le Code est extrêmement ample. Il obligera le praticien à faire fi de nombreux anciens concepts devenus *ipso facto* obsolètes et à s'approprier des règles inédites qui confèrent un caractère exceptionnel à cette réforme.

(i) Fin de la distinction entre société civile et commerciale

La première simplification a trait à la disparition de la distinction entre sociétés commerciales et sociétés civiles. La notion de commerçant a déjà été supplantée par la notion d'entreprise, au cœur du Code de droit économique (CDE) qui, hormis certaines règles spécifiques aux professions libérales⁴, traite de manière identique les entreprises civiles et commerciales. L'introduction récente du livre XX du CDE dont l'entrée en vigueur était prévue le 1^{er}

mai 2018 consacre, dans le même sens, le principe de la faillite de toute entreprise défaillante, y compris non commerciale, mettant fin à une dualité ancienne qui remonte à 1807.

(ii) Suppression de la catégorie des sociétés faisant appel public à l'épargne

La deuxième simplification vise la suppression de la catégorie des « sociétés faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne ». Hors les sociétés cotées, soumises à des règles spécifiques, peu d'autres sociétés sont visées par cette catégorie dont les règles applicables sont en nombre également restreint. Le maintien de cette catégorie de sociétés ne se justifiait dès lors plus. Les anciennes règles continuent à s'appliquer aux seules sociétés cotées.

(iii) Limitation du nombre de formes de sociétés

La troisième simplification, à la fois la plus poussée et la plus importante en pratique, concerne la limitation du nombre de formes de sociétés susceptibles d'être constituées.

Deux catégories de sociétés subsistent, les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux, au régime juridique renouvelé.

• Les sociétés de personnes (la société simple et ses variantes) :

La distinction entre sociétés de droit commun, interne et momentanée, disparaît au profit de la « société simple », désormais qualifiée, et elle seule, de société de personnes. Elle peut choisir d'avoir un caractère occulte (société interne) ou temporaire (société momentanée).

Il existe deux variantes de la société simple, lorsque les associés conviennent

qu'elle sera dotée de la personnalité juridique: la société en nom collectif (SNC) et la société en commandite (SComm)⁵.

La société coopérative à responsabilité illimitée (SCRI), le groupement d'intérêt économique (GIE) et la société agricole sont supprimés⁶.

- Les sociétés de capitaux :

Le CSA reconnaît désormais trois formes de sociétés de capitaux : la société à responsabilité limitée (SRL), la société anonyme (SA) et la société coopérative (SC). La société en commandite par actions (SCA) est supprimée.

- (iv) Sanctions pénales et civiles

De nombreuses dispositions pénales figurant dans le Code des sociétés ne sont pas appliquées ou sont inefficaces. Le CSA en supprime un grand nombre⁷ et marque une préférence pour les sanctions civiles, telles que la nullité des décisions des organes sociaux.

B2- La flexibilité

La deuxième ligne directrice de la réforme est l'assouplissement des règles de fonctionnement des sociétés.

Suivant en cela l'idée de faire de la SRL une véritable concurrente de la BV néerlandaise, l'ancienne SPRL subit une transformation radicale de son régime. Libre cessibilité des parts sociales, suppression du capital, possibilité de rachat de la part d'actionnaire⁸ à charge du patrimoine social, possibilité d'instaurer un droit de vote multiple : telles sont les principales innovations du Code en la matière. La SA, dont la réglementation plus rigide résulte en grande partie du droit européen, présente une marge plus réduite d'assouplissement des dispositions qui la régissent. Le CSA lui fait cependant subir un important « lifting » : droit de vote plural des actionnaires, administrateur unique et fin de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs figurent au rang des points importants de la réforme.

La SA reste la forme de société la plus appropriée pour les plus grandes sociétés. Le législateur encourage les SA non cotées à se transformer en SRL, cette dernière forme étant plus adaptée aux petites et moyennes entreprises ou à de plus grandes sociétés à caractère plus ou moins fermé⁹.

