

2019.1

juriste

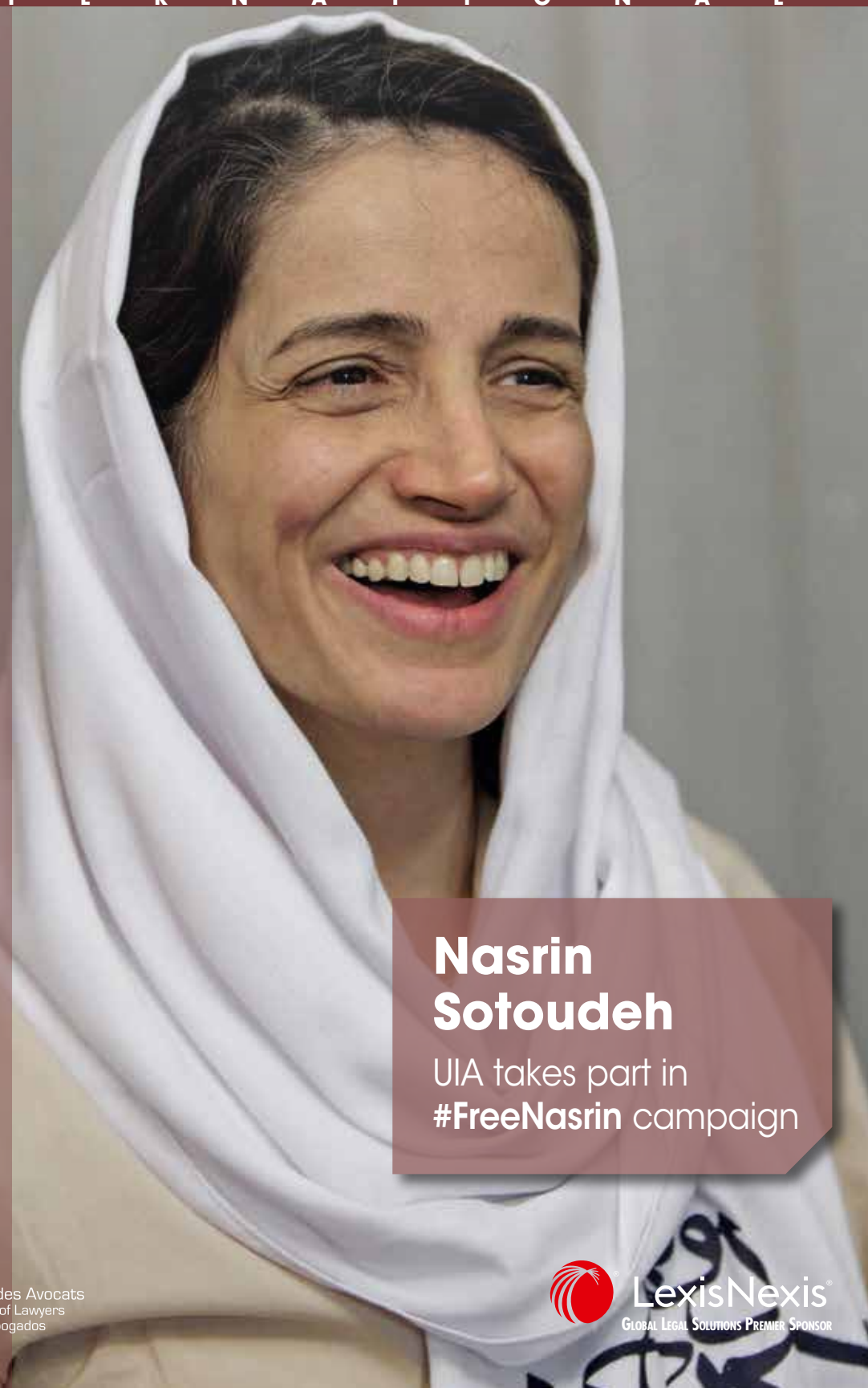
I N T E R N A T I O N A L

Union Internationale des Avocats

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



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



**Nasrin
Sotoudeh**

UIA takes part in
#FreeNasrin campaign



LexisNexis®
GLOBAL LEGAL SOLUTIONS PREMIER SPONSOR



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

SAVE THE DATE LUXEMBOURG

NOVEMBER 6-10, 2019

#UIALuxembourg

www.uianet.org



Register at: UIA - 20 rue Drouot - 75009 Paris - France
Tel.: +33 1 44 88 55 66 - Email: uiacentre@uianet.org - www.uianet.org



Table of contents Sommaire Índice

Table of contents ■ Sommaire ■ Índice ■ 2

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

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

L'importance de la Cour européenne des droits de l'homme dans le droit des affaires 11 The UIA in Munich 12

Human Rights and Protection of Lawyers ■ Droits de l'Homme et de la Défense ■ Derechos Humanos y de la Defensa ■ 14

Release Iranian Human Rights Lawyer Nasrin Sotoudeh 15 30^e Concours international de plaidoiries des avocats pour les droits de l'homme 16 Adrien Guihal : les libertés fondamentales doivent-elles céder à la lutte contre le terrorisme ? 17 Gestation pour autrui réalisée en Belgique et réception en Belgique d'une filiation issue de la gestation pour autrui faite à l'étranger 19 A Call for Comity 22 L'action des barreaux contre la peine de mort 25 Résolution sur la peine de mort et les conditions de détention et de traitement des condamnés à mort 26 Derecho a la vida privada de las y los adolescentes y los análisis *antidoping* en los bachilleratos 28

The Legal Profession ■ La Profession d'Avocat ■ La Abogacía ■ 30

La notation des avocats : instrument de marketing ou cheval de Troie de la dérégulation de la profession ? 31 Une dérive possible du droit ? 34 La voix des barreaux 38

Legal Practice ■ Pratique du Droit ■ Ejercicio de la Abogacía ■ 40

Research on the Legal Issues in the Operation of Clinical Trial Hospitals 41 The First Gene-Edited Babies in the World: Will China Review its Regulatory Framework for Gene-Editing Technology? 46 La responsabilidad derivada del accidente de trabajo en el ordenamiento jurídico español 48 Arbitraje internacional – Perspectivas actuales 51 The Impact of Brexit Upon Immigration in the UK 59 Intellectual Property and Crowdfunding: Information Your Clients Need to Know 61 Investissements privés étrangers en Afrique subsaharienne 63 Cryptocurrencies: U.S. Securities & Commodities Regulation & Jurisdiction 67



Meeting with the Bars of Beirut and Tripoli in Lebanon

Editorial



Meeting with the Kuwait Bar Association



President's Editorial

I Issouf BAADHIO

Dear Colleagues,

UIA symbolises diversity in international action and the promotion of the law of ethics. It is also one of the actors in the evolution of our profession and a vehicle for the promotion of law and international law.

Since its foundation in 1927, our association has set itself the goal of bringing together the entire professional community of lawyers across the five continents with a view to furthering our common objectives, ensuring the quality of our application of the axioms of our professional life and interests with regard to issues that awaken our conscience, such as defending lawyers persecuted around the world simply for practicing their profession.

In this dynamic, UIA has set up an institute (UIA-IROL) whose actions regarding the protection of lawyers and the rule of law are particularly significant and make the flag of our association fly high wherever there is a pressing need to prevent human rights violations from flourishing or being repeated, both with regard to citizens and lawyers.

This watchdog role is largely supported by the presence of UIA officials in the field. Thus, diversity in action this year has taken shape through field visits by the UIA President to India, Mexico, Japan and Kuwait to share experiences with bars and bar associations, supreme courts and legal professionals. All these visits – interesting in more than one way – have enabled UIA to underscore its diplomacy for its own productive growth and to get a real feel of the differentiated reality of legal and judicial systems in order to further its knowledge and incorporate these parameters in its vision of the globalised legal world, with the support of UIA's formidable local teams, which are a powerful vehicle for the enhancement of its knowledge for our members.

Although different, the various systems share many aspects of concern to lawyers

that could be common denominators, particularly with regard to the independence of lawyers and the judicial system and recurrent attacks on their independence through pressures of various kinds, though essentially political. UIA remains extremely vigilant and provides its unflagging support in all situations requiring it to act in order to popularise the basic principles of the legal profession and to defend them everywhere in the world. A good example of action is my visit to Kuwait in April at the head of a UIA delegation, which presented to the region's bars the basic principles of the profession, approved last October by the UIA General Assembly meeting in Porto. I would like to thank the Kuwait Bar Association, which had organised the meeting and Georges-Albert Dal, former Brussels Bar President who chaired our association's work leading to the development of these important principles, as well as our Regional Secretary for the Arabian Peninsula, Ali Al Jabal.

UIA also pays particular attention to the diversity of scientific topics covered by its technical commissions so that their work serves the interests of lawyers in terms of continuing education. For example, our 2019 seminars cover a considerable number of fields (arbitration, foreign investment, the right to health, technology, etc.) and several countries. The programme of the 2019 Luxembourg congress, which will be published in the course of May, will also be very diverse and offer various legal themes. I invite you to register already and note the congress dates in your diaries – November 6 to 10.

Finally, this year, UIA will focus on the need to amend international law, which, in its essence and configuration, is more inclined today to be concerned about States rather than human beings, making it a little more "inhuman" every day, even as the legal concept of the State is undergoing a structural change. It calls for a clear redefinition of what a State is, in the face of the humanitarian catastrophes and human rights violations that are increasing day by

day before our helpless eyes based on the mere fact of the sacrosanct principle of sovereignty!

So within UIA, working together, we listen to our differences so as to enhance our knowledge and, without hindrances, build an international community of lawyers and nations that are aware, responsible and concerned about safeguarding human rights regardless of the source of such violations, as well as protecting the rights of litigants and, consequently, their lawyers.

It is in the light of this revival that being a "lawyer" becomes a challenge for us to meet, within and on behalf of our prestigious organisation, through the values and principles that we have made our own.

I invite you to invest your energy in our many projects, to support our association's actions and to promote them among your legal communities. UIA exists only through the sum of the activities undertaken by its members throughout the world. Hence, each of us is an important part of our organisation. I am counting on your commitment to our association and, thereby, our profession.

Bâtonnier Issouf BAADHIO
President of UIA
president@uianet.org

Editorial du Président

I Issouf BAADHIO

Chers confrères, Chères Consœurs,

L'UIA symbolise la diversité dans l'action internationale et la promotion du droit de l'éthique. Elle est aussi un des acteurs de l'évolution de notre métier et un vecteur du droit et du droit international.

Depuis sa création en 1927, notre association s'est donné comme objectif de rassembler l'ensemble de la communauté professionnelle des avocats sur les cinq continents dans la perspective d'objectifs communs de performance qualitative des axiomes de vie professionnelle et d'intérêt sur des sujets d'éveil de nos consciences, tels que la défense des avocats persécutés à travers le monde du simple fait de l'exercice normal de leur ministère.

Dans cette dynamique, l'UIA s'est dotée d'un institut dédié (UIA -IROL) dont l'action en matière de défense de la défense et de l'État de droit est particulièrement significative et porte haut les couleurs de notre association partout où existe l'impérieuse nécessité d'empêcher que les violations des droits humains prospèrent ou se réitèrent, aussi bien vis-à-vis des citoyens que des avocats.

Ce rôle de vigie est largement appuyé par une présence sur le terrain des officiels de l'UIA. Ainsi, la diversité dans l'action cette année s'est matérialisée par des visites sur le terrain du Président de l'UIA en Inde, au Mexique, au Japon, au Koweït pour partager les expériences avec les barreaux et les bar associations, les Cours suprêmes et les professionnels du droit. Ces différentes missions, intéressantes à plus d'un titre, ont permis à l'UIA d'accroître sa diplomatie de croissance productive, de toucher du doigt la réalité différentielle des systèmes juridiques et judiciaires afin de s'en enrichir et intégrer ces paramètres à sa vision du monde juridique globalisé avec l'appui des formidables équipes locales de l'UIA qui sont un puissant vecteur d'intégration des connaissances pour nos membres.

Quoique différents, les systèmes recèlent beaucoup de points susceptibles d'être des dénominateurs communs sur les préoccupations des avocats, particulièrement en ce qui concerne l'indépendance de l'avocat, du système judiciaire et les atteintes récurrentes à cette indépendance par des pressions diverses, mais essentiellement politiques. L'UIA demeure extrêmement vigilante et apporte son soutien indéfectible à toutes les situations nécessitant qu'elle agisse pour vulgariser les principes essentiels de la profession et les défendre partout à travers le monde. Un bon exemple d'action est la visite au Koweït, que j'ai menée en avril à la tête d'une délégation de l'UIA, qui a présenté aux barreaux de la région les principes essentiels de la profession approuvés en octobre dernier par l'Assemblée générale de l'UIA réunie à Porto. Je remercie à ce titre le Barreau du Koweït, qui était l'organisateur de cette réunion, ainsi que Georges-Albert Dal, ancien Bâtonnier de Bruxelles, qui a présidé les travaux de notre association qui ont mené à l'élaboration de ces principes importants, ainsi que notre Secrétaire régional pour la péninsule arabique, Ali Al Jabal.

L'UIA porte également une attention particulière à la diversité des thématiques scientifiques couvertes par ses commissions techniques afin que leurs travaux servent l'intérêt des avocats au titre de la formation continue. C'est ainsi que notre offre de séminaires pour 2019 couvre de nombreux domaines (arbitrage, investissements étrangers, droit à la santé, technologie, etc.) et de nombreux pays. Le programme du congrès 2019 à Luxembourg, qui va être publié au cours du mois de mai, sera également très riche et proposera des thématiques juridiques variées. Je vous invite à vous y inscrire d'ores et déjà et à noter les dates du 6 au 10 novembre dans vos agendas.

Enfin, l'UIA mettra cette année l'accent sur la nécessité de faire évoluer le droit international aujourd'hui plus enclin de

par son essence et sa configuration à se préoccuper des États plutôt que des hommes, le rendant ainsi chaque jour un peu plus « inhumain », alors même que la notion juridique de l'État est en pleine mutation structurelle et nécessite une redéfinition claire de ce qu'est un État, face aux catastrophes humanitaires et violations des droits humains qui prospèrent tous les jours sous nos yeux impuissants par le simple fait du sacro-saint principe de la souveraineté !

Alors à l'UIA, tous ensemble, nous écoutons nos différences pour nous en enrichir et construire, sans désespérer, une communauté internationale d'avocats et de nations consciente, responsable et soucieuse de la préservation des droits humains quelle que soit l'origine des violations subies, ainsi que des droits des justiciables et, par conséquent, de leurs avocats.

C'est à l'aune de ce renouveau qu'être « avocat » redevient un défi qu'il nous appartient de relever au sein et pour le compte de notre prestigieuse organisation, à travers les valeurs et principes que nous avons fait nôtres.

Je vous invite à vous investir dans nos nombreux projets, à soutenir les actions de notre association et à en faire leur promotion auprès de vos communautés juridiques. L'UIA n'existe que par la somme de l'activité de ses membres dans le monde entier. Ainsi, chacun de nous devient un rouage important de notre organisation. Je compte sur votre engagement en faveur de notre association, et, par conséquent, de notre profession.

Bâtonnier Issouf BAADHIO
Président de l'UIA
president@uianet.org

Editorial del Presidente

I Issouf BAADHIO

Estimados compañeros, estimadas compañeras:

La UIA simboliza la diversidad en la acción internacional y la promoción del derecho de la ética. Es también uno de los responsables de la evolución de nuestra profesión y un vector del derecho y del derecho internacional.

Desde su creación en 1927, nuestra asociación tiene como fin reunir a toda la comunidad profesional de abogados en los cinco continentes con unos objetivos comunes de calidad en el desempeño de los axiomas de la vida profesional y de interés sobre temas que despiertan nuestra conciencia, como la defensa de los abogados perseguidos en todo el mundo por el simple hecho de ejercer su labor normal de representación.

En esta dinámica, la UIA se ha dotado de un instituto especial (UIA-IROL) cuya acción en cuestión de defensa de la defensa y del Estado de derecho es especialmente significativa y lleva los colores de nuestra asociación allá donde exista una necesidad imperiosa de impedir que prospere o se repita una violación de los derechos humanos, tanto con ciudadanos como con abogados.

Esta función de vigilancia está ampliamente respaldada por la presencia de los oficiales de la UIA sobre el terreno. Así, este año la diversidad de acciones se ha materializado en visitas sobre el terreno del Presidente de la UIA en la India, México, Japón, Kuwait... para compartir sus experiencias con los colegios de abogados y bar associations, los tribunales supremos y los profesionales del derecho. Estas distintas misiones, interesantes en varios sentidos, han permitido a la UIA incrementar su diplomacia de crecimiento productivo, palpar la realidad diferenciadora de los sistemas jurídicos y judiciales para enriquecerse e integrar estos parámetros en su visión del mundo globalizado con el apoyo de los formidables equipos locales de la UIA, que son un potente vector de integración de conocimiento para nuestros miembros.

Aun siendo distintos, los sistemas presentan muchos aspectos susceptibles de ser denominadores comunes sobre las preocupaciones de los abogados, en particular en lo tocante a la independencia del abogado, del sistema judicial y los ataques recurrentes a esta independencia por distintas presiones, sobre todo de índole política. La UIA mantiene su vigilancia y presta su apoyo indefectible a todas las situaciones que requieren su actuación para divulgar los principios básicos de la profesión y defenderlos en todo el mundo. Un buen ejemplo de acción es la visita a Kuwait, que llevé a cabo en abril al frente de una delegación de la UIA que presentó a los colegios de abogados de la región los principios básicos de la profesión, aprobados en octubre pasado por la Asamblea General de la UIA en Oporto. En este sentido, quiero dar las gracias al Colegio de Abogados de Kuwait, que organizó esta reunión, así como a Georges-Albert Dal, antiguo Decano de Bruselas, quien presidió los trabajos de nuestra asociación que dieron lugar a la elaboración de estos importantes principios, así como a nuestro Secretario Regional para la península arábiga, Ali Al Jabal.

La UIA presta además especial atención a la diversidad de las temáticas científicas cubiertas por sus comisiones técnicas para que sus trabajos sirvan a los abogados como formación continua. Así pues, nuestra oferta de seminarios para 2019 abarca muchos ámbitos (arbitraje, inversiones extranjeras, derecho a la salud, tecnología, etc.) y muchos países. El programa del congreso 2019 en Luxemburgo, que se publicará en mayo, será también muy nutrido y ofrecerá temáticas jurídicas variadas. Les invito a inscribirse ya y apuntar las fechas del 6 al 10 de noviembre en sus agendas.

Por último, este año la UIA hará hincapié en la necesidad de promover la evolución del derecho internacional, que hoy por su esencia y configuración tiende más a preocuparse por los Estados que por las personas, lo que lo hace cada día un poco más «inhumano», mientras que la

noción jurídica de Estado está en plena mutación estructural y requiere redefinir claramente lo que es un Estado, frente a las catástrofes humanitarias y violaciones de los derechos humanos que proliferan cada día bajo nuestra mirada impotente por el mero hecho del sacrosanto principio de la soberanía.

En la UIA escuchamos todos juntos nuestras diferencias para enriquecernos y construir, sin parar, una comunidad internacional de abogados y naciones consciente, responsable y preocupada por preservar los derechos humanos cualquiera que sea el origen de las violaciones sufridas, así como los derechos del justiciable y, por lo tanto, de sus abogados.

A la luz de esta renovación, ser «abogado» se convierte de nuevo en un reto que debemos aceptar dentro y por cuenta de nuestra prestigiosa organización, a través de los valores y principios que hemos hecho nuestros.

Les invito a implicarse en nuestros numerosos proyectos, apoyar las acciones de nuestra asociación y promocionarla entre sus comunidades jurídicas. La UIA solo existe por la suma de la actividad de sus miembros en el mundo entero. Así, cada uno de nosotros es un engranaje importante de nuestra organización. Cuento con el compromiso de todos ustedes a favor de nuestra asociación y, por lo tanto, de nuestra profesión.