B3- Le droit européen

La dernière ligne directrice est, enfin, celle de l'adaptation aux évolutions européennes.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne promeut la mobilité des entreprises et, dans ce cadre, les États membres se font concurrence pour offrir le régime d'établissement le plus attrayant pour les sociétés. La doctrine traditionnellement appliquée en Belgique pour déterminer la nationalité d'une société est celle du siège réel. Cette doctrine coexiste en Europe avec la doctrine du siège statutaire (*incorporation theory*). Pour renforcer la sécurité juridique et éviter les effets indésirables d'un transfert de siège¹⁰, le Code opte en cette matière pour la doctrine du siège statutaire¹¹.

la deuxième directive européenne sur le capital social¹² alors que cette directive ne l'imposait qu'aux SA.

Les conséquences pratiques de cette suppression sont nombreuses :

- la SPRL Starter qui ne se conçoit et ne se justifie que par l'absence de capital initial obligatoire est, logiquement, supprimée ;
- les fondateurs doivent apporter des moyens suffisants pour mener l'activité projetée en ce compris, des moyens (prêts) subordonnés contribuant à un financement suffisant des activités de la société ;
- les obligations relatives au plan financier sont renforcées ;
- la notion de distribution reçoit un nouveau contenu, incluant dorénavant

La doctrine traditionnellement appliquée en Belgique pour déterminer la nationalité d'une société est celle du siège réel.

C. La SRL

La SRL devient la forme naturelle des petites et grandes sociétés. S'inspirant du modèle néerlandais, le législateur a réécrit les dispositions applicables à l'ancienne SPRL pour en faire un véhicule juridique simple, souple et performant.

Citons, au rang des nouvelles règles :

- la libre cessibilité des actions : la référence au caractère obligatoirement privé de la SPRL est abandonnée, le régime d'agrément imposé en cas de cession d'actions ne revêtant plus qu'un caractère supplétif. Les statuts peuvent instaurer un régime de libre cessibilité. Dans la foulée de l'abandon du caractère privé obligatoire de la SRL, l'interdiction d'émettre des droits de souscription ou des obligations convertibles est abrogée.
- la suppression de la SPRL unipersonnelle : La SRL peut être constituée par un seul actionnaire. Le régime particulier de la SPRL unipersonnelle disparaît.
- la suppression de la notion de capital social : le Code opère une mini-révolution en supprimant l'exigence d'un capital social que la Belgique a imposé aux SPRL, dans le sillage de la transposition, en 1984, de le remboursement des apports en numéraire ou en nature aux actionnaires. Les distributions sont, en outre, subordonnées à un double test : un test d'actif net pour éviter que la distribution conduise à un actif net négatif et un test de liquidité qui permettra de vérifier que la société pourra continuer à faire face à ses obligations après la distribution.
- le droit de vote multiple : la suppression du capital dissocie plus que jamais les droits financiers de l'actionnaire (droit au dividende et au boni de liquidation) de ses droits politiques (droit de vote dans les organes sociaux). Le principe d'*« une action une voix »* et l'interdiction, depuis 1934, du vote plural sont désormais supplétifs. La valeur des apports ne sera plus utilisée comme paramètre de mesure des droits attachés aux actions, les statuts pouvant désormais librement doter les actions de droit de vote multiple.
- démission d'actionnaires à charge du patrimoine social : les statuts de la SRL peuvent stipuler que la sortie des actionnaires se fera à charge du patrimoine social. Cette faculté restreint l'intérêt de recourir à la société coopérative qui est, en droit positif, la seule forme de société qui autorise ce mécanisme.

En bref, le Code dote la SRL d'un cadre très flexible, dans lequel de nombreuses dispositions sont devenues supplétives. Les entrepreneurs débutant ou les entrepreneurs qui ne trouvent pas nécessaire d'élaborer chaque disposition sur mesure y trouveront leur compte. Lorsque les fondateurs n'ont pas stipulé de manière précise, le régime légal supplétif sera d'application.

D. La SA

Dans le cadre plus strict du droit européen, déjà évoqué, le Code a néanmoins innové et réformé les règles de la SA, essentiellement sur de nombreux points discutés de longue date par la doctrine.

Citons, parmi d'autres, les quelques points suivants :

- *le droit de vote multiple* : le Code autorise les actionnaires d'une SA non cotée à opter, par la voie des statuts, pour le droit de vote multiple.

En ce qui concerne les SA cotées, un droit de vote double est ouvert aux actionnaires qui conservent leurs actions pendant une certaine durée¹³. Afin de bénéficier de ce «droit de vote de fidélité», les actions doivent être inscrites de manière ininterrompue au nom d'un même actionnaire pendant au moins deux années. Cela signifie qu'en cas de transfert de l'action, l'acquéreur devra, à son tour, attendre au moins deux ans avant de pouvoir lui-même bénéficier du double droit de vote. Le système demeure facultatif et doit être instauré par la voie d'une modification des statuts.

- *la révocabilité ad nutum de l'administrateur* : la règle d'ordre public de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs devient une disposition de droit supplétif. Les statuts de la SA peuvent désormais renforcer la stabilité de l'administrateur et prévoir un régime de révocation soumis à préavis ou limitée aux cas de justes motifs ou de fautes commises par le dirigeant ainsi qu'à une indemnisation en cas de révocation brutale en dehors des cas visés par les statuts.
- *les modèles d'administration* : quatre systèmes d'administration de la SA sont mis en place au choix des actionnaires. Le Code distingue le système moniste, le système moniste avec administrateur unique (nouveau) et le système d'administration dual (nouveau). La gestion journalière subsiste, en sus.

L'administrateur unique est une innovation majeure du Code. Les statuts de SA peuvent stipuler que la société est administrée par un administrateur unique qui, de surcroît, ne pourra être révoqué que pour de justes motifs.

Le système dual est une administration répartie entre deux organes : un conseil de direction et un conseil de surveillance. Le conseil de direction est compétent pour l'ensemble des matières opérationnelles et le conseil de surveillance s'occupe des grandes orientations stratégiques de la société, d'un « nombre limité de questions »¹⁴, ainsi que du contrôle de la gestion du conseil de direction. Les compétences des deux organes ne peuvent se chevaucher et personne ne peut être membre des deux organes à la fois. Une séparation nette est désormais établie. Le modèle d'administration dual se substitue au comité de direction qui cesse d'exister dans le CSA. Il n'est en outre pas interdit à un conseil d'administration classique (moniste), comme le permet déjà le système actuel, de déléguer certains pouvoirs à un comité exécutif.

F. Exonération et limitations de la responsabilité des administrateurs

La matière de la responsabilité des administrateurs fait l'objet de quelques aménagements pour tenir compte, à nouveau, de la jurisprudence et de commentaires d'une partie de la doctrine.

La véritable innovation consiste dans la limitation de la responsabilité des dirigeants par l'instauration d'un plafond en montant, au-delà duquel un administrateur ne peut être tenu responsable.

Ces limitations sont inspirées par les règles en matière de contrat de travail et de responsabilité des professionnels de la comptabilité. Le législateur estime qu'une limite chiffrée contribuera sans doute à une meilleure assurabilité du risque relatif à la responsabilité de l'administrateur. La limite chiffrée est également justifiée par le fait que les administrateurs peuvent être tenus responsables, dans le droit belge, de toute

La véritable innovation consiste dans la limitation de la responsabilité des dirigeants par l'instauration d'un plafond en montant, au-delà duquel un administrateur ne peut être tenu responsable.

Soulignons enfin que le régime de la gestion journalière a été complété et défini conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation.

E. La société coopérative

La société coopérative (SC) subsiste en tant que forme de société distincte, mais les règles de fonctionnement de la SRL lui sont applicables à titre supplétif lorsque le Code n'y déroge pas.

Soulignons qu'à l'instar de la SRL, le concept du capital est abandonné. L'attrait de la SC s'en trouve d'autant réduit que la société coopérative telle qu'organisée par le C.Soc., est une société à capital variable.

Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, un des avantages actuels de la SC, relativement à la sortie d'actionnaires mise à charge du patrimoine social de la société, a été étendu à la SRL. La flexibilité gagnée par la SRL réduit ici aussi l'intérêt de constituer une SC.

faute et sans qu'un *business judgement rule* ne soit instauré, à l'image de modèles étrangers¹⁵.

Les limitations de responsabilité prévues varient en fonction de la taille de la personne morale dans laquelle l'administrateur exerce son mandat. Les plus grandes entreprises engendrant une responsabilité sociale plus importante, des montants plus élevés se justifient pour ces sociétés¹⁶.