Bâtonnier Issouf BAADHIO
Presidente de la UIA
president@uianet.org



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



ORDINE DEGLI
AVVOCATI DI MILANO

Seminar presented by the UIA Labour Law Commission and the UIA Criminal Law Commission
with the support of the Ordine degli Avvocati di Milano

Corporate Compliance and Internal Investigations

The Role of External and In-House Counsel

MILAN

ITALY

Thursday, September 12 & Friday, September 13, 2019

With a welcome cocktail on Wednesday, September 11

#UICriminalLaw



Information & registration
www.uianet.org



Message from the Editor-in-Chief

I **Nicole VAN CROMBRUGGHE**

First of all, I would like to highlight the initiative taken by UIA and the Paris Bar in the struggle against the use of the death penalty. Their efforts have made it possible to mobilise a large number of Bars and lawyers' organisations across five continents, from both abolitionist and non-abolitionist countries, in support of a resolution calling for compliance with guarantees related to fair trials, worthy of their name, without discrimination, for all those facing the death penalty. The resolution drawn up in this framework and signed by nearly 50 Bars and lawyers' organisations was presented during the recent Congress against the Death Penalty held in Brussels and was greeted by enthusiastic applause. You will find the full text of the resolution and a full list of its signatories in these pages.

The world is changing, and as one of the tools of communication of an international organisation as large as ours, the *Juriste* strives each time to be its voice and highlight not just the challenges we face every day as legal professionals, but also the issues that technical and scientific advances entail for us, in terms of ethics, not just as jurists, but also as citizens.

This issue devotes considerable space to various topics that should not fail to trigger our reflections and animate our debates.

In particular, Zhangzhi Ge and Yinghua Liu have continued the study – begun in the *Juriste's* previous issue – of the legal issues raised by the use of hospitals for clinical trials. Catherine De Bouyalski and Céline Verbrouck have broached the issue of surrogacy, already legally admitted in some jurisdictions, sometimes practiced despite a legal vacuum, as is the case in Belgium, welcomed positively by some, but vilified by others. Similarly, Song Lingqiao and Yann Joly discuss the turmoil caused by a Chinese scientist, Jiankui He, when he announced that he had conducted an experiment that had led to the birth of the

first genetically modified baby. When we see how far we have come since the birth of the first 'test tube baby', we may indeed wonder whether there are any limits to their desires that humans will continue to condone in the future.

The role of law – at the service of the community in the past and at that of the individual today – is obviously crucial and the psychiatrist and psychoanalyst, Jean-Pierre Lebrun, offers us his insights while inviting us to question the response provided by the right to the challenges of our contemporary world, "when it [the law] serves above all to establish the legitimacy of the individual without any further concern for the community, to which each and every one of us obviously belongs!"

We are particularly pleased to present a study on foreign private investment in Sub-Saharan Africa by our colleague, Guilherme Fumwathu. We hope that his contribution will encourage our African colleagues – but also other colleagues from regions that rarely mark their presence in our columns – to send us their reflections on legislation in their countries.

In addition, you will find several contributions in Spanish in this issue, thanks to Gustavo Salas Rodríguez and his write-up on the right to privacy of adolescents and the anti-doping tests of students having passed the baccalaureate, Juan Manuel Rozas Bravo who expanded on the issue of liability in the event of work-place accidents in Spain and Urquiola De Palacio, whose detailed report on the Bilbao seminar on international arbitration on January 25 and 26, 2019 emphasises its depth and productivity. It was held under the auspices of UIA and the Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia, ICAB, with the support of the Consejo General de la Abogacía and the extraordinary patronage of the Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, CIMA. We are truly delighted by the presence of these contributions.

I would once again like to express my gratitude to the *Juriste* team, particularly Marie-Pierre Richard and Anne-Marie Villain.

Nicole VAN CROMBRUGGHE
Chief Editor – *Juriste International*
n.vancrombrughe@faberinter.be

Message du rédacteur en chef

I Nicole VAN CROMBRUGGHE

Avant toute chose, je tiens à souligner l'initiative prise par l'UIA et le Barreau de Paris dans le combat contre le recours à la peine de mort. Leurs efforts ont permis de mobiliser de nombreux Barreaux et organisations d'avocats des 5 continents, ressortissant tant de pays abolitionnistes que de pays qui ne le sont pas, en faveur d'une résolution appelant au respect des garanties d'un procès digne de ce nom, sans discrimination, en faveur de tous ceux qui font face à la peine capitale. La résolution établie dans ce cadre signée par près de 50 Barreaux et organisations d'avocats a été présentée au cours du récent Congrès contre la Peine de mort qui s'est tenu à Bruxelles et a suscité une vague d'acclamations. Vous trouverez le texte intégral de la résolution ainsi que la liste complète de ses signataires dans ces pages.

Le monde change et en tant qu'organe de presse d'une organisation internationale de l'importance de la nôtre, le Juriste s'attache, à chaque fois, à s'en faire l'écho et à souligner non seulement les défis auxquels nous sommes confrontés tous les jours en tant que professionnels du droit mais aussi les enjeux que les avancées techniques et scientifiques comportent pour nous, sur le plan éthique, en tant que juristes mais aussi en tant que citoyens.

Ce numéro-ci consacre une large place à différentes problématiques qui ne devraient pas manquer de susciter notre réflexion et d'animer nos débats.

Ainsi notamment, Zhangzhi Ge & Yinghua Liu poursuivent l'étude, entamée dans le numéro précédent du Juriste, des questions juridiques soulevées par l'exploitation d'hôpitaux pour essais cliniques. Catherine De Bouyalski et Céline Verbrouck déploient la question de la gestation pour autrui, déjà admise légalement dans certaines juridictions, parfois pratiquée en dépit du vide juridique comme en Belgique, accueillie positivement par certaines, vilipendée par d'autres. De même Song Lingqiao et Yann Joly abordent les remous suscités par

l'annonce par un scientifique chinois, Jiankui He, d'une expérience ayant conduit à la naissance du premier bébé génétiquement modifié. Lorsque nous voyons le chemin parcouru depuis l'émoi provoqué par la naissance du premier 'bébé éprouvette', on peut effectivement s'interroger sur les limites à leurs désirs que les humains toléreront encore à l'avenir.

Le rôle du droit, au service hier du collectif et aujourd'hui de l'individuel, est évidemment crucial et Jean-Pierre Lebrun, psychiatre-psychanalyste, nous apporte son éclairage tout en nous invitant à nous interroger sur la réponse qu'apporte le droit aux défis de notre monde contemporain « lorsqu'il sert surtout à asseoir la légitimité de l'individu sans plus de préoccupation pour la collectivité à laquelle pourtant chacun ne peut que d'emblée appartenir ? »

Nous sommes particulièrement heureux de pouvoir également présenter une étude relative aux investissements privés étrangers en Afrique subsaharienne réalisée par notre confrère Guilherme Fumwathu. Nous espérons que cette contribution incitera nos confrères africains mais aussi d'autres confrères de juridictions trop peu présentes dans nos colonnes à nous faire parvenir des échos des législations de leurs pays.

En outre, cette fois, vous trouverez dans ce numéro plusieurs contributions en langue espagnole, grâce Gustavo Salas Rodríguez et son exposé sur le droit à la vie privée des adolescents et les analyses anti-dopage des bacheliers, à Juan Manuel Rozas Bravo qui développe la question de la responsabilité en cas d'accident de travail en Espagne et à Urquiola De Palacio dont le compte-rendu détaillé du séminaire tenu en matière d'arbitrage international les 25 et 26 janvier 2019 à Bilbao sous l'égide de l'UIA et de l'illustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia, ICAB, avec l'appui du Consejo General de la Abogacía et le patronage extraordinaire de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, CIMA, nous en souligne la richesse et fécondité. La présence de ces contributions nous réjouit.

Encore une fois merci à l'équipe du Juriste, et en premier lieu à Marie-Pierre Richard et Anne-Marie Villain.

Nicole VAN CROMBRUGGHE
Rédacteur en Chef – Juriste International
n.vancrombrugghe@faberinter.be

Mensaje del Redactor Jefe

I Nicole VAN CROMBRUGGHE

Antes de nada quiero destacar la iniciativa que han emprendido la UIA y el Colegio de Abogados de París para luchar contra el recurso a la pena de muerte. Sus esfuerzos han permitido movilizar a muchos colegios de abogados y organizaciones de abogados de los 5 continentes, tanto de países abolicionistas como de países que no lo son, a favor de una resolución que apela al respeto de las garantías de un proceso digno de este nombre, sin discriminación, a favor de todos aquellos que se enfrentan a la pena capital. Durante el reciente congreso contra la pena de muerte, celebrado en Bruselas, se presentó la resolución establecida en este sentido y firmada por cerca de 50 colegios de abogados y organizaciones de abogados, que levantó una oleada de aclamaciones. En estas páginas se recoge el texto íntegro de la resolución, así como la lista completa de sus signatarios.

El mundo está cambiando y, como órgano de prensa de una organización internacional tan importante como la nuestra, el Juriste desea hacerse eco cada vez y destacar, no solo los retos a los que nos enfrentamos cada día como profesionales del derecho, sino también los retos que suponen los avances técnicos y científicos para nosotros, desde el punto de vista ético, como juristas, pero también como ciudadanos.

Este número dedica un gran espacio a distintas problemáticas que no deberían dejar de suscitar nuestra reflexión y animar nuestros debates.

Así, por ejemplo, Zhangzhi Ge & Yinghua Liu continúan con el estudio, iniciado en el número anterior del Juriste, de las cuestiones jurídicas que plantea la explotación de hospitales para pruebas clínicas. Catherine De Bouyalski y Céline Verbrouck plantean la cuestión de la gestación subrogada, admitida ya legalmente en algunas jurisdicciones, a veces practicada a pesar del vacío jurídico, como en Bélgica, recibida positivamente por algunas y vilipendiada por otras. Asimismo, Song Lingqiao y Yann Joly abordan el revuelo que suscita el anuncio de un científico chino,

Jiankui He, sobre una experiencia que ha dado lugar al nacimiento del primer bebé genéticamente modificado. Cuando vemos el camino recorrido desde la emoción que despertó el nacimiento del primer «bebé probeta», podemos preguntarnos efectivamente qué límites a sus deseos serán capaces de tolerar los humanos en el futuro.

El papel del derecho, que antes estaba al servicio de lo colectivo y ahora de lo individual, es por supuesto crucial y Jean-Pierre Lebrun, psiquiatra y psicoanalista, nos arroja luz sobre todo ello al invitarnos a preguntarnos sobre la respuesta que da el derecho a los retos de nuestro mundo contemporáneo «cuando sirve sobre todo para fundamentar la legitimidad del individuo sin más preocupación para la colectividad a la que, sin embargo, todos pertenecemos de entrada.» »

Nos complace enormemente poder presentar también un estudio relativo a las inversiones privadas extranjeras en África subsahariana realizado por nuestro compañero Guilherme Fumwathu. Esperamos que esta contribución anime a nuestros compañeros africanos, así como a compañeros de jurisdicciones que no tienen suficiente presencia en nuestras páginas, a hacernos llegar sus comentarios sobre las legislaciones de sus respectivos países.

Además, esta vez encontrarán en este número varias contribuciones en español, gracias a Gustavo Salas Rodríguez y su presentación sobre el derecho a la vida privada de los adolescentes y los controles de dopaje de los estudiantes de bachillerato, a Juan Manuel Rozas Bravo, que desarrolla la cuestión de la responsabilidad en caso de accidente laboral en España, y a Urquiola De Palacio, cuyo informe detallado del seminario sobre arbitraje internacional celebrado los días 25 y 26 de enero de 2019 en Bilbao bajo los auspicios de la UIA y el Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia, ICAB, con el apoyo del Consejo General de la Abogacía y el patrocinio especial de la

Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, CIMA, nos muestra su riqueza y fecundidad. Nos alegra contar con estas contribuciones.

Gracias una vez más al equipo del Juriste, y en primer lugar a Marie-Pierre Richard y Anne-Marie Villain.

Nicole VAN CROMBRUGGHE
Redactora Jefe – Juriste International
n.vancrombrughe@faberinter.be



UIA News
Actualités de l'UIA
Novedades de la UIA





L'importance de la Cour européenne des droits de l'homme dans le droit des affaires

I Régis BERGONZI

C'est à Monaco que s'est tenu, le 8 et le 9 février 2019, un séminaire de l'UIA et l'UIA-IROL auquel a collaboré Me Régis Bergonzi, avocat-défenseur près la Cour d'appel de Monaco, et membre de l'UIA, ayant pour thème principal « *L'importance de la Cour européenne des droits de l'homme dans le droit des affaires* ».

Les organisateurs avaient donc fait le choix de s'émanciper des thèmes traditionnellement abordés, tels que le droit civil et le droit pénal, afin de se centrer autour du thème du droit des affaires.

L'enjeu était tout particulièrement d'examiner les problématiques incontournables liées à la pratique des affaires, telles que les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux des personnes morales, ou encore, la lutte contre le blanchiment d'argent, à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sans oublier un parallélisme avec le droit national des intervenants, notamment français et monégasque.

À cette occasion était réuni un large auditoire francophone et cosmopolite, venu tant de toute l'Europe que du Maghreb, du Moyen-Orient ou encore de l'Asie du Sud Est.

Il était composé d'avocats, de magistrats monégasques et de juges de la Cour européenne des droits de l'homme, qui avaient fait l'honneur de leur présence.

Une allocution de bienvenue fut prononcée par Monsieur le Bâtonnier Issouf Baadhio, Président de l'UIA, Ordre des avocats du Burkina Faso, M^e Elisabeth Zakharia Sioufi, Présidente de la Commission des droits de l'homme de l'UIA et avocate à Beyrouth, Monsieur Laurent Anselmi, Directeur des services judiciaires de Monaco, et M^e Régis Bergonzi. Ce fut l'occasion de rappeler aux participants l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard des juridictions nationales et particulièrement, sa position avant-gardiste en matière de droit des affaires.

Le séminaire commença par un brillant exposé de la jurisprudence de la Cour européenne

des droits de l'homme, par Monsieur Pascal Dourneau-Josette, Chef de division au Greffe de la CEDH et professeur associé à l'université de Strasbourg, relativement « *aux activités économiques et au droit au respect des biens des personnes morales* » eu égard à l'article 1 du protocole additionnel n°1.

Le séminaire fut ensuite rythmé par les passionnantes interventions notamment de Maître Christophe Petit, Avocat au barreau de Nice, relativement à « *la protection de la vie privée des personnes morales, des visites domiciliaires et des locaux professionnels* », de Monsieur Ledi Bianku, Juge à la Cour européenne des droits de l'homme, au sujet du « *droit bancaire et des libertés fondamentales au sens de la CEDH* » ou encore de Monsieur Christophe Poirel, Directeur des droits de l'homme au Conseil de l'Europe, à propos de « *l'efficacité des décisions de la CEDH* ».

C'est particulièrement la problématique de la « *déclaration de soupçon* », présentée par M^e Régis Bergonzi, Président du séminaire, aux termes de son intervention relative à « *la lutte contre le blanchiment d'argent et la jurisprudence de la CEDH* » qui a suscité les débats les plus animés au sein de l'auditoire.

M^e Régis Bergonzi, rappela, eu égard à la jurisprudence *Michaud c/ France* du

6 décembre 2012, la position de Cour européenne des droits de l'homme en matière de déclaration de soupçons qui avait consacré la conformité de cette mesure incombant aux avocats, dans un contexte de lutte contre le blanchiment d'argent, à l'article 8 de la Convention.

Si les participants ont certes mesuré l'importance que constitue la lutte contre le blanchiment d'argent dans nos sociétés contemporaines, ils n'en ont pas moins pointé l'incompatibilité de cette obligation avec leur devoir d'assistance et de conseil de leurs clients.

Finalement, ces deux jours de séminaire ont été l'occasion, pour les praticiens du droit et les magistrats présents, de partager tant leur expérience que leur point de vue et leur savoir-faire sur des problématiques devenues incontournables de notre droit contemporain, grâce à l'œuvre créatrice de la Cour européenne des droits de l'homme.

Régis BERGONZI
Avocat-Défenseur près la Cour d'appel de Monaco
Représentant de l'UIA auprès du Conseil de l'Europe
Membre du CPT du Conseil de l'Europe
Monaco, Monaco
Étude Bergonzi
r.bergonzi@regisbergonzi.com





The UIA in Munich

Development and Cross-Border Sale of Technology

I Mansur POUR RAFSENDJANI



I. Introduction

Technical development always was and still is a key success factor. Companies are in a constant race against their competitors. But by no means all companies are able to compete in this race exclusively on their own. Not everyone can or wants to afford investments and staff to explore new technologies. The constraints of day-to-day business and the lack of personnel, technical and financial resources however may hinder the development and testing of new technologies. But those who fail to develop further will inevitably fall behind. In order to stay competitive, companies are therefore increasingly relying on "technology transfers", often across national borders. This practice raises numerous (legal) questions, which will be examined at the conference.

II. What does "technology transfer" mean?

"Technology transfer" basically means the transfer of technical knowledge. In economic terms, "technology transfer" is often understood as the (time-limited) dissemination of technology for commercial exploitation by third parties. In general, the transfer takes place by way of a variety of legal acts or instruments.

III. Which legal acts are thinkable?

The modalities for technology transfer are determined by the choice of the legal instrument to be used for the legally sound transfer of technology. The range of legal instruments available is wide.

I. Patent purchase agreement

Firstly, technology can be transferred by means of a patent purchase agreement. Patent purchase agreements are characterised by the fact that an inventor or a patent holder sells an invention or the property rights based on it and transfers

it to the buyer. However, since the maintenance of patent rights and other rights might be costly and burdensome, it may be advisable to opt for the provisions of a licence agreement.

2. Licence agreements

The patent purchase agreement must be distinguished from the (patent) license agreement. Where a patent is purchased, the property right is fully or at least substantially transferred definitively, so that the holder of the right changes. A license agreement, on the other hand, only permits the exploitation and use of the patent, while the holder of the right does not change. The license can be drafted as an exclusive or sole license agreement.

3. Know-how agreements

Know-how agreements play a role where the corresponding knowledge cannot be registered as an intellectual property right (e.g patent or design right). Know how can therefore only be protected as business secret. Nevertheless there might be need to transfer also know-how. For this purpose the parties can conclude a Know-how transfer agreement or a know-how license. Hence, technical, commercial or business knowledge, which is not protected as an absolute intellectual property right, is transferred for a fee.

4. R&D cooperation agreements

R&D cooperation refers to the joint execution of a research project by several participants. Such a project seems to make sense if the participants have different, complementary competences. No new company is founded for this purpose, but the issues of cooperation, in particular the scope of R&D activities and the obligations of the parties, are regulated in a special R&D cooperation agreement. The advantage of such cooperation is that each of the parties contributes its own specific know-how, which can save considerable time and money against competitors.

5. Joint venture

The situation is different where a joint venture is set up for the purpose of the transfer of technology. The term joint venture is often used as a generic term to summarise various forms of intensive cooperation. This form of cooperation typically serves to open up foreign markets. However, it can also be simply a matter of realising projects a company does not want to implement alone. This also sometimes includes research projects, which is why a joint venture can also be a way of transferring technology. The cooperation may only be based on a contractual joint venture or even on forming a joint project company (equity joint venture). In both cases, it must be stipulated precisely in the contract how technology is to be transferred.

6. Company purchase or acquisition of a participation in a company

The acquisition of a company for the purpose of transferring technology is also frequently used. For example, it is common practice for large companies to invest in start-ups in order to acquire their mostly new technology in this way. This is because when buying a company, the buyer gains access to all intellectual property rights held by the target company.

IV. Which legal aspects need to be taken into account in a technology transfer?

In addition to the choice of the appropriate legal instrument, the transfer of technology raises a wide range of questions in various fields of law.

Intellectual property law, which aims, among other things, to protect patents and/or utility models or design rights, has a decisive influence on the subject matter. These rights are generally at the centre of the technology transfer agreements. In addition, antitrust issues play an equally

important role where e.g. exclusive or sole license agreements are concluded. At the European level in particular, the Technology Transfer Block Exemption Regulation (316/2014) and the R&D Block Exemption Regulation (1217/2010) must be observed. The Technology Transfer Regulation (which covers patent licensing agreements, know-how agreements and software licenses) generally exempts technology transfer agreements from the ban on cartels of Art. 101 TEUF¹ if the companies involved do not exceed certain market share thresholds and the agreement does not contain any prohibited provisions listed specifically in the Exemption Regulation (core restrictions). An exemption under the R&D Block Exemption Regulation is to be granted provided that the cooperation agreement

does not give rise to any unlawful restrictive effects on competition. In addition, foreign trade law in the form of export controls also plays a certain role in technology transfers, e.g. if the technology falls within the scope of applicable dual use regulations. Last but not least, the issue of protection of secrecy (NDAs and confidentiality clauses in employment contracts) can also come into play in technology transfers.