Ces plafonds sont d'application à tous les administrateurs, gérants, délégués à la gestion journalière, membres d'un conseil de direction ou d'un conseil de surveillance et ils s'appliquent à tout fait ou ensemble de faits pouvant engager la responsabilité du dirigeant, quel que soit le nombre de demandeurs ou d'actions. La limitation de la responsabilité ne s'applique pas en cas d'intention frauduleuse de la personne qui est tenue responsable.

Les clauses d'exonération et de garantie sont interdites par le Code¹⁷. Afin d'éviter

que cette interdiction soit trop facilement contournée, le Code prévoit que les clauses de garantie par des filiales ou des entités contrôlées sont également interdites.

G. Les assemblées générales

Le mode de convocation de l'assemblée générale de la SA est modifié. Alors que le Code des sociétés prévoit que l'organe de gestion ou les commissaires doivent convoquer une assemblée générale des actionnaires sur la demande qui leur est faite par des actionnaires représentant le cinquième du capital, le CSA prévoit un assouplissement de cette règle en portant la fraction d'un cinquième à un dixième.

H. Reconnaissance des sites Internet et e-mails

La modernisation du droit des sociétés ne peut se dispenser de traiter de l'utilisation de sites internet et des adresses e-mail.

Lorsqu'une société ou une association a un site Internet, le Code prévoit que certaines informations doivent être mises à disposition des actionnaires ou des membres par ce moyen.

Il en est de même pour l'adresse e-mail. Si les actionnaires, les porteurs d'autres titres ou des membres écrivent à l'adresse e-mail mentionnée dans les statuts, ils peuvent considérer que la société a bien reçu le message.

Inversement, tout associé, membre ou porteur d'un titre émis par une société peut communiquer son adresse e-mail à la société ou à l'association à l'adresse e-mail mentionnée dans les statuts. La société peut alors utiliser cette adresse pour toute communication, jusqu'à nouvel ordre de l'associé, du porteur d'un titre ou du membre concerné. Par « toute communication », le CSA ne vise pas les citations à comparaître, les plis judiciaires et les autres pièces utilisées dans le cadre de procédures judiciaires.

La possibilité de recevoir des documents par la voie électronique est devenue la règle et non plus l'exception.

I. Régime linguistique

Les documents dont le Code des sociétés impose le dépôt doivent être établis

conformément à la législation sur l'emploi des langues applicable dans la région linguistique concernée.

En vue de rendre la Belgique plus attrayante en tant que pays d'établissement, le législateur a considéré qu'il fallait atténuer certaines exigences linguistiques jugées souvent trop sévères et donc néfastes pour l'économie de notre pays. Le Code permet aux personnes morales de rédiger les pièces à déposer, au choix de l'organe d'administration, en néerlandais, en français, en allemand ou en anglais. Seuls l'acte constitutif et les actes apportant des modifications aux statuts doivent être rédigés dans la langue, ou une des langues officielles du tribunal des entreprises dans le ressort duquel la personne morale a son siège.

J. Conclusion

La réforme, on le voit, est ample¹⁸.

Elle constitue certes une contrainte pour les professionnels du droit et du chiffre appelés, comme à chaque changement majeur de législation, à comprendre, étudier et appliquer de nouveaux textes.

La réforme est aussi une opportunité exceptionnelle, pour ces professionnels, de contribuer à la revitalisation du tissu économique de la Belgique en appliquant ce droit nouveau dont la souplesse et l'efficacité devraient inciter les investisseurs, petits et grands, à sérieusement considérer la Belgique comme lieu d'investissement.

Patrick DE WOLF
Avocat au barreau de Bruxelles
Maître de conférences à l'UCL
Daldewolf
Bruxelles, Belgique
pdw@daldewolf.com

1. Echange de vues avec le ministre de la Justice et des experts du Centre belge du droit des sociétés sur la modernisation du droit des sociétés, Doc. Parl., Chambre, 3 décembre 2015, Doc 54 1500/001.