V. Conclusion

Transferring technology in a legally secure manner often necessitates detailed legal knowledge. Not only the choice of the proper legal instrument can cause issues, but also the mix of many special fields of law, which form the legal framework for

technology transfer contracts. In order to give you a better picture of the legal situation and current developments in technology transfer, we would like to invite you to our conference “Development and Cross-Border Sale of Technology”, in Munich, Germany, on Friday, June 28 & Saturday, June 29, 2019. At the conference we will together closely examine the various issues related to the transfer of technology as set out above.

Mansur POUR RAFSENDJANI
Noerr LLP
Munich, Germany
mpr@noerr.com

1. Treaty on the Functioning of the European Union (TEUF)





The UIA Governing Board supports the #FreeNasrin campaign at its meeting in Cape Town on March 16, 2019

Human Rights and Protection of Lawyers

Droits de l'Homme et de la Défense

Derechos Humanos y de la Defensa

Le Conseil national des barreaux affiche son soutien à Nasrin Sotoudeh sur la façade de son immeuble



Release Iranian Human Rights Lawyer Nasrin Sotoudeh

On March 13, 2019, it was announced that Nasrin Sotoudeh, one of Iran's most prominent human rights lawyers, detained for eight months and currently serving a 5-year sentence, had been sentenced to an additional sentence of 33 years in prison and 148 lashes. Security agents arrested the lawyer, Nasrin Sotoudeh, at her home in June last year. The government offered no explanation, but at the time Ms. Sotoudeh was defending women who had been arrested and prosecuted for peacefully protesting against the compulsory veiling in Iran.

Since 2010, UIA has continually expressed its support for Ms Nasrin Sotoudeh.

In 2014, the UIA Executive Committee once again showed its support by granting Ms Sotoudeh the status of UIA individual

member in accordance with Article I.C of the UIA Internal Regulations, which states:

“When a lawyer is persecuted in his/her own country by any political and/or regulatory legal authorities to whom he/she may be subject under, in violation of the fundamental principles of the profession as described in Article 3.1 of the Association's Statutes, and if this results in disciplinary measures or disbaring, the Executive Committee may decide to grant him/her the status of an individual member of the Association or to maintain his/her status as such, even if, (by reason of such persecution) he/she does not meet, or no longer meets, the conditions in Article 6.1 of the Statutes (...).”

UIA is also honored and privileged to be on the Jury of the Ludovic Trarieux

Human Rights Award that was granted to Ms Sotoudeh in 2018 to recognize her unfailing commitment to human rights and the independence of the legal profession, as well as her unwavering courage in the face of overwhelming personal and professional hardship, which is an inspiration to all lawyers.

On March 16, the UIA Governing Board which met in Cape Town released the statement below, which can be downloaded from the UIA Website. The UIA urges its members to protest against Nasrin Sotoudeh's condemnation.

UIA Statement

Upon the occasion of the Governing Board meeting of the Union Internationale des Avocats (UIA – International Association of Lawyers), convened in Cape Town, South Africa, on March 16, 2019, we express our most serious concern about our fellow lawyer, Nasrin Sotoudeh, who is currently serving a five-year sentence to which she was convicted in absentia.

We are shocked to learn of the new harsh and unjust conviction against Ms. Sotoudeh. According to her husband, Mr. Reza Khandan, Ms. Sotoudeh was informed that she was once again sentenced in absentia to a combined conviction of 33 years in prison and 148 lashes stemming from seven charges, including “assembly and collusion against national security”; “spreading propaganda against the State”; and “appearing at the judiciary without the

Islamic hijab.” It is our understanding that in accordance with Iranian law, Ms. Sotoudeh is to serve 10 additional years in prison, which corresponds to the longest of the different verdicts against her.

This new, egregiously unwarranted and unfair conviction imposed on her is further evidence of the continued judicial harassment against Ms. Sotoudeh, a human rights lawyer known worldwide for her unwavering commitment to the defence of human rights, her opposition to the death penalty and her courageous advocacy for the independence of the legal profession and the judiciary system.

UIA therefore strongly condemns the sentencing, the continuing arbitrary detention of Ms. Sotoudeh, as well as the recurrent harassment, including at the

judiciary level, to which Ms. Sotoudeh and her family are subject.

We reiterate our full support of and solidarity to Ms. Sotoudeh and her family.

UIA therefore calls upon the relevant Iranian authorities to fully comply with Iran's obligations under International Human Rights law, in particular the International Covenant on Civil and Political Rights, which Iran has ratified, as well as the UN Principles on the Role of Lawyers, and to take all necessary steps to reverse the convictions and sentences of Ms. Nasrin Sotoudeh, ensure her immediate and unconditional release, and put an end to all forms of harassment, including at the judicial level, against Ms. Sotoudeh and her family.

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

Mémorial
de Caen 2019
Finale
27 janvier 2019

Présidente du jury 2019

M^{me} Christiane Féral-Schuhl, Présidente du Conseil National des Barreaux, ancien Bâtonnier du Barreau de Paris.

Pour le 30^e Anniversaire du Concours, le Mémorial de Caen avait choisi de donner un thème pour les plaidoiries : les libertés fondamentales, en référence à l'exposition « Rockwell, Roosevelt & The four Freedoms » du célèbre peintre et illustrateur américain Norman Rockwell, qui sera présentée au Mémorial pendant l'été 2019.

Les finalistes

■ Nasrin Sotoudeh, robe noire et voile blanc

Camille Lucotte, Barreau de Paris, France

■ La dernière chronique de Jamal Khashoggi : un plaidoyer en faveur de la liberté d'expression dans le monde arabe

Amel Merabet, Barreau de Genève, Suisse

■ L'intolérance et la haine de la différence

Maxime Poma, Barreau du Mali

■ Le plus jeune prisonnier du Royaume – la détention de la famille Bérisha

Olivier Piret-Gérard, Barreau de Bruxelles, Belgique

■ Les viols de Fatema, arme de destruction massive du peuple Rohingya

Alexandra Staritzky, Barreau de Paris, France

■ Adrien Guihal : les libertés fondamentales doivent-elles céder à la lutte contre le terrorisme ?

Etienne Mangeot, Barreau de Metz, France

■ Un silence assourdissant

Mathieu Jacques, Barreau de Montréal, Canada

■ Je suis Asia Bibi et je vis peut-être mes dernières heures

Valérie Gerard, Barreau de Dinant, Belgique



■ Donne-moi à manger et je te fais ce que tu veux

Hugo Koukpolou, Barreau du Bénin

■ Tout est perdu, fors l'honneur

Hélène Cousté, Barreau de Paris, France

Les lauréats

■ Prix de la Ville de Caen et du Mémorial de Caen, Prix du public, Prix du jeune barreau (décerné pour le 30^e anniversaire, par 30 jeunes avocats des barreaux de Caen, Coutances, Cherbourg et Beyrouth).

Etienne Mangeot, Barreau de Metz, France

■ Prix du Barreau

Alexandra Staritzky, Barreau de Paris, France

L'UIA a offert au lauréat une année d'adhésion à l'association ainsi que les frais d'inscription et d'hébergement au congrès de Luxembourg qui aura lieu du 6 au 10 novembre 2019.

Les neuf finalistes restants se sont vu offrir une année d'adhésion à l'association ainsi que les frais d'inscription à l'un des séminaires de l'année 2019.

Plus d'informations :

www.memorial-plaidoiries.fr



Adrien Guihal : les libertés fondamentales doivent-elles céder à la lutte contre le terrorisme ?

I Etienne MANGEOT

Mémorial
de Caen 2019
Plaidoirie
gagnante

« L'auteur de l'opération [...] menée à Nice en France est un soldat de l'État islamique. »

Ces mots qui retentissent sur les ondes de la radio Al-Bayan, l'un des principaux canaux de propagande de Daesh, sont prononcés dans un français parfait. Seules quelques intonations trahissent une adolescence passée à l'ombre des barres d'une cité du Val-de-Marne, à quelques encablures de Paris.

Ces mots sont ceux d'Adrien Guihal, ou plutôt Abou Oussama Al-Faransi, comme il se fait appeler au sein de l'organisation terroriste.

En prononçant la revendication des attentats de Nice ce 16 juillet 2016, soit deux jours après la tuerie, Adrien Guihal devient l'incarnation verbale de l'ennemi absolu, de cet État islamique autoproclamé qui appelle à répandre la terreur, le sang et la haine jusque sur notre propre sol.

La France découvre à cette occasion que cet ennemi parle sa langue, a grandi sur son sol, dans l'une de ses villes, a fréquenté ses écoles... Bref, la France découvre que cet ennemi est l'un de ses enfants.

D'autant qu'Adrien Guihal n'est pas issu de la première, deuxième ou troisième génération de familles immigrées venues de l'autre côté de la Méditerranée. Guihal est un nom de baptême répandu dans l'ouest de la France depuis la fin du premier millénaire. Guihal, c'est la France éternelle, c'est la France dont les racines remontent au baptême de Clovis.

Ce qui n'empêche pas Adrien Guihal de se convertir à l'islam au début des années 2000 et d'être ensuite happé par la spirale infernale du fanatisme terroriste : plusieurs voyages en Égypte pour apprendre l'arabe et se familiariser au Coran, première arrestation et condamnation pour un projet d'attentat contre le siège de la DCRI¹ en 2008, départ pour la Syrie en 2015 où il devient le principal prédicateur français au sein de l'État islamique.

Au détour d'une enquête diligentée par l'antiterrorisme en 2014, un suspect ayant côtoyé Adrien Guihal dit de lui aux policiers qu'il est « Le plus radical. C'est le plus dangereux de tous. Il n'a pas de cœur ».

On peut donc imaginer le soulagement des services français lorsque, le 19 mai dernier, les Forces démocratiques syriennes leur apprennent sa capture ainsi que celle de sa femme et de ses six enfants à Rakka.

Adrien Guihal rejoint ainsi les nombreux autres ressortissants français, présumés djihadistes, hommes et femmes, parfois mineurs, et même très jeunes, détenus au Levant.

Il y a tout juste un an, en janvier 2018, le procureur de la République de Paris estimait leur nombre à 676 dont 295 femmes... Et il fait peu de doute que ces chiffres aient depuis sensiblement augmenté.

Mais rien de tout cela. Tout au contraire, le 5 janvier 2018, la garde des Sceaux déclare : « Il n'y a pas d'État (kurde) que nous reconnaissons, mais il y a des autorités locales et nous pouvons admettre que ces autorités locales puissent éventuellement procéder à des opérations de jugement². »

Des autorités locales ? Mais quelles autorités locales ? Avec quelle garantie de respect des libertés fondamentales auxquelles a évidemment droit Adrien Guihal en tant qu'homme et en tant que citoyen français ? Avec quelles garanties d'un procès équitable, pierre angulaire de tout État de droit ?

La ministre des Armées, quant à elle, n'hésite pas à dire franchement et publiquement ce qui n'était que sous-entendu dans les propos de sa collègue. Je la cite : « Si des djihadistes périssent dans ces combats, je dirais que c'est tant mieux³. » « Les djihadistes n'ont

Avons-nous donc si peu confiance en notre système judiciaire, rouage pourtant essentiel de notre démocratie ?

Plusieurs centaines de nos compatriotes sont donc, en ce moment même, détenus en dehors de tout cadre légal. Et j'insiste sur ce point : en dehors de tout cadre légal. Particulièrement en Syrie où il n'existe plus d'État digne de ce nom, en tout cas aucun État reconnu par la France, et ce, d'autant moins dans les zones sous contrôle des Forces démocratiques syriennes, regroupement hétéroclite de divers groupes religieux et ethniques dominés par des milices kurdes associées à des rebelles arabes et à plusieurs tribus locales.

Dès lors, nous aurions pu nous attendre à ce que la France, par la voie de son Gouvernement, s'oppose à ces détentions illégales, et notamment à celle d'Adrien Guihal. Elle aurait pu le faire avec plus ou moins de véhémence et de fermeté, ou, à minima, formuler des remontrances diplomatiquement mesurées.

jamais eu d'états d'âme, je ne vois pas pourquoi nous en aurions pour eux⁴. »

Alors voilà où nous en sommes arrivés : la robe doit céder au fusil. La justice doit céder à la force. Avec, en toile de fond, cette question lancinante, qui devrait même être obsédante : en quoi valons-nous mieux que ces terroristes si, pour toute réponse, nous leur opposons leurs propres méthodes ?

Ce qui est certain, c'est que la position de la France, c'est celle de Ponce Pilate. Elle s'en lave les mains et regarde ailleurs... Il n'est qu'à constater l'absence de toute communication officielle au sujet d'Adrien Guihal depuis son arrestation. Silence total, qui vaut également pour l'ensemble des autres détenus français.

Mais surtout, en ne réclamant pas l'extradition d'Adrien Guihal sur le sol

national afin qu'il y soit jugé, la France prive celui-ci de l'exercice de ses libertés fondamentales, au premier rang desquelles figure l'accès à un procès équitable.

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi. » C'est ainsi que débute l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁵ ratifiée par la France le 3 mai 1974.

C'est sur la base de cet article, qui a nourri la jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour européenne de Strasbourg, qu'ont émergé les critères qui doivent être strictement observés afin qu'un procès soit considéré comme équitable : droit d'accès à un juge indépendant et impartial, droit d'exercer des voies de recours, droit à un procès public, égalité des armes et principe de la contradiction, c'est-à-dire droit d'être défendu, droit d'accès au dossier d'accusation, droit de préparer sa défense.

Autant de droits dont il est certain qu'ils ne bénéficient pas à Adrien Guihal. Celui-ci se trouve, en effet, entre les mains des Forces démocratiques syriennes, lesquelles sont avant tout une organisation militaire. À ce titre, elles ne constituent nullement un État, ni même un embryon d'organisation étatique. Elles sont en réalité totalement dépourvues de la moindre organisation légale et judiciaire apte à garantir le déroulement d'un procès équitable à Adrien Guihal ainsi qu'à tous les autres détenus en leur pouvoir.

Or, ce procès équitable auquel Adrien Guihal n'aura pas droit en Syrie, ces libertés fondamentales qui lui sont d'ores et déjà refusées, c'est à la France, son pays, de les lui garantir.

Elle en a les moyens juridiques qu'elle peut puiser dans son Code pénal. Il n'est qu'à citer son article 113-6 : « La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République. »

En outre, la question de la compétence de la France à juger Adrien Guihal se pose d'autant moins que celui-ci fait l'objet d'un mandat d'arrêt dans le cadre d'une information judiciaire ouverte par le parquet de Paris en 2015...

Mais, bien au-delà de ces considérations strictement juridiques, la France a le devoir de se battre pour le respect des libertés fondamentales d'Adrien Guihal car sa position actuelle signe en réalité une triple défaite.

Une défaite de nos valeurs démocratiques tout d'abord : renoncer aux règles du procès équitable, renoncer à veiller à ce que chacun bénéficie des libertés fondamentales, quand bien même il s'agit de notre ennemi public n°1, et surtout s'il s'agit de notre ennemi public n°1, c'est renoncer à la démocratie, c'est baisser le pavillon des libertés devant le terrorisme... Et donc signer sa victoire.

Une défaite de notre justice ensuite : en quoi notre justice à qui nous avons confié le soin de juger en son temps Maurice Papon, un Français lui aussi, à qui l'on reprochait sa collaboration à la barbarie nazie, en quoi cette justice à qui nous confions le soin de juger des milliers de nos concitoyens chaque jour, en quoi cette justice devrait se voir refuser la prérogative de juger Adrien Guihal ? Avons-nous donc si peu confiance en notre système judiciaire, rouage pourtant essentiel de notre démocratie ?

Une défaite de notre foi en l'homme, enfin : car Adrien Guihal, quel que soit son parcours, ses croyances, les faits qu'on lui reproche, demeure un homme. Et c'est en cela que réside notre grandeur, la seule qui vaille, celle qui place l'homme, ses droits, ses libertés, sa dignité, et donc nécessairement sa responsabilité, au-dessus de tout, en toutes circonstances.

Il est bien sûr essentiel, ô combien essentiel, de défendre les libertés fondamentales des opprimés : opposants politiques embastillés, minorités ethniques ou religieuses pourchassés dans le sang, migrants réduits à l'état d'esclaves... Mais c'est finalement facile, reconnaissons-le. Cela ne nous demande pas trop d'efforts et, qui plus est, nous donne le beau rôle.

Qu'en est-il cependant des libertés fondamentales lorsqu'il s'agit de les garantir à ceux qui sont de l'autre côté : les oppresseurs, les terroristes, les authentiques « salauds », les Adrien Guihal ? N'y ont-ils pas droit eux aussi ? Ne sont-ils pas des hommes eux aussi ?

C'est là, en réalité, que se situe le vrai combat. Le plus dur. Le plus courageux, car il nécessite de ne pas céder aux contingences du moment, à l'émotion, à la pression de l'opinion, à la facilité qui consisterait à renoncer à la défense des libertés fondamentales pour certains.

Mais dans ce cas, où nous arrêterons-nous ? Où placerons-nous le curseur ? Qui sera citoyen de plein droit, jouissant de l'ensemble de ses droits et libertés, qui ne le sera pas ?

Les libertés fondamentales, c'est un bloc. Les libertés fondamentales ne peuvent souffrir d'être à géométrie variable. Elles sont universelles ou elles ne sont pas.

Alors oui, il faut se battre pour les droits et libertés d'Adrien Guihal, fût-il notre ennemi, et surtout s'il est notre ennemi. Car c'est en cela que réside notre différence suprême avec l'obscurantisme terroriste.

Elle est là notre supériorité. Elle est là notre victoire.

Dans ce monde, où les libertés fondamentales que nous pensions acquises pour toujours se révèlent plus fragiles que jamais ; dans ce monde, où la frontière que nous pensions imperméable entre nos valeurs séculaires et ceux qui les combattent devient floue ; dans ce monde, où tout est remis en cause, il demeure un repère : l'homme. Une boussole : l'homme. Un combat encore et toujours : l'homme, quel qu'il soit !

Etienne MANGEOT

Avocat

Metz, France

etienne.mangeot@gmail.com

1. Direction centrale du renseignement intérieur, devenue Direction générale de la sécurité intérieure en mai 2014 et directement rattachée au ministre de l'Intérieur. [N.D.E.]

2. Déclaration de Nicole Belloubet sur BFMTV le 5 janvier 2018.

3. Déclaration de Florence Parly dans l'émission *Le Grand Rendez-vous* sur Europe 1, le 15 octobre 2017.

4. Propos tenus par Florence Parly lors de ses vœux aux armées, le 22 janvier 2018.

5. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, plus connue sous le nom de Convention européenne des droits de l'homme, est un traité du Conseil de l'Europe, ouvert à la signature le 4 novembre 1950. Elle est entrée en vigueur le 3 septembre 1953.



Gestation pour autrui réalisée en Belgique et réception en Belgique d'une filiation issue de la gestation pour autrui faite à l'étranger



**I Catherine DE BOUYALSKI
& Céline VERBROUCK**

Bien que non encadrée et ne faisant à l'heure actuelle l'objet que de propositions législatives diverses en Belgique, la gestation pour autrui (ci-après « GPA ») est bel et bien pratiquée au sein d'hôpitaux belges. Elle est, par ailleurs, pratiquée dans de nombreux autres pays du monde parmi lesquels des pays où la GPA est, non seulement, légalement autorisée et encadrée de garanties tant sociales que médicales et juridiques.

Pourtant, malgré le constat de cette existence et, par conséquent, de la naissance d'enfants issus de ce type de procréation médicalement assistée, la Belgique qui s'affiche comme étant à la pointe en matière de parentalité sociale (voyez notamment la loi concernant les adoptions homosexuelles, la loi concernant l'établissement de la comaternité, les législations relatives aux procréations médicalement assistées, les différents arrêts de la Cour Constitutionnelle à ce sujet...) s'abstient frileusement, non seulement de légiférer mais aussi et surtout d'adopter des garanties et des pratiques constantes concernant la reconnaissance des effets de ce type de filiation, même établies à l'étranger.

Cette abstention laisse la porte ouverte aux dérives qu'elle souhaite justement éviter et aboutit à des situations absurdes, contraires aux réalités sociales, et en parfaite opposition avec les droits fondamentaux de ces familles et surtout l'intérêt de l'enfant. En effet, il y a des situations de blocages où, par exemple, des enfants nés en Ukraine à la suite d'une GPA souscrite par des

parents commanditaires belges se voient refuser la délivrance d'un passeport belge par l'ambassade et ne peuvent rejoindre la Belgique que par le biais d'une procédure judiciaire.

Fort heureusement, il semble que des prises de conscience progressives soient en train de se réaliser, tant au sein des tribunaux belges que, avec une ampleur plus relative, au sein du Ministère Public et des administrations. L'intérêt de l'enfant, valeur fondamentale, est en train de reprendre sa place d'honneur dans les procédures qui concernent la reconnaissance des filiations issues de GPA.

En ce qui concerne les GPA réalisées en Belgique, celles-ci restent peu pratiquées car l'insécurité juridique y est totale.

En effet, en Belgique, la mère qui accouche de l'enfant est sa mère légale. Par ailleurs, le principe de renonciation anticipée à ses droits sur l'enfant n'existe pas, pas plus que l'accouchement sous X. De plus, aucune valeur n'est accordée à une convention de gestation pour autrui qui serait signée entre parties. Celle-ci pourrait même, en fonction de son contenu, être considérée comme illégale.

En outre, depuis une loi du 19 septembre 2017, entrée en vigueur le 4 avril 2018, la procédure en reconnaissance de paternité en Belgique a été considérablement complexifiée.

Relevons aussi une difficulté particulière au cas où la mère porteuse est mariée. Dans ce cas, en effet, une présomption de

paternité s'appliquera automatiquement et le mari de la mère porteuse sera indiqué en tant que père légal de l'enfant dans son acte de naissance (sauf si la mère et son époux, séparés depuis plus de 300 jours au moment de la naissance, effectuent une déclaration conjointe). Dans ce cas, une action judiciaire en contestation de paternité du mari de la mère porteuse devra être introduite devant le tribunal de la famille compétent, afin que la filiation du mari de la mère porteuse soit supprimée et que la filiation du père d'intention puisse être établie. Une fois la filiation du père d'intention établie, le second parent d'intention pourra alors faire une procédure d'adoption intrafamiliale pour faire établir sa filiation. Cependant, dans le cadre de cette adoption, la mère porteuse dispose d'un délai de deux mois à partir de la naissance de l'enfant pour consentir à l'adoption. Elle a ensuite un délai de six mois après avoir donné son consentement pour changer d'avis et décider de garder l'enfant. Par ailleurs, les parents d'intention ont toujours le choix de ne plus vouloir adopter l'enfant.

Ces différents éléments justifient les réticences des parents belges à procéder à une GPA dans leur propre pays.

En ce qui concerne la réception en Belgique d'une GPA faite à l'étranger, il s'agit alors de faire reconnaître, en Belgique, un acte de naissance étranger (faisant parfois lui-même suite à un jugement établissant la filiation).

En effet, suite au processus de GPA, la filiation des parents d'intention peut être établie de façon différente selon les pays :

- soit directement sur l'acte de naissance de l'enfant ;
- soit par un jugement actant la renonciation de la mère porteuse et établissant la filiation, à l'égard du/des parent(s) commanditaire(s). L'acte de naissance est ensuite délivré/modifié sur la base du jugement et n'est donc que le résultat, l'exécution concrète de ce jugement.

Le Code de droit international privé belge prévoit, en ses articles 23, 25 et 27, les conditions auxquelles doivent répondre des actes ou des jugements étrangers pour être reconnus en Belgique, ou auxquelles de telles reconnaissances peuvent être refusées.

Les conditions de la reconnaissance diffèrent selon que l'on demande de reconnaître un jugement étranger ou un acte étranger.

Les règles de reconnaissance des jugements étrangers sont en effet plus souples que les règles de reconnaissance des actes authentiques étrangers. Dès lors, lorsqu'à l'étranger, la filiation a été établie par un jugement, il est préférable de demander la reconnaissance de ce jugement, plutôt que de l'acte de naissance qui en découle. Si, par contre, l'État dans lequel la gestation pour autrui a été réalisée ne délivre qu'un acte de naissance (sans jugement), il faudra demander la reconnaissance de cet acte.

Toutefois, la reconnaissance de l'acte de naissance étranger pourrait être refusée au motif que la filiation des parents d'intention n'aurait pas pu être établie de la même manière dans l'État dont ils ont la nationalité (par exemple, si l'État interdit la gestation pour autrui ou n'a pas légiféré à cet égard) et/ou que la filiation établie suite à une gestation pour autrui serait contraire à l'ordre public et/ou constitue une fraude à la loi.

Lorsque les parents d'intention sont belges, le Procureur du Roi utilise souvent cet argument de contrariété à l'ordre public pour s'opposer à la reconnaissance de la filiation.

Lorsque la reconnaissance de l'acte ou du jugement en Belgique est refusée, il est alors nécessaire d'introduire une procédure judiciaire visant à solliciter la reconnaissance *erga omnes* de ceux-ci. Cette procédure est fondée sur l'article 23 du Code de droit international privé belge. Son traitement est

toutefois très long et peut laisser les familles de longs mois en situation d'incertitude.

En l'état actuel de la jurisprudence, les tribunaux finissent désormais par reconnaître presque systématiquement la filiation paternelle biologique au moins (sur démonstration de ce lien biologique). Dans cette hypothèse, il demeure possible pour le coparent de procéder ensuite à une adoption intrafamiliale de l'enfant de son conjoint.

Depuis quelques mois, l'on note toutefois que de plus en plus de décisions s'essayeront à la reconnaissance du double lien de filiation. Ces dernières décisions sont encore minoritaires, mais l'évolution est toutefois très favorable.

L'intérêt de l'enfant, valeur fondamentale, est en train de reprendre sa place d'honneur dans les procédures qui concernent la reconnaissance des filiations issues de GPA.

Cette tendance a certainement été guidée par les enseignements de la Cour européenne des droits de l'homme, et notamment par les fameux arrêts *Mennesson c/ France*¹ mais aussi *Labassée c. France*, dans lesquels l'État français (qui, contrairement à la Belgique, prohibe bel et bien la GPA dans sa législation) a été condamné pour avoir violé le droit à la vie privée des enfants nés de GPA en refusant de reconnaître leur filiation, compte tenu des atteintes importantes et disproportionnées que représentait ce refus à l'égard de leur droit à l'identité au sein de la société notamment.

Ainsi, la Cour affirme dans l'arrêt *Mennesson* : « [...] Les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers qui, seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celles des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté.

Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant.

Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant [...] on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt de l'enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance.
[...]

La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur filiation à l'égard de leur père biologique,

l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation [...] » (§ 96 à 100 de l'arrêt).

Suite à cet arrêt, la jurisprudence française elle-même a évolué. Directement inspirés par les arrêts *Mennesson* et *Labassée* rendus par la Cour européenne des droits de l'homme, les juges de cassation ont enfin accepté de reconnaître la paternité biologique des enfants nés par GPA et la transcription des actes d'état civil étrangers y relatifs² alors même que la législation nationale française le prohibe. À plus forte raison encore donc, les tribunaux belges ont considéré qu'en l'absence de législation prohibitive, l'intérêt de l'enfant devait primer et permettre, au cas par cas en tout cas, les reconnaissances de lien de filiation. En tout état de cause, le simple constat du fait qu'une filiation est issue d'un processus de gestation pour autrui ne devrait plus suffire à refuser purement et simplement la filiation. Une analyse de l'intérêt de l'enfant est toujours nécessaire.

L'influence de la jurisprudence européenne en la matière a donc certainement été déterminante.

Ainsi, grâce aux longs combats menés devant les juridictions nationales et européennes par

les parents ayant eu recours au processus de GPA dans un pays dans lequel celui-ci est légal et encadré, les juridictions belges, obligées de pallier l'absence de législation en la matière en Belgique, se sont fort heureusement retranchées derrière l'analyse indispensable de l'intérêt de l'enfant pour traiter chaque situation individuellement.

L'on constate, par ailleurs, également une évolution progressive des pratiques : lorsque les parents d'intention reviennent en Belgique avec leur enfant, il arrive qu'ils parviennent à faire transcrire la filiation (au moins la filiation paternelle biologique), soit directement à l'administration communale (ce qui est beaucoup plus rare) soit après une négociation poussée avec le Procureur du Roi pour faire accepter la filiation paternelle biologique.

Il est à noter que le 16 octobre 2008, la Cour de cassation française a saisi pour la première fois la Cour européenne des droits de l'homme d'une demande d'avis consultatif au titre du Protocole n° 16³ concernant la question de la gestation pour autrui. Ce protocole permet en effet à une juridiction nationale, dans le cadre d'une affaire pendante, de poser une question à la Cour concernant des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles. La Cour peut apprécier, de façon discrétionnaire, l'opportunité de recevoir ou non une telle demande d'avis consultatif. L'avis qui sera rendu ne sera toutefois nullement contraignant. En l'espèce, les questions posées sont les suivantes :

« 1) En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui en ce qu'il désigne comme étant sa « mère légale » la « mère d'intention », alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le « père d'intention », père biologique de l'enfant, un État-partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? A cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la « mère d'intention » ?

2) Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter

l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention ? »

Il est fort à parier que l'interprétation qui sera donnée par la Cour à ces questions de principe pourra également influencer l'avenir des traitements de ces questions par les Cours et tribunaux européens.

Tous les espoirs sont toutefois encore permis concernant l'évolution future de la réception des GPA en Belgique.

Catherine DE BOUYALSKI
cdb@altea.be
Altea
Etterbeek (Bruxelles), Belgique

Céline VERBROUCK
cv@altea.be
Altea
Etterbeek (Bruxelles), Belgique



1. CEDH, 5^e sect., *Menesson c/ France* (Req. N° 65192/11).

2. C. Lengrand et C. Escullie, « Statut juridique de l'enfant issu d'une GPA à l'étranger : Une avancée jurisprudentielle en demi-teinte », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 13 janvier 2015, consulté le 2 février 2016, <http://revdh.revues.org/1772>.

3. Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.



A Call for Comity

Recognition of Parentage Across Borders

I Bruce HALE, Esq.

La gestation pour autrui, lorsqu'elle est effectuée au niveau international, peut entraîner des difficultés juridiques pour les enfants, comme par exemple, une filiation et une nationalité incertaines. Les efforts visant à encadrer la gestation pour autrui dans un système de réglementation international doivent prendre en compte le fait que le problème de base n'est pas la gestation pour autrui en tant que tel, mais le désaccord des lois des États à l'égard de la filiation et de la citoyenneté.

Modern Families, and the Problems Seen in International Surrogacy Arrangements

Surrogacy has existed in various forms throughout history. When fertility treatments advanced to separate the component parts of conception and gestation, surrogacy became more practicable. International surrogacy has flourished due in part to domestic restrictions to surrogacy and to other family-building options such as access to gamete donation, in vitro fertilization, and adoption. The desire to procreate is a powerful force.

Surrogacy may be pursued as a logical extension of fertility treatment that may start when a different-sex couple fails to conceive "naturally." Surrogacy enables a couple to achieve *procreation*. Likewise, the "socially infertile" (such as a single individual or a same-sex male couple) may have no realistic choice but to pursue surrogacy in order to have children, particularly children with a genetic link to a parent.

Modern surrogacy is seen in many jurisdictions as a legitimate fertility treatment option for the infertile who wish to procreate. Although while in recent years surrogacy has become a mainstream method of procreation for infertile couples and single individuals, when surrogacy arrangements involve individuals from

more than one nation, issues of parentage and citizenship can become complicated.¹ Specifically, situations where "stateless" children were born through international surrogacy arrangements and parentage was uncertain have prompted a discussion about whether some form of international regulation is needed, such as a convention on international surrogacy.

It is essential to understand that the problems of "limping" parentage and "stateless" children in the context of international surrogacy are essentially disputes between states, and not between private citizens. The real problem is that there are potentially conflicting legal regimes for determining parentage and citizenship among the nations involved in an international surrogacy arrangement.

The real problem is that there are potentially conflicting legal regimes for determining parentage and citizenship among the nations involved in an international surrogacy arrangement.

These are not situations where the intended parents and the surrogate contest the parentage of the child. Rather, the issues arise precisely because the intended parents attempt to take the child back to their home country and have their parentage – as determined by the law of the jurisdiction of birth – recognized by their home country. The direct conflict between the laws of the respective countries creates the issues of "limping" parentage and "statelessness."

It is understandable that jurisdictions which prohibit surrogacy would want to discourage their citizens from travelling to another jurisdiction to engage in the practice. When the parents return home with their child, however, the family is a *fait accompli*. It may be considered cruel to remove these children from the only parents they have known, as was unfortunately done in the case of *Paradiso and Campanelli v Italy* that came before the European Court of Human

Rights (ECHR). There, it was argued that if parentage was adjudicated properly by authorities according to the local law where the child was born, it is unfair to the child for another jurisdiction to refuse recognition of that parentage. The ECHR condemned France multiple times, including in the case of *Menesson v France*, for violating Article 8 of the European Convention on Human Rights with respect to the private life of the children in denying them certainty of parentage. The mere fact that the lack of a genetic connection between the child and the intended parents was a determinative factor in *Paradiso and Campanelli* is a disappointing continuation of what some view as archaic jurisprudence that discriminates against children based on the circumstances of their conception and birth.

Not every jurisdiction needs to recognize the existence and the effect of surrogacy arrangements, but many believe that every jurisdiction should recognize and uphold lawful determinations of parentage, particularly the initial determination of parentage, even if the parentage was adjudicated in a jurisdiction that defines parentage differently. Agreement between nations to recognize the parentage decisions made by other nations would go a long way to solving the majority of issues with international surrogacy in particular, and assisted reproductive technologies in general. This recognition does not need to equate to a tacit endorsement of reproductive tourism, but it would avoid punishing the innocent children that result.

As medical science advances and social systems evolve, the law must also consider differing ways that families may be constructed and recognized. The doctrine



of intention, articulated in the California case of *Johnson v Calvert*, is one method of analysis used by some jurisdictions to determine initial parentage of a child born through surrogacy. This decision, while not universally accepted, is often cited or used as a factor in other forms of parentage determination. The intent-based approach to parentage relies on the concept that “*but for*” the actions of the intended parents, the child born through surrogacy would not exist. Model laws in the United States, such as the 2017 Uniform Parentage Act and the ABA Model Act Governing Assisted Reproductive Technology, also take into account different methods of family building and the varied family structures of modern life.² As these and other approaches to parentage determination become more widespread, we may see a greater need to reconcile differing approaches to legal recognition of families.

International surrogacy arrangements bring issues with conflicting national laws to the fore. Regulation of international surrogacy as a proxy for addressing these conflict of law issues could lead to an exacerbation of the problems it seeks to solve. To be clear, there is a fundamental challenge facing regulation of international surrogacy. Driven by the desire to procreate, some individuals will pursue reproductive tourism without regard to law or regulation. Surrogacy-specific regulation will therefore be ineffective to resolve the difficult problems posed by these behaviors.

Interest in Regulation of International Surrogacy

The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law’s Council on General Affairs and Policy (hereinafter HCCH) has an ongoing project to determine how to effectively address

What is needed, therefore, is a framework of cooperation based on comity to resolve issues as they arise from incompatible laws.

parentage across borders, and particularly the issues posed by international surrogacy arrangements.³ Of great concern are situations where the legal parentage, nationality, and immigration status of the child born through international surrogacy are unclear due to conflicting national laws governing these matters. Of additional concern is the potential for exploitation of individuals in the international surrogacy process, particularly the exploitation of the women who act as gestational carriers.

When the HCCH Parentage/Surrogacy project began, the focus of the project seemed to be entirely on international surrogacy arrangements. In 2014, The Council on General Affairs and Policy of the HCCH published a report finding that it is both desirable and feasible to continue work on the project, exploring

options to address the issues that can be seen in – but are not exclusive to – international surrogacy arrangements. By 2015, when the project received approval to convene an Experts’ Group to discuss the issues, the HCCH had deliberately taken steps to expand the scope of the project beyond surrogacy to include cross-border parentage issues more broadly. In the meeting of the Expert’s Group that concluded in February 2019, the opinion of the majority of the experts was to address parentage of children born through surrogacy in a separate instrument, such as a protocol. The HCCH’s important work will continue.

Early reaction to the HCCH project included several proposals for regulatory schemes regarding international surrogacy arrangements, aimed at directly regulating the arrangements themselves.

However, the practical problems with international surrogacy are grounded not in private contract, but in conflicts of laws surrounding parentage, family structure, nationality, and immigration. The concern about the lack of a regulatory scheme stems from high-profile incidents where the

existing laws did not appropriately resolve the questions of nationality, parentage, and immigration. It is important to note that these legal issues may arise in cases that do not involve surrogacy, as happened in the case of *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*. Thus, international regulation that is focused solely on the mechanics of international surrogacy arrangements may not provide an adequate solution.

It is not that there is no existing regulation for international surrogacy; the issue is that each state manages the legal infrastructure underpinning these arrangements differently. It is precisely these differing legal infrastructures that structure and control the arrangements and the initial determination of parentage. The problem is that the legal infrastructure and the method of assigning parentage in one country may

not be compatible with that in another country. What is needed, therefore, is a framework of cooperation based on comity to resolve issues as they arise from incompatible laws.

Surrogacy arrangements, and assisted reproductive technology in general, challenge societal notions of the family structure. This challenge creates the false notion that international surrogacy arrangements themselves are the problem, rather than the disparate manners in which nations assign parentage. When the problems are viewed as inherent to international surrogacy, inappropriate conclusions about how to mitigate the negative effects of these arrangements result. Rather than focus on regulating the surrogacy arrangements, an international agreement on recognition of parentage would be fairer to the parties involved and would provide welcome stability for the children that result.

In February 2016, the American Bar Association (ABA) adopted a resolution urging the US Department of State, in its participation with the HCCH Parentage/Surrogacy project, to advocate for the development of a framework among participating nations to navigate the conflict of laws and comity problems that can result from international surrogacy arrangements.⁴ One approach would be to regulate international surrogacy arrangements directly. Another approach would be to regulate the acceptance of parentage documents between states. The ABA resolution urged the US Department of State to take the latter approach. The resolution states that any international instrument in this area should allow for cross-border recognition of parentage judgments so that the parental relationship and citizenship status of all children, no matter the circumstance of their conception and birth, will be certain.

To address the potential for coercion and exploitation with international surrogacy participants, each nation should consider developing approaches to protect all parties who participate in such arrangements. The definitions of “coercion” and “exploitation” may vary from society to society, and therefore each individual society is best equipped to define ways to protect its citizens against abuses. At the international level, existing human rights principles and

enforcement mechanisms should be the guiding forces.

Conclusion

Direct regulation of international surrogacy arrangements as a proxy for other issues in international private law will have unintended consequences. It would almost certainly drive some people into less desirable means of achieving parenthood. Further, regulation of the narrow issue of surrogacy would not address structural challenges with international parentage decisions, generally.

In the end, the practical problems with international surrogacy are grounded in conflicts of laws surrounding parentage, family structure, nationality, and immigration. Any international regulatory system in this area should focus on a framework for the reconciliation of these conflicts, particularly when the issues are not contested by the parties involved. The conflicts of family and immigration law are the issue, not surrogacy itself.

Bruce HALE, Esq.⁵
Modern Family Law
Newton, MA, United States
brhale@modern-family-law.com

1. For a discussion of surrogacy generally and applicable law in the United States, see: Maureen McBrien and Bruce Hale, *Assisted Reproductive Technology: A Lawyer's Guide to Emerging Law and Science*, pp. 137-198 (A.B.A., 3rd ed., 2018).

2. See the Uniform Parentage act here: <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?communitykey=c4f37d2d-4d20-4be0-8256-22dd73af068f&tab=groupdetails> and the ABA Model Act Governing Assisted Reproductive Technology here: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/family/Model_Act.authcheckdam.pdf

3. See generally: Hague Conference on Private International Law, The Parentage/Surrogacy Project, <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> (Last accessed Feb. 15, 2019).

4. See ABA House of Delegates, Resolution 112B (2016), available at: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/abanews/2016mymres/112b.pdf>

5. Disclosure: the author is a parent to children born through gestational surrogacy. Although the surrogacies were not international in nature, different family law jurisdictions were involved.

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



L'action des barreaux contre la peine de mort

I Julie GOFFIN

En préalable de l'ouverture de l'évènement, l'UIA et le Barreau de Paris avaient organisé le 26 février 2019 un *side-event* sur « l'action des barreaux dans la lutte contre la peine de mort ». L'occasion fut donnée aux représentants de différents barreaux d'exposer les difficultés rencontrées dans leur lutte pour l'abolition et les enjeux sociétaux ayant un impact sur leur action.