2. Pour le Code des sociétés actuellement en vigueur, l'abréviation « C.Soc. » sera utilisée.

3. Nous utilisons l'indicatif présent pour commenter le nouveau Code. Le lecteur ne perdra cependant pas de vue que le Code est à l'état d'avant-projet de loi au moment de la rédaction de cet article.

4. Pratiques du marché et protection du consommateur relatives aux professions libérales, livre XIV CDE.

5. La SComm remplace la société en commandite simple (SCS).

6. Notons toutefois qu'une SNC, une SComm, une SRL ou une SC pourra revêtir le label de société agricole, dans les conditions à fixer par le Roi.

7. Mentionnons, à titre d'exemples : (i) la suppression de la sanction pénale de la non-présentation des rapports spéciaux dans le cadre de la responsabilité de liquidateurs, (ii) le choix du législateur d'avoir opté pour la sanction disciplinaire et la nullité de la décision de nomination en ce qui concerne l'incompatibilité du mandat d'administrateur après un mandat de commissaire et (iii) la suppression de la sanction pénale relative à la règle impérative qui oblige l'organe d'administration d'une SRL ou une SA de convoquer l'assemblée générale dans les trois semaines lorsque les actionnaires qui représentent un dixième du nombre d'actions en circulation le demandent.

8. Le CSA a harmonisé la terminologie en vigueur dans les sociétés de capitaux ; il n'est plus question dans la SRL et la SC de part sociale, d'associé, de gérant, mais d'action, d'actionnaire et d'administrateur.

9. Paul Alain Foriers, « La réforme du droit des sociétés » (2016) TAA juin 2016, p. 8.

10. Une société belge ayant son siège réel en Belgique ne peut pas transférer son siège à l'étranger sans changer de nationalité, alors qu'une société néerlandaise dont la nationalité est rattachée à son siège statutaire, peut faire migrer son siège vers la Belgique en conservant sa nationalité.

11. Notons que l'adoption du système d'incorporation ou de siège statutaire n'aura pas d'incidence en matière de faillite, ni en matière fiscale.

12. Directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976 en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, JO L26, 1977, I-13.

13. Il s'agit d'une forme limitée de droit de vote multiple.

14. Exposé des motifs p. 10.

15. Exposé des motifs p. 49.

16. Les montants varient entre 125 000 euros, 250 000 euros, 1 millions d'euros, 3 millions EUR ou 12 millions d'euros en fonction du chiffre d'affaires HTVA, le total du bilan et si la personne morale est une entité d'intérêt public.

17. Il est intéressant de noter le caractère plus audacieux du texte applicable aux professions comptables.

18. Le format de la présente synthèse ne permet pas de décrire toutes les innovations du Code, pourtant nombreuses. Citons, notamment, la nouvelle définition des clauses léonines, la notion de bénéficiaire effectif, les règles de liquidation des sociétés, le contenu du rapport de gestion, etc.

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 1 44 88 55 66 - Fax. + 33 1 44 88 55 77
E-mail : uiacentre@uianet.org
Site Web : www.uianet.org
ISSN : 0758-2471

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

SEPP - Régis LAURENT
7, rue du Général Clergerie - 75116 Paris - France - Tél. : +33 1 47 27 50 05
sepp@wanadoo.fr

Typesetting and printing / Composition et impression / Composición e impresión
Évoluprint - 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: © iStock (Coscaron)

Page 1: Upper © Shutterstock (Kavalenkava), lower © Shutterstock (Zhukova Valentyna) /
Page 10: Upper © Shutterstock (Simon Dannhauer), lower © Shutterstock (Heracles Kritikos) /
Page 12: © Shutterstock (XXXX) / Page 13: © Shutterstock / Page 14: © Istock /
Page 15 (upper), Istock / Pages 15-18 © UIA / Page 20: (Upper & lower) © Shutterstock (Nalidsa) /
Page 36: upper © Shutterstock (Gandilab), lower © Shutterstock (HQuality) /
Page 50 © Shutterstock (Annavee) / Page 57: © Shutterstock (Martial Red) /
Page 59: © Shutterstock (TarikVision) / Page 61: © Shutterstock (Bro Studio) /
Page 62: © Shutterstock (Graphic farm) /

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

TAP

AIR PORTUGAL

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

CICERO
LawPack[®]