Ainsi, le représentant de la *Japan Federation of Bar Associations (JFBA)* a décrit les obstacles qui se posent à cette fédération de 52 barreaux dans sa lutte abolitionniste face à une société encore largement favorable à la peine de mort. Le tabou dont est empreinte la peine capitale au Japon impose un travail en amont d'ouverture des individus vers la discussion et ensuite d'éducation. Le débat doit également s'ouvrir au sein du monde politique qui reste réticent à aborder de front les différentes questions juridiques et culturelles que soulève l'exécution de la peine de mort au Japon. La JFBA s'active avec diplomatie mais détermination sur ces différents chantiers et progresse vers des modes d'actions plus en plus visibles afin de forcer les changements de mentalités.

Le Barreau de Puerto Rico, pionnier au sein de la coalition de Puerto Rico contre la peine de mort, a donné le détail de son travail d'activiste et des différents rôles dans lesquels les avocats peuvent s'engager aux côtés des condamnés à mort mais aussi en soutien de leurs propres avocats. Ce barreau s'illustre, par ailleurs, par l'important travail de lobby accompli auprès des autorités, non seulement sur des cas individuels, mais aussi sur l'adoption de textes pertinents tel le deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et prévoyant l'abolition définitive de la peine capitale.

La coalition marocaine et le réseau des avocats marocains ont également illustré le rôle moteur des avocats dans le combat pour l'abolition, tant par leur action directe dans les couloirs de la mort que par leurs actions fortes et suivies en faveur de

modifications législatives et par les réseaux d'influence qu'ils constituent auprès des populations et des politiques.

L'évènement du 26 février fut aussi l'occasion de présenter des projets spécifiques menés par certains barreaux tels que l'*American Bar Association (ABA)* et son projet *Death Penalty Representation Project*. Le combat que porte ce programme ne vise pas tant l'abolition en tant que telle (car il faut rester réaliste et pragmatique) mais bien d'avantage toutes les situations où l'application de la peine de mort constituerait une violation des droits les plus basiques. Les exemples sont nombreux : discrimination raciale, absence de représentation effective...

Peu d'avocats étant formés sur ces matières, l'ABA organise des formations dont l'objet est en particulier d'aider les avocats à éviter certaines erreurs décisives lors de moments clés de la procédure dans la mesure où l'assistance d'un avocat se trouve elle-même légalement extrêmement limitée. L'éducation porte aussi sur la communication autour des dossiers de suspects ou condamnés. La voix de l'avocat est ici importante pour porter à l'égard du public la version de l'accusé et donner un autre éclairage des faits que celui diffusé par les médias, lequel se révèle souvent partial ou biaisé.

La question de la discrimination dans le regard porté sur les condamnés à mort fut brillamment illustrée par Susan Kigula, militante ougandaise, dont l'histoire saisissante met la lumière, non seulement sur la situation des femmes en détention, mais également sur les drames vécus dans les systèmes où l'absence de moyens et le manque d'intérêt des avocats pour la cause des condamnés à mort rend toute assistance juridique fournie par l'État inutile ou même contreproductive.

Susan Kigula ayant fait le constat terrible de l'absence de prise en compte de ses droits et de ce qu'aucun avocat ne pourrait lui venir en aide là où elle était détenue,

condamnée pour le meurtre de son mari, meurtre pour lequel elle avait toujours clamé son innocence. Elle a alors décidé d'entamer des études de droit, a obtenu le soutien d'une association et mené ses études à bout durant sa détention. Libérée après 16 années, elle a décidé de consacrer sa vie à soutenir les détenus et en particulier les femmes ainsi que les enfants de détenus. Elle dénonce sans relâche le *gender bias* qui imprègne toute politique de poursuite et de détention dans un nombre important d'États où la situation spécifique des femmes (y compris leur condition de victimes de violence sous diverses formes) n'est aucunement prise en compte, que ce soit aux différentes phases de la procédure ou durant la détention.

La vulnérabilité spécifique des détenus condamnés à mort et les conditions de détention auxquels ils sont soumis en général ont été spécifiquement mises en lumière par l'UIA et le Barreau de Paris via une résolution adoptée à l'occasion du congrès de Bruxelles et qui est publiée à la suite de cet article. Cette résolution appelle les États à prendre en compte, en particulier, les droits de ce type de détenus en termes d'assistance légale, d'accès aux soins de santé, de protection contre toute forme de torture et notamment dans le cadre de l'obtention d'aveux et qui est publiée à la suite de cet article. Elle est signée aujourd'hui par plus de 50 barreaux qui se sont engagés à défendre l'application d'une série de garanties visant à obtenir des conditions de détention plus humaines et respectueuses des droits fondamentaux des condamnés à mort.

Julie GOFFIN
Coordinateur Droits de l'Homme de l'UIA
Bruxelles, Belgique
j.goffin@avocat.be

RÉSOLUTION SUR LA PEINE DE MORT ET LES CONDITIONS DE DÉTENTION ET DE TRAITEMENT DES CONDAMNÉS À MORT

MOBILISATION DES BARREAUX

Nous, le **Barreau de Paris**, membre fondateur de la Coalition mondiale contre la peine de mort, l'**Union Internationale des Avocats** et les barreaux et organisations d'avocats signataires, à l'occasion du 7ème Congrès mondial contre la peine de mort, qui se tient du 27 février au 1er mars 2019 à Bruxelles,

Constatant que,

- Le nombre de détenus condamnés à mort, selon les statistiques mises à disposition, demeure toujours aussi important;
- L'Ensemble des règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus, appelées Règles de Mandela et révisées en décembre 2015, ne comporte, malgré une protection générale inhérente aux personnes privées de liberté, aucune protection spécifique concernant les conditions de détention et de traitement des condamnés à mort ;
- Le commentaire général n° 36 du 30 octobre 2018 portant sur l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), n'aborde pas spécifiquement la question des conditions de détention et de traitement des condamnés à mort ;
- La peine de mort constitue un facteur discriminant et aggravant dans le cadre du respect de la dignité des détenus et de l'effectivité des garanties judiciaires minimales.

Rappelant que,

- Les Barreaux et organisations professionnelles d'avocats ont un rôle essentiel à jouer en faveur de l'abolition de la peine de mort et de l'instauration d'un moratoire ;
- Les avocats constituent un des principaux garde-fous pour assurer l'effectivité de l'Etat de droit, une bonne administration de la justice et que leur rôle de protecteur des droits fondamentaux auprès des détenus est particulièrement important lorsque ceux-ci sont condamnés à mort.

Appelons les Barreaux et organisations professionnelles d'avocats de pays abolitionnistes ou rétentionnistes :

- À défendre le respect des garanties judiciaires minimales et un procès équitable pour toutes les personnes passibles de la peine de mort sans aucune discrimination. Cette défense doit en particulier être active sur : le refus catégorique de la prise des aveux obtenus sous la torture ; l'accès à un interprétariat professionnel et de qualité à tous les stades de la procédure judiciaire ; et le principe d'une aide juridictionnelle gratuite et de qualité à tous les stades de la procédure.
- À défendre le respect des conditions de détention et de traitement des condamnés à mort préservant la dignité humaine et les droits fondamentaux, en particulier : l'accès aux soins et aux personnels de santé dès le début de la détention, l'accès à l'extérieur, et l'accès effectif à la protection consulaire pour les détenus étrangers ; et à combattre la question de l'isolement cellulaire qui ne doit pas être automatiquement et systématiquement imposé du fait même de la nature de la peine du détenu.

- À participer au plaidoyer international en faveur de la rédaction et de l'adoption de standards additionnels et spécifiques qui puissent garantir une meilleure protection des détenus condamnés à mort dans le monde et afin d'obtenir la reconnaissance en leur faveur de garanties spécifiques liées à leur vulnérabilité particulière.

Signataires:

- Barreau de Paris
- Union Internationale des Avocats (UIA)
- AIJA - International Association of Young Lawyers
- Colegio de Abogados de La Plata (Argentina)
- Law Council of Australia
- Barreau de Bruxelles - Ordre français
- Institut des droits de l'homme du Barreau de Bruxelles
- Barreau de Liège (Belgique)
- Barreau de la province d'Anvers (Belgique)
- Bar Association of the Republic of Srpska (Bosnia and Herzegovina)
- Ordre des Avocats du Cameroun/Cameroon Bar Association
- Association des avocats et avocates de la défense de Montréal (Canada)
- Association québécoise des avocats et avocates de la défense (Canada)
- Barreau de Montréal (Canada)
- Barreau du Québec (Canada)
- Association du jeune Barreau de Longueuil (Québec, Canada)
- Czech Bar Association
- Barreau de Kinshasa-Matete
- Finnish Bar Association
- Ordre des Avocats de Rennes (France)
- Ordre des Avocats de Cayenne (France)
- Ordre des Avocats de Toulouse (France)
- Ordre des Avocats de Clermont-Ferrand (France)
- Saxony Bar (Germany)
- Barreau de Petit-Goâve (Haïti)
- Hong Kong Bar Association
- Hungarian Bar Association
- Budapest Bar Association
- The Law Society of Northern Ireland
- Turin Bar Association (Italy)
- Japan Federation of Bar Associations
- Latvian Council of Sworn Advocates
- Beirut Bar Association
- Barreau de Luxembourg
- Bar Association of the Republic of Moldova
- Ordre des Avocats de la Principauté de Monaco
- Ordre des Avocats de Rabat (Maroc)
- New Zealand Law Society
- Ordre des Avocats du Niger
- Colegio de Abogados de Lima Sur
- The National Bar of Attorneys-at-Law (Poland)
- Polish Bar Council
- Warsaw Bar Association
- Portuguese Bar association
- Slovak Bar Association
- Bar Association of Slovenia
- Consejo General de la Abogacía Española
- Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia (España)
- Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (España)
- Ordre des Avocats de Genève
- Ordre des Avocats Vaudois (Suisse)
- Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico



Derecho a la vida privada de las y los adolescentes y los análisis *antidoping* en los bachilleratos

I Gustavo SALAS RODRÍGUEZ, Ph. D.¹




En los últimos años se implementaron, como parte de una política de prevención y disuasión al consumo de la marihuana, análisis *antidoping* en muchos de los bachilleratos en la República Mexicana.


ESTA DIRECTRIZ RESULTA CONTRARIA AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA PRIVADA DE LAS Y LOS ADOLESCENTES.





AL PRETENDER APLICAR UN ANÁLISIS *ANTIDOPING* SE ESTÁ HACIENDO A LA O AL ADOLESCENTE OBJETO DE UNA INJERENCIA ARBITRARIA EN SU VIDA PRIVADA, CUANDO NO SE HA DADO MOTIVO PARA ELLO.²



Los análisis *antidoping* destruyen la confianza en la escuela y generan una relación de asimetría en la que la o el adolescente debe confiar ciegamente en los adultos, pero los adultos no en ellos.³


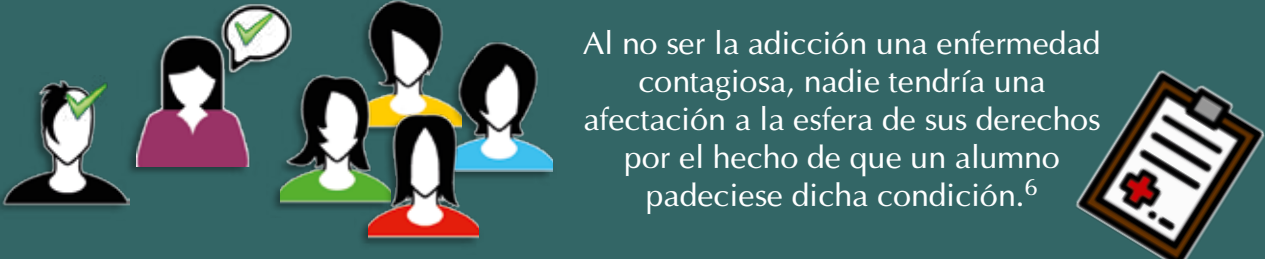


Esta presunción de consumo (que “justifica” la aplicación de análisis *antidoping*) muy lejos de traer resultados positivos genera una inversión en la presunción de inocencia. Para la escuela: **drogadicta o drogadicto, hasta que se demuestre lo contrario.**

El análisis *antidoping* en estas circunstancias implica que NO SE TIENE CONFIANZA en la o el adolescente y CRIMINALIZA una enfermedad, lo cual deviene en DISCRIMINACIÓN,⁴ por lo siguiente:

Los análisis *antidoping* en los bachilleratos implican una exclusión e impedimento al ejercicio de los derechos humanos y libertades de la o del adolescente, con motivo de sus condiciones de salud.⁵

Al no ser la adicción una enfermedad contagiosa, nadie tendría una afectación a la esfera de sus derechos por el hecho de que un alumno padeciese dicha condición.⁶

«...tener un DERECHO FUNDAMENTAL –como también se ha dicho– parece que tiene que significar que, al menos en principio, ninguna DIRECTRIZ política ni objetivo social colectivo puede prevalecer frente a él. El que el ejercicio de un derecho implique un obstáculo para llevar a cabo una determinada política gubernamental o que, incluso, sitúe al

Gobierno ante un auténtico dilema no puede ser, por sí misma, una razón válida para limitar dicho derecho. En otro caso, habría que limitar también, y por las mismas razones, la libertad de expresión, de manifestación, etc., cuando con ellas se persigan ‘fines ilícitos’».

(Atienza, 2003).⁷



El discurso de “confidencialidad” del análisis *antidoping* se ve desarticulado y deviene en vacuo desde el momento en que es público a quiénes se les practica la prueba, así como la obligación, también pública, de someterse a terapia o cualesquiera que sean las consecuencias que cada escuela establezca.

La inutilidad de los análisis *antidoping* se observa en lo siguiente:⁸

a)



No sirven para perseguir ni identificar al narco-proveedor.

b)



A partir de una prueba ocasional no es detectable la adicción, ni determinables sus causas.

c)



Colocan a la o al adolescente en un mayor grado de vulnerabilidad pues promueve la estigmatización del alumno en caso de “dar positivo”.

¹ SALAS Y SALAS©. Cancún, México. [http://salasysalas.org.mx] gsr@salasysalas.org.mx

² Esto es así puesto que el bachillerato carece de interés legítimo para indagar sobre lo que sus alumnos hagan o dejen de hacer en su vida privada fuera de la escuela:

Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 16:

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Para esta Convención, la acepción: niño, comprende hasta los 18 años de edad –artículo 1º.

³ Curiosamente hay la sensación en los estudiantes de que la gran mayoría de alumnos sujetos a estas pruebas contrarias a derechos fundamentales son los de apariencia “hipster” o “hippie” o “extravagante”.

⁴ Primer párrafo del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Queda prohibida toda

discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

⁵ La definición de discriminación, que incluye este aspecto, se contiene en el artículo 1º de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

⁶ La adicción es una enfermedad definida así por la Organización Mundial de la Salud y que en México se define de igual modo mediante la Norma Oficial Mexicana NOM-028-SSA2-1999, *Para la prevención, tratamiento y control de las adicciones*.

⁷ ATIENZA, Manuel: *Tras la justicia*; Editorial Ariel. Ariel Derecho. Barcelona, 2003. pp. 134–135.

⁸ Al respecto vid. Informe Especial. *Drogas y Derechos Humanos en la Ciudad de México, 2012 – 2013*; Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal [http://cdhdf.org.mx].



The Legal Profession
La profession d'avocat
La Abogacía





La notation des avocats : instrument de marketing ou cheval de Troie de la dérégulation de la profession ?

I Gregory LEWKOWICZ

The rating of lawyers is booming. All attempts to ban it have failed. The topic is sometimes considered only as a marketing issue for law firms and attorneys. However, in a context of liberalization of regulated professions, it has far more serious implications. Some see the rating of lawyers as an alternative to regulation to reduce the asymmetry of information on the legal market. In the wake of the adoption of the Directive 2018/958, lawyers and bars and law societies have to tackle the issue head on to avoid bringing a trojan horse behind their walls.

Le *Wall Street Journal* titrait un article paru le 20 juillet 2017 « *The Hottest Field in Law? Ranking the Lawyers* ». On pouvait y découvrir le développement aux États-Unis de plus de 1200 systèmes de notation ou de mesures de la réputation des juristes, en général, et des avocats en particulier. Ce développement frénétique de l'évaluation des professionnels du droit n'est guère étonnant tant il s'inscrit dans une tendance de notre temps à la quantification et à une forme de tyrannie de la mesure. Il a toutefois une signification particulière pour les avocats qui font face depuis déjà quelques années à un vent de réformes des deux côtés de l'Atlantique visant à déréglementer la profession et à réduire les avocats au rang de prestataires de services juridiques comme les autres¹.

Dans ce contexte, la notation des avocats se présente en effet non pas comme un simple instrument de marketing mais comme un outil permettant de réduire l'asymétrie d'information entre les avocats et leurs clients et, partant, comme une alternative à la réglementation de la profession. Les instances ordinales et les associations professionnelles ont de ce point de vue de bonnes raisons de mettre le sujet à l'ordre du jour d'autant que les initiatives visant à faire interdire la notation des avocats ont été mises en échec.

Des palmarès publicitaires au régime de la notation généralisée des avocats

Le classement, l'évaluation ou la mesure de la réputation des cabinets et des avocats n'est pas, loin s'en faut, un phénomène nouveau. Il s'observe depuis les années '70 au sein du barreau d'affaires anglo-américain. Celui-ci se prête d'ailleurs volontiers au jeu. La plupart des cabinets ont en effet pleinement intégré ces évaluations dans leur stratégie de communication tant vers les directions juridiques que vers les talents qu'ils cherchent à recruter. Ils ne manquent d'ailleurs pas de relayer leur présence dans certains classements de référence tels que le *Legal 500* ou ceux de *Chambers & Partners*. Les mêmes pratiques se sont développées sur le Continent depuis que la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 et l'arrêt rendu le 5 avril 2011 par la Cour de justice de l'Union européenne (aff. C-119/09) ont mis un terme à l'interdiction complète de la publicité et du démarchage dont faisait l'objet certaines professions réglementées, dont celle d'avocat, au sein de l'Union.

Ces systèmes visent directement les particuliers dont ils entendent infléchir les choix avec succès si on en croit les études statistiques aujourd'hui disponibles sur le sujet².

Trois générations de systèmes de notation des avocats

La généralisation de la notation des avocats s'accompagne d'une évolution des méthodes utilisées pour établir celle-ci. Sous bénéfice d'un inventaire plus complet, on observe en effet l'existence de trois générations de systèmes de notation des professionnels du droit. Les systèmes les plus anciens prennent la forme d'une évaluation, plus ou moins anonyme, des avocats par leurs pairs. La deuxième génération de systèmes de notation est fondée sur l'évaluation directe, en ligne ou hors ligne, par les clients. Plus récemment, on voit apparaître une troisième génération de systèmes de notation fondée sur l'analyse automatisée des données, par exemple issues de la jurisprudence, et permettant une certaine mesure de la performance des avocats. A titre d'exemple, le site *premonition.ai* établit ainsi un classement des avocats selon leur taux de réussite devant les juridictions.

Plus récemment, on voit apparaître une troisième génération de systèmes de notation fondée sur l'analyse automatisée des données [...].

Parallèlement à ces palmarès publicitaires déjà anciens, on observe plus récemment l'efflorescence de systèmes d'évaluation des cabinets ou des avocats individuels dont la prétention est toutefois très différente. Ceux-ci visent à attribuer une note à potentiellement tous les avocats, le cas échéant sans leur consentement et en dehors de tout processus collaboratif. Leur succès est favorisé par la montée en puissance des plateformes d'intermédiation en ligne qui ont fait de la notation des prestataires un élément central de leur modèle d'affaires.

Ces systèmes peuvent être combinés entre eux afin d'établir une notation composite intégrant plusieurs dimensions dans l'évaluation des avocats et des cabinets. La notation ou l'évaluation des avocats peut en outre prendre des formes multiples allant de l'indice composite présenté sous la forme d'une valeur numérique, au classement des avocats au sein de grandes catégories en passant par des tableaux établissant une série de valeurs permettant d'évaluer les avocats en fonction de différents paramètres et de différents scores.

Chaque système de notation présente des limites importantes qui portent notamment sur leur objectivité, leur neutralité ou le sens qu'ils confèrent à la notion de « performance » des avocats. En faire l'examen dépasserait notre propos dans cette contribution et nous renvoyons par conséquent le lecteur à la littérature pertinente sur le sujet.

Interdire la notation des avocats : un échec à l'échelle globale

Le développement de la notation généralisée des avocats n'est pas resté sans réponse, notamment judiciaire, de leur part ou de celles des ordres professionnels.

Concernant la notation des avocats, les actions visant à l'empêcher ou à la faire interdire se sont généralement révélées être un échec. Aux États-Unis, les principales affaires portées devant les juridictions ont conduit à :

- (i) la confirmation que les notes attribuées aux avocats étaient un discours bénéficiant de la protection du premier amendement relatif à la liberté d'expression ;
- (ii) la reconnaissance que les personnes établissant ces notes devaient bénéficier pleinement des dispositions dites « Anti-SLAPP » (*Strategic Lawsuit Against Public Participation*) ;
- (iii) la reconnaissance que les plateformes de notation pouvaient créer des profils d'avocats sans leur consentement et les noter sans violer les règles professionnelles relatives à la publicité des avocats. Les seules limites imposées avec succès dans plusieurs états fédérés aux opérateurs de la notation des professionnels du droit ont été celles découlant de la protection des consommateurs, en particulier, des obligations de transparence sur les méthodes utilisées dans l'élaboration de la notation.

En France, le Conseil National des Barreaux (CNB) a mené plusieurs actions devant les juridictions visant à obtenir l'interdiction de la notation des avocats par des tiers. En particulier, le CNB a agi contre la société Jurisystem, notamment, en ce que celle-ci proposait en ligne un système de notation et de comparaison des avocats. Le CNB cherchait à faire reconnaître par le juge du

fond que les règles déontologiques de la profession avaient vocation à s'appliquer à la société en question.

En l'espèce, la Cour de cassation (première chambre civile) s'est prononcée dans un arrêt du 11 mai 2017 cassant la décision de la Cour d'appel de Versailles en ce qu'elle avait retenu l'existence d'obligations à charge des non-avocats découlant des règles déontologiques de la profession d'avocat. Dans sa décision définitive rendue le 7 décembre 2018, la Cour d'appel de Versailles a donc revu sa position pour considérer, sous l'angle du droit de la consommation, que la société Jurisystem devait informer les consommateurs sur les règles et les méthodes utilisées dans le cadre de la notation afin de fournir une

est le renforcement de la concurrence sur le marché des services juridiques et la protection des consommateurs. Dans ce cadre, elle est promue par certains – et depuis longtemps – comme une alternative, totale ou partielle, à la réglementation professionnelle.

Économiquement, la réglementation des professions juridiques trouve en effet sa seule justification dans la réponse que celle-ci apporte à une défaillance de marché particulière, à savoir, l'existence d'une asymétrie d'information empêchant le consommateur d'évaluer la compétence des prestataires de services juridiques et la qualité de leurs prestations. Dans cette perspective, la réglementation de la profession et l'autoréglementation des

On ne s'étonnera donc pas que la notation des avocats fasse l'objet d'un intérêt soutenu des institutions intéressées, à un titre ou à un autre, par la régulation du marché des services juridiques.

information loyale, claire et transparente aux consommateurs conformément à l'article L-1117, II du code de la consommation français.

À ce jour, aucune action entreprise par un avocat ou une organisation professionnelle n'a permis d'interdire la notation des avocats *per se*. Celle-ci doit toutefois être réalisée dans le respect du droit à la protection des données personnelles et du droit de la consommation. Les notations doivent également être respectueuses des limitations au droit à la liberté d'expression sachant toutefois que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé en 2015, dans une affaire concernant l'évaluation en ligne d'un avocat, que celui-ci devait accepter, en tant qu'il participe à l'administration de la justice, de faire l'objet de critiques publiques et d'être évalué par ses clients³.

La mesure comme alternative à la réglementation ?

L'enjeu stratégique principal de la notation et de l'évaluation des avocats ne se trouve toutefois pas nécessairement dans la question du marketing des cabinets. La notation prend en effet son essor dans un contexte marqué par un agenda de libéralisation des services juridiques dont le mot d'ordre

avocats à l'intermédiaire de leurs Ordres réduit cette asymétrie d'information en assurant aux clients, *a priori*, la compétence des avocats et en permettant, *a posteriori*, de sanctionner leurs manquements éventuels. On comprend en quoi la notation des avocats peut apparaître, dans cette perspective, comme un mécanisme alternatif à la réglementation professionnelle. Elle permet, elle aussi, de réduire le problème d'asymétrie d'information sur le marché du droit en offrant une information aux consommateurs sur la qualité des prestataires.

On ne s'étonnera donc pas que la notation des avocats fasse l'objet d'un intérêt soutenu des institutions intéressées, à un titre ou à un autre, par la régulation du marché des services juridiques. Le comité de la concurrence de l'OCDE en débat régulièrement depuis 2008 et la Commission européenne n'y est pas insensible et a d'ailleurs intégré l'étude de la faisabilité d'une notation des avocats parmi les objectifs du projet *Find-a-Lawyer 3* mis en œuvre par la Fondation des avocats européens⁴.

La directive (UE) 2018/958 du parlement européen et du conseil du 28 juin 2018 relative

à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions doit être appréciée dans ce contexte. Réponse de la Commission à l'inaction des États membres en matière de libéralisation des professions réglementées depuis le rapport Monti et la communication « Évaluer les réglementations nationales en matière d'accès aux professions » d'octobre 2013, la directive entend établir un cadre contraignant visant à ramener les réglementations professionnelles à leur strict nécessaire.

La directive entend notamment renforcer et harmoniser progressivement le contrôle de proportionnalité réalisé par les États membres lorsque ceux-ci adoptent de nouvelles réglementations professionnelles, par exemples, celles relatives à l'exercice de la profession d'avocat.

La directive indique ainsi que :

« (21) Les exigences liées aux qualifications professionnelles ne devraient être considérées comme nécessaires que si les mesures existantes, telles que la législation relative (...) à la protection des consommateurs, ne peuvent être considérées comme appropriées ou véritablement efficaces pour atteindre l'objectif poursuivi »

Elle précise également que :

« (26) Lorsqu'un État membre réglemente une profession, il devrait tenir compte du fait que l'évolution de la science et de la technique pourrait réduire ou accroître l'asymétrie d'information entre les professionnels et les consommateurs. »

Le suivi du parcours législatif de la directive montre que ce considérant et les articles qui en traduisent l'esprit ont été adoptés en prenant en compte le développement de la notation et des autres formes de classement des avocats. De ce point de vue, la Commission a d'ailleurs plusieurs fois affirmé que les notations étaient susceptibles de constituer des alternatives à la réglementation. Elle indiquait notamment dans sa communication établissant un agenda européen pour l'économie collaborative de 2016 (COM(2016) 356 final) que :

« Des systèmes de classement ou de réputation ou d'autres mécanismes destinés à décourager les comportements préjudiciables des acteurs du marché peuvent, dans certains cas, diminuer les risques encourus

par les consommateurs du fait de l'asymétrie d'information. Cela peut contribuer à augmenter la qualité des services et à réduire potentiellement la nécessité de certains éléments réglementaires, pour autant que l'on puisse faire suffisamment confiance à la qualité des évaluations et des classements.

Des interdictions absolues et des restrictions quantitatives d'une activité constituent normalement une mesure de dernier recours. En règle générale, elles ne devraient être appliquées que lorsqu'il n'est pas possible d'atteindre un objectif légitime d'intérêt général par d'autres exigences moins restrictives. »

Faut-il dès lors s'attendre à un allègement des règles professionnelles encadrant la profession d'avocat au profit d'une régulation par la mesure ? Rien ne permet de l'exclure à terme. Surtout si des données empiriques permettent d'établir l'inefficacité des règles professionnelles ou l'efficacité supérieure des systèmes de notation pour réduire l'asymétrie d'information entre consommateurs et prestataires. La Commission européenne vient d'ailleurs de commander une étude intitulée « *Behavioural Economic Analysis of Professionals' Incentives in Health Professions and in Business Services Professions* » visant à évaluer empiriquement les bénéfices réels qu'apportent la réglementation des professions à la qualité des services...

Conclusion

La problématique de la notation des avocats dépasse largement la question du marketing des cabinets ou celle de la prise en compte accrue par les avocats de l'expérience de leurs clients. Son développement s'inscrit dans un contexte politique de déréglementation des professions réglementées en général et de la profession d'avocat en particulier. La notation apparaît dans ce cadre à certains interlocuteurs, en dépit de toutes les critiques qu'on peut légitimement lui adresser, comme une alternative, en tous cas partielle, à la réglementation de la profession d'avocat.

Mesure de la réputation contre réglementation professionnelle : la messe n'est certainement pas dite. La profession a fait la douloureuse expérience de ce que l'interdiction de la notation était un combat perdu. On peut raisonnablement s'attendre

à voir émerger de nouvelles stratégies pour éviter que le cheval de Troie ne passe les murs des barreaux alors que certains proposent déjà d'établir un système mixte de régulation de la profession⁵. Le temps est en tous cas à l'action.

Gregory LEWKOWICZ

Professeur à l'Université libre de Bruxelles
Directeur du programme droit global du

Centre Perelman
Président de l'Incubateur européen du barreau
de Bruxelles
Bruxelles, Belgique
glewkowi@ulb.ac.be

Note

Cette contribution reprend les résultats d'une étude réalisée pour l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles et l'Incubateur européen du barreau Bruxelles.

1. Voy. *inter alia* L.S. Terry, « Putting the Legal Profession's Monopoly on the Practice of Law in A Global Context », *Fordham Law Review*, vol. 82, 2014, pp.2903 et ss.; F.Marty, « Le prix des services juridiques entre défaillance de la réglementation et défaillance de marché », *Revue internationale de droit économique*, XXXI, n°4, 2017, pp. 61-82 ; N. Garoupa, « Globalization and deregulation of legal services », *International Review of Law & Economics*, 38, 2014, pp. 77-86.

2. Voy. C. Burke Roberston, « Online Reputation Management in Attorney Regulation », *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 29, 2016, pp. 106-107 ; Ch. Wallace, « How Clients Use Online Legal Reviews », *Industry View*, May 28, 2014 ; S. Mui, « People Look To Yelp To Find Lawyers Online, Survey Says », *ABA Journal*, July 11, 2014 ; M.J. Fucile, « Public Discipline Is More 'Public' Than Ever: The Impact of Web-Based Lawyer Rating Services on Discipline », *The Professional Lawyer*, vol. 24, n° 1, 14 juin 2017.

3. Voy. CEDH, *Włodzimierz Kucharczyk v. Poland*, 72966/13, 24 nov. 2015, §33.

4. Voy. l'analyse critique proposée par C. Chaserant et S. Harnay, « Régulation de la qualité des services juridiques et gouvernance de la profession d'avocat », *Revue Internationale de Droit Économique*, T.XXIX, vol. 3, 2015, pp. 333-356. Pour l'OCDE, voy. OCDE – Comité de la concurrence, « Protéger et promouvoir la concurrence en réponse aux innovations 'de rupture' dans les services juridiques », DAF/COMP/WP2(2016), 13 juin 2016, pp. 21 et ss. ; pour le projet Find-a-lawyer-3, voy. le descriptif du projet à l'adresse <http://elf-fae.eu/find-a-lawyer-3/>

5. Voy. C. Burke Roberston, « Online Reputation Management in Attorney Regulation », *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 29, 2016, pp. 106-107.



Une dérive possible du droit ?

I Jean-Pierre LEBRUN

Le changement inédit¹ opéré par l'évolution de nos sociétés dites occidentales, nous a mené d'une organisation collective modelée par le patriarcat et la religion, à un nouveau type de lien social organisé par la science et l'égalité démocratique. Ce trajet qui n'a abouti effectivement que récemment – disons une quarantaine d'années, soit trois générations – a entraîné avec lui une autre représentation que nous avons du monde dans lequel nous vivons, pour reprendre le mot de Gramsci, une « nouvelle hégémonie culturelle ».

Nous sommes en effet passés d'un monde qui se concevait comme vertical, tel une pyramide, avec la place d'un sommet d'emblée reconnue par tous comme légitime, à un monde qui se représente aujourd'hui comme horizontal, articulé en réseaux.

Pour imaginer ceci, nous reprendrions volontiers les deux illustrations qu'ont proposées les juristes François Ost et Michel van de Kerckhove dans leur ouvrage intitulé précisément « De la pyramide au réseau² ».



Pour représenter le monde d'hier organisé sur le modèle pyramidal, ils font appel au frontispice de l'édition originale du « Léviathan » de Hobbes, ouvrage fondateur de la théorie politique moderne publié en 1651.

Le souverain y est vu « comme le titulaire d'un pouvoir sans partage qui impose (son) ordre et hiérarchie. C'est un ordre vertical qui culmine dans un pouvoir transcendantal et sacré » qui, évidemment, est en concordance avec la conception d'un monde organisé selon le modèle de la religion monothéiste et du patriarcat.

Mais le désenchantement du monde a fait son œuvre et pour représenter la conception du monde telle qu'elle est implicitement véhiculée aujourd'hui, c'est à une lithographie de Escher, intitulée *Relativité* (1953), que les deux auteurs font référence.



Ici, comme ils l'écrivent, « Le chaos semble s'être substitué à l'ordre : des portes et des fenêtres s'ouvrent au sol et au plafond, des escaliers partent dans tous les sens, des gens montent et descendent de façon incohérente. Une fois dissipé le premier malaise que suscite cette gravure, il apparaît qu'elle enchevêtre trois mondes, chacun parfaitement logique dans sa perspective propre mais absurdes dans leur assemblage... (...) Le résultat d'ensemble ne manquera pas d'apparaître illogique, tant qu'on l'interprète à partir d'un seul monde : le monde « absolu » d'une représentation monologique et

pyramidale. En revanche, dès lors qu'on adopte une perspective pluraliste et relativiste, chaque monde retrouve sa logique. Reste cependant la question de leur 'compossibilité' ».

La place d'exception hier occupée par le souverain – en fin du compte par Dieu – ne peut donc aujourd'hui qu'être en crise puisque les impératifs démocratiques de pluralité et de relativité qui s'imposent désormais, délégitiment spontanément la perspective hiérarchique traditionnelle et, dans le même mouvement, la spécificité de la place du sommet qui y était appendue.

S'ensuit d'ailleurs que quiconque est aujourd'hui en position de chef, de leader, de directeur, d'enseignant dans sa classe, de coordinateur, de père dans la famille... ne peut plus – tant explicitement qu'implicitement – faire appel à la légitimité d'occuper cette place différente des autres pour simplement faire prévaloir son point de vue, encore moins pour l'imposer. Il ne peut, en tout cas, plus compter sur le fait que cette « place d'exception », comme je l'ai souvent appelée,³ aille de soi pour son interlocuteur. Celle-ci ne fait plus spontanément référence commune.

Dès lors, non seulement ce changement de modèle a fait s'évaporer la prévalence spontanément légitime qu'avaient dans le monde d'hier les mots de chef, de directeur, de père, de roi... de tout ce qui occupait ce que nous appelons « la place d'exception », mais, de plus, l'évolution qui s'en est suivie a implicitement discrédité tout qui viendrait rappeler la pertinence de cette place, fût-ce parce qu'elle rappelle ce dont nous sommes libérés.

Ce que les auteurs appellent la question de « compossibilité » des différents mondes devient alors la question cruciale ainsi que nous allons le voir très concrètement. Car tout se passe comme si celui qui occupait effectivement « la place d'exception » devait désormais à chaque fois se re-justifier, se relégitimer de lui-même, sans plus pouvoir faire appel à la reconnaissance spontanée

que cette place est toujours bel et bien légitime et qu'il est normal de pouvoir s'y référer.

De plus, il faut prendre la mesure de ce que ce passage d'une organisation sociétale à une autre finira en toute logique par entraîner une remise en cause de la légitimité du social lui-même puisque ce dernier étant toujours davantage que la somme de ses membres, il devrait logiquement vouloir rester prévalent sur l'individu, donc occuper lui-même la place d'exception.

L'histoire de nos sociétés a ainsi amené un renversement radical que le philosophe et mathématicien Olivier Rey a croqué en une jolie formule : « *Autrefois, le 'je' était le singulier du 'nous'. Aujourd'hui, le 'nous' est le pluriel du 'je'.* »⁴

Autrement dit, avec cette évolution, le social n'est plus cause de la place d'un chacun, il n'en est plus que l'effet. D'où, d'ailleurs, la formulation aujourd'hui répandue de la nécessité d'un « vivre ensemble », comme s'il ne s'agissait plus aujourd'hui que de faire vivre collectivement des individus constitués comme tels et, dès le départ, autonomes.

Il nous faut pourtant prendre la mesure de ce que ce mouvement général de notre société a entraîné un ébranlement profond de **l'autorité, de l'altérité et de l'antériorité.**

La première – l'autorité – est désormais récusee (ce qui est différent de contestée) car elle atteste d'une asymétrie que l'exigence d'égalité n'accepte plus.

La deuxième – l'altérité – est confondue avec la différence. Cette dernière n'étant jamais établie qu'à partir de moi, alors que l'altérité prend toujours son point de départ dans l'autre.

Quant à la troisième – l'antériorité –, elle est balayée comme toutes les références à la tradition et à l'histoire au profit de la seule actualité immédiate, – ce qu'on appelle présentisme –, mais sans pour autant parvenir à faire disparaître la temporalité.

Ajoutons encore, comme nous l'avons déjà laissé entendre, qu'un élément supplémentaire de taille est à prendre en compte, à savoir que, si entre les deux

modèles (le pyramidal et l'horizontal) la lutte a longtemps été rude, – et cela depuis environ cinq siècles – puisqu'alimentée par le développement de la science, ce n'est que très récemment que la mutation a vraiment opéré au point de laisser penser que l'on pourrait dorénavant ne vivre effectivement que dans l'horizontalité, l'autonomie et l'égalité.

De ce fait, c'est la fin de l'hybridité, de la coexistence simultanée et d'emblée conflictuelle des deux modèles dont il faut aujourd'hui prendre acte.

C'est alors, dans le cadre d'un tel accomplissement enfin réalisé, que nous devons constater l'importance prise par le droit en tant que c'est désormais sur lui que l'on s'appuie pour reconnaître la légitimité de reconnaître la prévalence de l'individu.

Effectivement, dans la société organisée par la religion, selon le modèle vertical et pyramidal d'hier, il n'y avait aucun sens à parler de sujet, ni même d'individu au sens du citoyen ou de l'individu du droit. Chacun n'y était, sauf exception, qu'à la place qui lui avait été donnée à sa naissance. Et l'enfant était contraint de se soumettre à cette distribution des places donnée d'avance, donc aussi bien à ce que sa condition d'homme ou de femme, d'aristocrate ou de prolétaire lui prescrivait. La révolte était bien sûr toujours possible ainsi que la reconnaissance d'un être aux dons ou qualités exceptionnelles qui justifiait que lui soit fait une place sur mesure, mais le point de départ était bel et bien toujours simplement la place que l'on avait reçue simplement à partir de son appartenance au social qui, d'emblée, prévalait sur le singulier.

[...] Avec cette évolution, le social n'est plus cause de la place d'un chacun, il n'en est plus que l'effet.

Pourtant, c'est aussi bien là que le bât blesse pour notre nouvelle architecture sociétale : car comment, en ce cas, distinguer appel aux droits de l'homme et appel aux droits de l'individu. Autrement dit, comment allons-nous être autre chose qu'un ensemble d'épars désassortis, qu'un ensemble d'individus certes à reconnaître, mais sans pour autant qu'ils parviennent à faire société.

C'est d'ailleurs exactement le diagnostic que fait le philosophe Marcel Gauchet lorsqu'il écrit que « nous devons essayer de comprendre la formule de cette « société des individus » pour de bon advenue, dont la propriété la plus troublante est une incapacité à se penser comme une société ». Et il poursuit : « Alain Touraine traduit cette difficulté avec vigueur en parlant de la « fin des sociétés ». Mais ce n'est pas parce que la société est incapable de se penser comme une société qu'elle n'en est pas une. Le juste constat se renverse en erreur d'analyse. Nous sommes dans une société qui ne se voit pas comme une société mais qui en est néanmoins une. Il faut retrouver les moyens de définir la société comme telle pour être en mesure d'en infléchir les orientations. Elle continue bel et bien d'exister »⁵.

Ce que nous avons vu se produire avec « la sortie de la religion », c'est précisément ce renversement « d'hégémonie culturelle » : désormais prévalence du singulier et du privé là où hier, il y avait prévalence du collectif.

C'est bien là que surgit la nouveauté quant à la légitimité qu'est venue donner le droit à la singularité au détriment de la prévalence du collectif. Jean-Louis Renchon, ancien professeur de droit de la famille à l'Université de Louvain rappelait le renversement auquel il avait eu affaire : au début de sa carrière, il était censé enseigner, suivant en cela l'un de ses maîtres bien connu, le juriste internationalement connu, Jean Dabin, que « le droit était d'abord au service du collectif, alors qu'à la fin de son enseignement, il avait à professer que le droit était prioritairement au service du privé ».

Ajoutons que ce changement n'ayant été vraiment acté que depuis une quarantaine d'années, nous en sommes aujourd'hui à la troisième génération. La première s'est autorisée à se libérer des chaînes de « la loi du père » qui assurait la prévalence du collectif, la seconde a pu, de ce fait,

l'ignorer, mais pour la troisième, ladite « loi du père » ne veut à peu près plus rien dire et n'a, dès lors, quasiment plus aucun sens !

Ceci n'est important à rappeler que parce que cela a entièrement subverti ce qui faisait la spécificité de l'éducation. Celle-ci consistait depuis la nuit des temps à transmettre ce qui s'avérait nécessaire à l'humanisation du nouvel arrivant. Ce qui suppose toujours que soit mis une limite à la jouissance, que chaque enfant accepte d'intégrer que, du fait d'être parlant, il doive renoncer à sa pleine satisfaction.

Dans le monde d'hier c'était via la « loi du père » que se transmettait cette contrainte liée à notre condition d'humains. C'était cette loi qui servait de levier pour faire accepter à chaque enfant qu'il devait accepter l'autorité, fut-ce celle de la parole, qu'il lui fallait se référer à l'autre avant qu'à soi-même, qu'il était contraint à un renoncement, fut-il simplement celui de l'immédiat.

Avec ce que nous venons de décrire, c'est ce levier dont nous ne disposons plus alors que le travail reste toujours à faire. Le tout est alors de savoir comment nous allons dorénavant pouvoir en assurer la transmission.

Telle est la raison pour laquelle il n'est pas injustifié de parler de « crise (elle aussi inédite) de l'humanisation ».

Car, l'enfant qui arrive dans notre « nouveau monde » est d'emblée reconnu potentiellement comme une individualité à part entière. L'effet heureux est bien sûr qu'il soit reconnu comme singularité potentielle, et donc valorisé comme tel. « L'enfant est une personne », nous a seriné à juste titre Françoise Dolto ! Mais il y a un envers, c'est qu'il sera privé des balises, des repères qui lui disent à quoi il est « obligé » pour trouver sa voie et il ne sera plus contraint de la même façon à intégrer la nécessité de s'investir psychologiquement, de « subjectiver ».

Dans ce « nouveau monde », autrement dit, la liberté et la singularité d'un chacun seront à ce point reconnues d'emblée, et en plus légitimées par le droit, que cela mettra l'enfant en position de croire qu'il peut « choisir » d'entrer dans la

danse, là où auparavant il y était d'emblée contraint. D'où, sans doute, l'augmentation de ceux qui disent ne pas avoir demandé de vivre rétorquant ainsi par une fin de non-recevoir à ceux qui voudraient leur imposer des contraintes. Si hier, l'enfant refusait, son refus impliquait son investissement psychique – et donc sa responsabilité – alors que, dans le modèle de l'autonomie acquise, il lui est d'emblée reconnu le droit à la liberté de choix... donc y compris celle de ne pas s'engager subjectivement.

En fait, il n'est absolument pas certain que ceci aide l'enfant ou le jeune d'aujourd'hui à se confronter à la difficulté, d'autant plus que tout cela se passe à un âge précoce qui, forcément, inscrira des traces qui resteront actives. De plus, ce qui ne lui sera pas indiqué, c'est comment faire alors pour soutenir sa singularité, frayer sa voie, se confronter aux autres..., tout ceci demandant cet investissement auquel il a pu échapper.

Pour le dire en un mot, le modèle d'hier était contraignant et il ne restait à l'enfant que d'avoir à accepter.

Seule pourra lui venir en aide l'expérience qu'il fera, mais comme on le sait, celle-ci peut être violente et traumatique aussi bien que révélatrice et inventive. A cet égard, aucune garantie n'existe. Dans le monde d'hier, la garantie n'était certes pas non plus au rendez-vous, loin s'en faut, mais en revanche la donne de départ ne laissait pas le choix, il fallait « subjectiver », simplement parce qu'il n'y avait pas d'alternative.

Pour le dire en un mot, le modèle d'hier était contraignant et il ne restait à l'enfant que d'avoir à accepter. Celui d'aujourd'hui lui laisse un choix largement ouvert mais à un moment où il n'est pas sûr que cela l'aide à accepter de choisir, c'est-à-dire de consentir à renoncer à ce qu'il ne choisit pas !

De plus, en ne devant plus se confronter à la génération du dessus, tant la capacité de celle-ci de tenir sa place est sous le coup de cette délégitimation de la place d'exception, c'est comme si la possibilité de l'adresse et de l'interpellation avait disparu. La croyance est alors d'autant plus laissée

à l'enfant qu'il peut grandir sans devoir assumer les contraintes, fussent-elles celles de son investissement psychique.

Disons que c'est là que le droit devrait s'interroger. Est-il toujours à la hauteur de son programme lorsqu'il sert surtout à asseoir la légitimité de l'individu sans plus de préoccupation pour la collectivité à laquelle pourtant chacun ne peut que d'emblée appartenir ?

N'aurions-nous pas aujourd'hui à faire à un ensemble d'effets de ce que l'incontournable travail de subjectivation, hier d'emblée au programme, a été laissé, dans le nouveau monde, au libre choix de chaque « un », en plus légitimé par le droit ? Ne serions-nous pas, dès lors, face à une possible tyrannie des uns là où hier sévissait celle de l'Un ?

N'avons-nous pas à faire, dans notre actualité, aux conséquences de ce changement « d'hégémonie culturelle »

accompli en trois générations sur les processus de structuration de la réalité psychique ? Et l'état actuel de nos difficultés sociétales de tous ordres, ne serait-il pas le résultat de ce que nous n'avions pas pu ou voulu prendre en compte la difficulté de la transmission en ce moment de mutation ? Ne serions-nous même pas en train de continuer de le dénier ?

Nous entendons déjà les réactions : dire cela, c'est trouver que « C'était mieux avant ». Cela implique donc qu'il faut en revenir au monde d'hier. C'est faire prévaloir le pessimisme et ne pas vouloir donner ses chances à l'évolution dans son versant positif. C'est la preuve d'une incompréhension du monde tel qu'il va... Nous soutenons au contraire l'inverse !

Nous craignons, en effet, qu'il s'agisse d'une vraie question que nous devrions être à même de nous poser et que nous refusons de prendre en compte. Car, il ne s'agit pas de penser pouvoir, ni vouloir en revenir au modèle d'hier, – par exemple,

en l'occurrence, il ne s'agit pas de dénier la pertinence de l'égalité parentale –, mais de prendre la mesure des nouvelles difficultés que la mutation sociétale entraîne pour les sujets, et tout particulièrement pour ceux d'entre eux qui y sont le plus perméables.

Car bien évidemment, il y aura des différences considérables entre ceux et celles qui auront continué à profiter des mécanismes de structuration hétéronome via leurs structures familiales encore consistantes, et ceux et celles dont les parents auront été livrés à la nouvelle donne ou à ce point précarisés qu'ils n'ont pas eu la possibilité d'objecter à cet « air du temps ». Il va, en effet, de soi qu'ainsi, nous préparons l'émergence de nouvelles inégalités conséquentes. Cette fois non plus à cause des conditions économiques, mais plutôt à cause des conditions psychiques et sociétales.

Car nous aurons ainsi produit des sujets privés des outils psychiques nécessaires pour pouvoir être ces individus autoentrepreneurs d'eux-mêmes qu'ils devraient être aujourd'hui, incapables de faire objection à cette exigence d'autonomie du nouveau monde. Ils ne pourront, en revanche, qu'y adhérer mais en portant avec eux les graves méconnaissances que le modèle implique.

À leur insu, ils auront en effet participé de ce fantasme collectif d'auto-construction dans lequel le droit les aura légitimés mais qui les laissera éminemment démunis quand il s'agira de s'appuyer sur leurs propres ressources, puisque celles-ci n'auront pas été contraintes à se confronter ni à l'altérité, ni à l'autorité, ni à l'antériorité (pour reprendre notre triptyque). La force pulsionnelle restera alors inentamée, comme « enkystée », sans qu'elle ait eu à intégrer le travail psychique que Freud appelait « le sacrifice de la pulsion ».

Il ne s'agit pas ici de généraliser d'emblée cette lecture, mais plutôt de convenir qu'elle semble bien se présenter de plus en plus fréquemment dans la clinique des enfants, aussi bien que dans celle des adultes.

Nous voilà donc bien contraints à poser la question dérangement : et s'il nous fallait reconnaître – plutôt que de continuer de le dénier – que la mutation dans laquelle nous

sommes engagés n'a pas pris la mesure de ce qu'en abandonnant le levier de « la loi du père », elle ne disposait plus de ce qui inscrivait au programme la structuration psychique. Elle s'est plutôt contentée de rester dans l'ivresse de pouvoir se libérer du patriarcat autant que de la religion, bref, de l'hétéronomie d'hier. Elle aurait ainsi miné sans le vouloir mais aussi sans vouloir le savoir, les ressorts de ce qui, pourtant, reste indispensable pour faire un sujet citoyen à la hauteur de sa tâche⁶.

Jean-Pierre LEBRUN
Psychiatre-psychanalyste
Namur, Belgique
lebrunjeanpierre45@gmail.com

1. Le qualificatif d'inédit est à prendre au pied de la lettre. S'il fallait en convaincre le lecteur, nous pourrions simplement lui rappeler qu'il n'y a qu'un demi-siècle qu'existe la possibilité pour les êtres humains de procréer sans en passer par une relation sexuelle. Et ce n'est que depuis une trentaine d'années qu'il y est fait régulièrement recours. Ce pas est strictement inédit dans l'histoire de l'humanité.

2. F. Ost et M. van de Kerckove, *De la pyramide au réseau ? Pour une dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002.

3. J.-P. Lebrun, *Remarque sur la place d'exception in Y a-t-il un directeur dans l'institution ?* Presses de l'EHESP, 2009.

4. O. Rey, *Quand le monde s'est fait nombre*, Stock, 2016, p.62.

5. M. Gauchet, *La gauche au défi de la société des individus*, Fondation Jean Jaurès, 2016.

6. Je ne peux que renvoyer ici au travail de Cynthia Fleury, comme par exemple, dans son ouvrage *Les irremplaçables*, Gallimard, 2015.

Call for articles

juriste

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.

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.

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

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

Informations

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

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

Nicole Van Crombrughe¹ s'entretient avec les Bâtonniers et les Présidents d'organisations membres de l'UIA pour connaître leurs préoccupations et apprendre comment notre association peut les aider, particulièrement en ce qui concerne le respect des principes fondamentaux de notre profession.

Marie-Aimée Peyron, Bâtonnier de Paris, répond à ses questions.

Jl : Vous êtes la troisième femme élue bâtonnier par l'Ordre des avocats du barreau de Paris. Cela va-t-il faire évoluer la place des femmes au barreau de Paris ?

Marie-Aimée Peyron (MAP) : Je suis le 220^e bâtonnier de Paris et la troisième femme élue à la tête de notre Ordre, la première étant Dominique de la Garanderie qui a été élue en 1997, alors que nous comptons 54 % de femmes au sein de notre barreau.

L'une de mes ambitions pour le barreau de Paris : faire en sorte que le fait qu'une femme succède à une femme n'ait plus rien d'anormal. J'ai été la quatrième femme élue présidente de l'UJA de Paris en 1996. Depuis, de nombreuses femmes ont été élues présidentes et se sont même succédé. Je souhaite donc que l'élection d'une femme à la tête d'un barreau aussi important que celui de Paris ne soit plus un évènement. Sachant que j'ai toujours entendu exercer mes fonctions de bâtonnier comme l'ont exercé tous mes prédécesseurs, avec effectivement une sensibilité supérieure en ce qui concerne l'égalité hommes/femmes et, évidemment, tournée à l'international du fait de ma qualité d'associée en charge d'un département contentieux arbitrage au sein d'un cabinet international.

Je souhaite que la place des femmes évolue au sein de notre barreau où il y a aujourd'hui des inégalités criantes, puisque les avocates du barreau de Paris perçoivent en moyenne 51 % de moins que leurs confrères, seulement 32 % sont associées

et 60 % d'entre elles sont collaboratrices. J'ai ainsi souhaité, avec mon vice-bâtonnier Basile Ader, que nous organisions les 1^{res} Assises de l'égalité avec la remise des 1^{ers} Trophées de l'égalité récompensant tous les cabinets qui ont démontré leurs actions en faveur de la parité et de l'égalité tant de statut que de rémunération au sein de leurs équipes. En outre, nous entendons réduire les discriminations et mettre fin aux agissements sexistes. Pour ce faire, nous avons fait voter un nouvel alinéa à l'article 1^{er} du règlement intérieur du barreau de Paris qui consacre le principe d'égalité comme l'un des principes essentiels de la profession d'avocat et, en ma qualité d'autorité de poursuite, j'entends poursuivre tous les faits de harcèlement et les agissements sexistes. C'est ainsi qu'a été rendu le premier arrêté disciplinaire condamnant un avocat pour de tels agissements sur une jeune stagiaire avocate et une auditrice de justice.

Jl : Quels sont les enjeux majeurs auxquels notre profession vous paraît confrontée actuellement ? Comment vous paraît-elle pouvoir y faire face ?

MAP : Actuellement notre profession est confrontée à deux enjeux majeurs : le respect des droits de la défense et du secret professionnel, pas seulement en France mais dans de nombreux pays. C'est pourquoi le barreau de Paris se mobilise tant sur le projet de loi de programmation de la justice qui vient d'être adopté en France, que sur le plan des droits de la défense au niveau européen et international.

Nous souhaitons également que le droit à l'avocat puisse être inscrit dans la Constitution française car le droit à l'avocat et l'accès au droit sont des droits fondamentaux pour les justiciables, de même que le respect de l'indépendance des avocats et le développement des barreaux.

Un autre enjeu majeur pour notre profession a été d'amorcer le virage du numérique. C'est la raison pour laquelle je prône le développement des legaltechs et des plateformes numériques constituées

d'avocats. Nous avons aussi créé le Lab à l'École du barreau (EFB) qui forme les élèves-avocats aux outils numériques et nous allons l'étendre en 2019 à la formation continue pour tous les avocats. Il est essentiel, dans le cadre du numérique, que tout ce qui concerne la consultation juridique et la saisine de juridictions en ligne relève des avocats qui sont seuls dotés de la compétence, de la déontologie, des règles de responsabilité civile et de l'assurance professionnelle, et ce dans l'intérêt des justiciables. Nous poursuivons tous les braconniers du droit qui utilisent des numéros d'appel surtaxés et font croire que des conseils juridiques sont délivrés par des avocats : nous avons ainsi obtenu la condamnation de plusieurs plateformes en ligne.

Il convient également de veiller à ce que chacun ait accès au droit et à la justice et pour cela à ce que tous les justiciables aient accès au numérique. Or aujourd'hui, près de dix millions de français ne sont pas dotés d'un ordinateur.

Jl : Quelle est la position du barreau de Paris à la suite du Brexit ?

MAP : Le barreau de Paris est l'un des premiers barreaux européens et nous sommes particulièrement concernés par le Brexit car actuellement 26 succursales de *Limited Liability Partnership* (LLP) britanniques et 187 avocats britanniques sont inscrits à notre barreau et 616 avocats parisiens exercent au Royaume-Uni. Notre barreau est traditionnellement ouvert et fortement tourné vers l'international, toujours sous réserve de la réciprocité. Nous avons donc veillé à la reconnaissance après le Brexit des droits acquis pour les cabinets anglo-saxons et les avocats britanniques inscrits avant le 30 mars 2019. En revanche, à compter du Brexit, les avocats anglais suivront le même régime que les avocats non européens, c'est-à-dire celui de l'article 100 de la loi de 1971 qui impose de passer un examen pour pouvoir exercer en France.

Notre souci a été également, dans le contexte du Brexit, sous l'impulsion

du président Canivet et du ministère de la Justice, de créer les « chambres commerciales internationales de Paris » (CCIP). Si celle du Tribunal de commerce de Paris existait depuis 1995, elle a été dotée en juillet 2018 d'un second degré de juridiction avec la mise en place de la chambre commerciale internationale auprès de la cour d'appel de Paris, grâce à des protocoles spécifiques qui prévoient une procédure dans laquelle il est possible d'échanger des écritures et des pièces, mais également de plaider, dans une langue étrangère. En premier lieu, il s'agit de l'anglais, puisque les présidents de ces chambres, tout comme les magistrats qui y siègent, maîtrisent parfaitement cette langue. Elles sont déjà opérationnelles et saisies d'une quinzaine de procédures. Elles présentent un atout important : l'exécution automatique de leurs décisions au sein de l'Union européenne, ce que l'Angleterre perd avec le Brexit. Il conviendra pour les décisions des juridictions britanniques, notamment celles de la High Court of justice de Londres, d'obtenir l'exequatur dans chaque pays de l'Union européenne pour qu'elles puissent être exécutées à compter du 30 mars 2019.

Jl : Si l'on vous demandait d'épingler une tradition du barreau qui vous paraîtrait devoir être sauvegardée ou abandonnée, quelle serait votre réponse ?

MAP : Incontestablement, la première tradition qui vient à l'esprit en ce qui concerne le barreau de Paris, c'est la défense des droits de l'homme. Elle est pour nous essentielle et fait partie intégrante de l'identité du barreau de Paris. Nous y veillons au quotidien avec l'ensemble du conseil de l'Ordre et le vice-bâtonnier. À chaque fois qu'un avocat est en danger à travers le monde nous intervenons. Tout comme nous intervenons pour la défense des magistrats, des journalistes et des défenseurs des droits. Nous sommes ainsi très vigilants en ce qui concerne l'indépendance des avocats comme des barreaux et plus généralement nous faisons en sorte que soient respectés les principes essentiels de « défense de la défense » et de l'indépendance des barreaux.

En revanche, une tradition que nous avons fait évoluer, c'est notre rentrée solennelle qui se conclut traditionnellement par le « Bal du Bâtonnier » que nous avons renommé l'année passée « Soirée

solidarité du barreau de Paris ». En rendant payante cette dernière afin de contribuer à une œuvre de solidarité, nous avons pu l'ouvrir non seulement comme le veut notre tradition à tous nos invités étrangers, mais aussi à tous les avocats du barreau de Paris. En 2018, les fonds récoltés ont permis de mettre en place un nouveau bus Paris solidarité. Le principe de ce bus, qui se déplace aux différentes portes de la capitale, est de permettre aux plus démunis et aux plus fragiles d'accéder à des consultations gratuites données par des avocats parisiens.

Jl : Quelle est votre attente par rapport à l'UIA ?

MAP : Le barreau de Paris est l'un des membres fondateurs de l'Union internationale des avocats (UIA). Il s'est toujours très largement investi en son sein, afin de renforcer ses liens avec tous les barreaux et tous les avocats étrangers qui en sont membres. Traditionnellement très ouvert et présent à l'international, le barreau de Paris entend l'être toujours davantage. Il accorde une grande importance au multilinguisme, à l'usage de la langue française, à la place du droit continental et à sa promotion. L'Union internationale des avocats, qui a pour langues officielles l'anglais, le français et l'espagnol, contribue notablement à cet effort. Les langues permettent de partager non seulement une culture mais aussi d'apprécier toute la diversité de la pensée juridique.

Le monde du droit est plus que jamais international, il est donc essentiel que nous partagions, avocats du monde entier, nos expériences, nos préoccupations et nos combats afin de nous soutenir les uns les autres. L'UIA est un partenaire essentiel pour ce faire et c'est notamment pourquoi je souhaite que Paris accueille l'organisation d'un prochain congrès annuel. Le barreau de Paris souhaite donc déposer une candidature très prochainement avec le soutien enthousiaste de tous les avocats français membres de l'UIA et des anciens présidents français encore en activité que sont Jean-Jacques Uettwiller, Jean-Marie Burguburu et Bernard Cahen. L'UIA sait qu'elle peut compter sur l'investissement du barreau de Paris en son sein, tant dans les moments studieux que dans les moments forts de convivialité et d'amitié entre tous les avocats, d'où qu'ils viennent.



Marie-Aimée PEYRON
Bâtonnier de l'Ordre des Avocats au Barreau
de Paris
Paris, France
delegationgenerale@avocatparis.org

I. Entretien réalisé par Nicole VAN CROMBRUGGHE
Rédactrice en Chef – Juriste International
Faber Inter Legal
Bruxelles, Belgique
n.vancrombrughe@faberinter.be



Legal Practice
Pratique du Droit
Ejercicio de la Abogacía



Research on the Legal Issues in the Operation of Clinical Trial Hospitals



**I ZHANGZHI Ge
& YINGHUA Liu**

I. Introduction

In the previous issue of the *Juriste International*¹, we discussed the dual value pursuit of clinical trial institutions, the concept of clinical trial hospitals and illustrated the embryonic form of clinical trial hospitals in practice. Based on the ontological content of the construction of clinical trial hospitals, we explored the legal issues in the construction of clinical trial hospitals and put forward corresponding solutions. In this paper we mainly focus on the actual operation of clinical trial hospitals and whether they can seek corresponding support within the existing regulatory framework.

2. The Supply Mode of Diversified Treatment Paths in Clinical Trial Hospitals

2.1- Critically Ill Patients' Demands and Their Realistic Choice

A patient who has been diagnosed with a serious or life-threatening disease and has exhausted approved treatment options is generally referred to as a critically ill patient. The desire and ability of critically ill patients to participate in disease treatments constitute the demands of critically ill patients. Firstly, the vital signs of critically ill patients are often extremely unstable, and the rapid change and continued development of the disease can be life-threatening, which determines the urgency and initiative of the treatment demands, and non-timely treatment may result in loss

of life. Secondly, the demands of critically ill patients are directly based on the good expectations for the cure or effective control of the disease, thus forming a single purpose. Thirdly, the cognitive ability, risk tolerance ability and economic condition ability of critically ill patients are different, which leads to a difference in the selection of a treatment path. In the end, the survival opportunity of critically ill patients to a great extent depends on the development and application of the most advanced medical products and medical technologies, so their demands are inducible. The fact that patients with a sense of urgency or who are in an extremely dangerous situation take precedence in receiving treatment and are cured successfully can lead to the participation of more other patients.

through using approved medical products, they can participate in clinical trials to get the treatment of investigational medical products. In particular cases, when a critically ill patient is unable to obtain satisfactory treatment through the use of a regular medical product or through participating in clinical trials, or when preliminarily curative effect has been achieved at the end of the clinical trial and a critically ill patient wants to continue to use the investigational medical product, he may apply for the use of investigational medical products outside the clinical trial.

Since the medical product is often used not for the purpose of approval to market in the above situation, most of the applications are proposed by the sponsor or doctor to

Overall, conventional clinical trials and expanded clinical trials are independent and complementary to each other.

Generally, regular patients receive conventional clinical treatments using approved medical products or mature medical technology, so they can choose the regular medical hospitals of various levels, regions and specialties according to their own conditions, and can be cured or effectively control the deterioration of the disease. For critically ill patients, it is more necessary to receive timely and promising treatment. When critically ill patients do not receive effective treatment

the medical competent department, which mainly refers to the drug administration, so it is called "compassionate use."^[1] On May 30, 2018, USA President Donald Trump signed the *Right to Try Act*, which has already been passed by the Senate and the House of Representatives. The Act allows patients who have exhausted FDA (U.S. Food and Drug Administration) approved therapy to try to use investigational medical products as long as these investigational medical products have passed Phase I

clinical trials and have shown no toxicity or life-threatening effects. Since it emphasizes more on the free will of participants, it can be called “trial use.” Trial use is consistent with, and acts as an alternative pathway alongside existing “compassionate use.” The two are unified in “expanded access.”^[2]

Overall, conventional clinical trials and expanded clinical trials are independent and complementary to each other. At present, the paths of critically ill patients to participate in the treatment have been diversified, but they still have major shortages in the realistic choice, which will affect the demand satisfaction. For example: 1) not all countries or regions have access to these paths, and the actual choice for critically ill patients is greatly limited, or can only be achieved through cross-nation applications; 2) even in the same country or region, the above-mentioned paths are generally not implemented in the same medical institution or implemented by different subjects, thus leading to an additional increase in time cost and opportunity cost; and 3) decentralized rather than one-stop centralized path arrangement is not conducive to the connection of each other, and cross-path connection has the possibility of excluding critically ill patients from participating.

2.2- Business Scope and the Design of Treatment Pathway of Clinical Trial Hospitals

Based on the previous definition of a clinical trial hospital, its core business is clinical trial treatment, which is called experimental clinical medical treatment² in China. Clinical trial treatment includes conventional clinical trial treatment and expanded clinical trial treatment. Investigational medical products or technology, which is carried out in clinical trials and not approved to market by drug administration, can be used for critically ill patients under corresponding conditions and procedures, as shown in **Table 2**.

Clinical trial hospitals emphasize the matching of investigational medical products and critically ill patients. In addition to the clinical trial treatment, there will be a number of derived business, such as clinical research (medical studies involving volunteers), medical history research (exploring the development process of human biology and disease), screening research (determining whether someone is eligible for a particular study), training research (providing opportunities for doctors and other health professionals to track specific types of patients), medical

record research (discovering the evolution of specific diseases in specific populations), and international medical cooperation (promoting expert consultation, common treatment, and referral cooperation globally). The core business and derived business complement each other and work together to provide better medical services for critically ill patients.

2.3- Different Procedure Requirements for Clinical Trial Treatment

Conventional clinical trials should be carried out according to the established clinical trial procedures. Most of the clinical trials of phase I, phase II and phase III are using control groups to evaluate the safety and effectiveness of medical products or technologies as the primary basis for their application for FDA approval. Although there is only 50% probability that a critically ill patient is divided into the treatment group rather than control group or placebo group, the existing procedure is still a path to obtain treatment. Phase IV clinical trial belongs to the evaluation study of the post-market application of medical products and investigates the safety and effectiveness of medical products with a larger sample size and in a more real environment. In

Table 2: Comparison of Typical Paths of Clinical Trial Treatment

Treatment Paths Contrastive Terms	Conventional Clinical Trial Treatment	Expanded Clinical Trial Treatment	
		Compassionate Use Treatment	Trial Use Treatment
Purpose	for being approved to market primarily and for treating subordinately	for treating primarily and for being approved to market subordinately	for treating
Possibility of Participation	50%	100%	100%
Requirement for Patient Number	Phase I, 20-30 cases; Phase II, ≥100 cases; Phase III, ≥cases; Phase II, ≥cases.	individual patients, 1 case intermediate-size patients, less than 100 cases large-scale patients, according to the treatment protocol	according to the treatment protocol
Free Degree of Procedure	strictly comply with treatment protocol	partially adjustable	adjustable
Cost Solution	sponsor pay	sponsor pay in a certain period of time, patient pay out of the period	negotiated settlement
Compensation for Damage	yes	generally have, exceptionally no	no
Responsibility of Corporation	strong	middle	weak
Public Supervision	strong supervision before, during and after the process	strong supervision before and during the process	weak supervision after the process

this phase, a control group is not required to increase critically ill patients' possibility of getting the actual treatment. Clinical trials must be carried out through a strict "application-approval" procedure, and after years of development, a relatively complete process has been formed in clinical trials of each phase, and a strict and detailed clinical research standard GCP (Good Clinical Practice) has been developed to ensure the interests of the subjects. On July 17, 2018, the website of CFDA³ (China Food and Drug Administration) issued the *Criteria for the Quality Control of Clinical Trial of Drugs (Revised Exposure Draft)* to further standardize the process requirements of clinical trials.

Compassionate use treatment gives critically ill patients who cannot participate in clinical trials another opportunity to benefit from new medical products. Each type of compassionate use, including individual patients, medium-size patients and large-scale patients, needs to get the approval of the drug administration and IRB (Institutional Review Boards, also named Ethical Review Committee) before they can be carried out. There are no sequential requirements for the two types of approvals, but there are slight differences in time requirements.

When an individual patient is in urgent need of treatment and cannot wait for written application and approval, the sponsor can directly apply to the drug administration by telephone, fax, or other electronic communication methods to obtain the quick authorization of urgent use and submit the application documents later. In the process of compassionate use, the drug administration requires the sponsor to submit a safety report and annual report of the investigational medical product to monitor and evaluate the risk changes during the period of the patient's acceptance of compassionate use. If the medical product is undergoing active clinical trials, the drug administration will consider whether compassionate use will affect the clinical research of the investigational medical product. If the investigational medical product and its treatment program is no longer consistent with relevant requirements and standards, the drug administration would suspend the clinical trial to control the risk process of compassionate use.^[3]

Trial use treatment gives critically ill patients more free choice and the application only needs the approval of the IRB without the approval of the drug administration. Trial use treatment does not require pharmaceutical enterprises and doctors to submit fixed treatment programs to the drug administration. As long as the patient asks for trial use treatment, pharmaceutical enterprises and doctors could assist them to decide whether to try to use the investigational medical products. The sponsor, hospital and doctors have no liability for the adverse reactions caused by the use of investigational medical products

country or region. While improving the laws and regulations of clinical trials, China is establishing and perfecting the expanded clinical trial system and its norms. Through path innovation, it not only solves the legal issues of the clinical trial hospital, but also provides more path choices for critically ill patients to participate in treatment. From "supporting expanded clinical trials" in the *Opinions on Deepening the Reform of the Review and Approval System to Encourage the Innovation of Drugs and Medical Devices* enacted by the General Office of the State Council on October 8, 2017, to the release of *Management Measures for Expanded*

Compassionate use treatment gives critically ill patients who cannot participate in clinical trials another opportunity to benefit from new medical products.

or for giving no access to the use of investigational medical products. Compared with compassionate use, trial use treatment does not require the sponsor to submit a safety report and an annual report to the drug administration, but only to submit an annual summary of the investigational medical product, including the number of supplies, the number of patients treated, drug usage and any known serious adverse events. The drug administration shall not use the clinical outcome associated with the use of the investigational medical product to delay or adversely affect the review or approval of such investigational medical products.^[4]

3. Legal Risk and Prevention in the Operation of Clinical Trial Hospitals

3.1- Whether the Multiple Treatment Paths of Clinical Trial Hospitals are Legal

A clinical trial hospital does not purposely pursue the new establishment. It is more of an "organization-management-service" reconstruction on the basis of the existing clinical trial institution. Its own law problem is concentrated on the legality of the treatment pathway. The treatment path in **Table 2** is only an ideal paradigm of supply of pathways for critically ill patients, and there is still a long way to go for a specific

Compassionate Use of Investigational Drugs (Exposure Draft) enacted by the Center for Drug Evaluation of CFDA on December 15, 2017, and then to the convening of the seminar on the *Management Regulations for Expanded Clinical Trials of Medical Devices (Trial Implementation)* held by the Center for Medical Device Evaluation of CFDA on January 23, 2018, China is actively introducing the system of compassionate use in the existing legal framework of clinical trials.

But, compared to American avant-garde system innovations, China needs to keep pace, evaluate carefully and avoid radicalness. On the other hand, China needs to improve national conditions, move steadily and show confidence. China has made corresponding improvements and adjustments in terms of present compassionate use systems. For example, the applicant for compassionate use is not the patient, but the drug registration applicant. The application should be submitted to the Center for Drug Evaluation of CFDA instead of CFDA directly. With regard to the construction of compassionate use systems, the United States has adopted the "top-down" legislative model and it is an inevitable choice for the current law to be matched with detailed regulations or policies. However, the current trend and the best choice in China is the "bottom-up" legislative model, which means policies first and then considering the legalization

of policy. For example, the current policy could be included in the *Drug Administration Law*, the *Regulations on the Implementation of Drug Administration Law*, or the *Provisions for Drug Registration*. Finally, the *Right to Try Act* is controversial and will go into force soon. Its implementation effect needs to be tracked and evaluated. Whether it should be further introduced in the China law system still needs overall consideration.

3.2- Whether Clinical Trial Hospitals Can Be Exempted from Liability in Clinical Trial Treatment

The process of conventional clinical trial treatment and compassionate use treatment is supervised by the drug supervision department. Clinical trial hospitals and doctors need to undertake corresponding responsibilities, including strict risk control measures, adequate patient protection measures, timely reporting of adverse reactions and injury assistance. In order to share the possible legal and economic risks associated with the adverse reaction of patients during the clinical trial, the clinical trial hospital may require the sponsor to buy clinical trial insurance for patients and strengthen the sponsor's guarantee liability, except for a medical accident caused by a clinical trial hospital and its doctors, which is also a requirement of GCP.⁴

In this respect, Shanghai is at the forefront of China, not only encouraging relevant institutions and enterprises to independently purchase clinical trial liability insurance and product liability insurance, but also providing financial subsidies to the insurance premiums.⁵ Due to the increasing number of clinical trials in recent years and the huge risk of clinical trials, CDFA is planning to require sponsors to buy clinical trial liability insurance for patients before clinical trials are carried out. Meanwhile, in view of the important role of researchers in the process of clinical trials and the particularity of medical work, some insurance related to clinical trial treatment, such as medical liability insurance, patient accidental injury insurance, medical product quality insurance and key personnel liability insurance, are also being actively developed.

In trial use treatment, in order to ensure the initiative of the enterprises, hospitals and doctors to participate, they can be

exempted from legal responsibility in providing patients with unapproved investigational medical products for treatment, unless the relevant behavior constitutes reckless or willful misconduct, gross negligence, or an intentional tort. Whether or not to use investigational medical products for treatment is decided by objective conditions, and no liability shall lie against an enterprise, hospital or its doctors for determining not to provide access to investigational medical products. In trial use treatment, the enterprise is the biggest winner because of the exemption of its legal responsibility, nor does it get the drug administration's negative judgment on clinical trials because of any adverse events caused by the use of investigational medical product during the trial use treatment. In addition, there are no restrictions on fees charged to the enterprise, giving it greater freedom.¹⁵

to *Try Act* before the product is approved by the FDA. On June 21, 2018, Brainstorm Cell Therapeutic, a drug research and development (R&D) enterprise for another deadly rare disease called ALS (Amyotrophic Lateral Sclerosis) announced that it would provide patients with unapproved ALS cell therapy NurOwn, but would charge more than \$300,000 from patients. Both choices are justifiable because they meet the legal requirements, but they have actually gone to extremes, thus causing many patients to lose the opportunity to participate in treatment. From the perspective of an enterprise, the number of investigational medical products made for the clinical trial is usually very small, while in order to meet the demands of patients who seek compassionate use treatment or trial use treatment, more medical products have to be made, which means more time and money, bringing an extra burden on the normal operation of

The core business and derived business complement each other and work together to provide better medical services for critically ill patients.

3.3- Whether the Price of New Medical Products Will Be Too High to Exclude Critically Ill Patients from Participating in Treatment

The cost of conventional clinical trial treatments is borne by the sponsor. The critically ill patients can not only test the medicine for free, but also get compensation from the sponsor for personal injury. In compassionate use treatment, the international giant enterprises usually give medicine for free; the start-ups are generally giving medicine for free in a period of time, and beyond that time, they charge. However, in the trial use treatment where drug testing is carried out directly between the enterprise and the patient, the enterprises can determine the charge according to the production and supply of the investigational drug, so it is easy to deviate from its original intention.

On June 20, 2018, American enterprise Sarepta announced the amazing early effect of the DMD (Duchenne Muscular Dystrophy) gene therapy, but also announced that it would not provide the drug to patients in association with the recently passed *Right*

an enterprise. In addition, in the face of inadequate supply of investigational medical products, some enterprises have set up a lottery system to decide who is eligible to access certain products, thus further damaging the fairness of participation in treatment.

A recent Chinese movie called "Dying to Survive" reveals the problem that many patients cannot afford expensive imported drugs and are forced to use cheap generic drugs. One important reason for this is that the drug is not included in medical insurance. Therefore, in order to lower the expensive price of the imported anti-cancer drugs that are already approved abroad, negotiations should be conducted between countries on drugs with obvious effects, along with reducing drug tariffs and value added tax, reducing the price of patented medicines and incorporating the medicine into medical insurance. All these measures can provide better protection for patients' treatment.

In 2015, the General Office of the State Council issued the *Guiding Opinions on Improving the Centralized Drug Purchase in*

Public Hospitals and established a negotiation mechanism of drug prices for some patent drugs and exclusive drugs. Subsequently, the former National Health and Family Planning Commission launched the first national drug price negotiation, the result of which was announced in May 2016 with three drugs successfully incorporated into medical insurance, achieving a sharp decline in drug price. During the negotiation in 2017, 36 drugs, including 15 effective but expensive drugs for cancer treatments, were successfully incorporated into medical insurance with an average price drop of 44%.

On May 31, 2018, the National Healthcare Security Administration was formally established, whose duty is to formulate policies, plans and standards for medical insurance, maternity insurance, medical assistance and other medical security systems. In 2018, the National Healthcare Security Administration deployed a new round of negotiation on medical insurance for anti-cancer drugs, which will be incorporated into the insurance catalogue after consultation with enterprises to determine reasonable price to effectively balance the clinical needs of patients, the reasonable profit of the enterprise and the ability of the funder to bear.

4. Conclusion

This paper discussed the problems related to the operation of clinical trial hospitals.

Under the premise of clear legal regulation in experimental clinical medical treatment, the innovation of treatment paths through trial policies can effectively expand the independent choices for critically ill patients. But, even if a unified platform and multiple paths do not guarantee the efficiency of operation, clinical trial hospitals face great challenges in coordinating opportunities, loosening supervision, simplifying procedures, risk control, treatment experience, and ethical review. In addition, major regions and major hospitals have strived to promote further development by establishing the National Research Center for Clinical Medicine in China. The construction of clinical trial hospitals may face similar competition. Following the trend of system innovation, overall planning the rational allocation of limited resources on the whole is a key to gain competitive advantage.

ZHANGZHI Ge

School of Public Affairs, University of Science and Technology of China
Hefei, China

YINGHUA Liu

Corresponding Author
Hefei, China
yhlux@ustc.edu.cn

1. See *Juriste International* issue nb 2018-4, p. 68-78.
2. See the 26th Section and 2nd Paragraph of *Practicing Physicians Law the People's Republic of China*. The experimental clinical medical treatment

is that a licensing physician should be approved by the hospital and should ask for the consent of the patient or the consent of the patient's family.

3. In March 2018, according to the new reform plan of the State Council, the State Drug Administration was established and undertook the function of the former China Food and Drug Administration, which was no longer retained.

4. See Section 43 of *Quality Management Standard for Drug Clinical Trial*. The sponsor should provide insurance for the subjects who participated in the clinical trial and bear the cost of treatment and the corresponding economic compensation for the subjects whose damage or death are associated with the clinical trial.

5. See the *Implementation Opinions on Promoting the Healthy Development of Biological Medicine Industry in Shanghai* enacted by the Shanghai municipal government, the *Notice on Carrying out the Pilot Work on Liability Insurance for Bio Medical Human Clinical Trials and Liability Insurance for Biomedical Products* enacted by the Science and Technology Committee of Shanghai, and the *Notice on Promoting the Pilot Work on Liability Insurance for Bio Medical Human Clinical Trials and Liability Insurance for Biomedical Products* jointly enacted by the Science and Technology Committee of Shanghai and the Insurance Bureau of Shanghai.

References

- [1] FDA. Expanded Access (Compassionate Use) [EB/OL]. (2016-12-15) [2018-07-10]. http://www.fda.gov/news_events/public_health_focus/expanded_access_compassionate_use/default.htm.
- [2] Jennifer E. Miller, Joseph. S. Ross, Kenneth I. Moch, Arthur. L. Caplan. Characterizing expanded access and compassionate use programs for experimental drugs [J]. *BMC Research Notes*, 2017, 10 (1): 350.
- [3] Hoerger, M. Right-to-try laws and individual patient compassionate use of experimental oncology medications: a call for improved provider-patient communication [J]. *Death Studies*, 2016, 40 (2), 113-120.
- [4] Shapiro, R. S. Reconciling states' right to try legislation and FDA's expanded access program [J]. *Therapeutic innovation & regulatory science*. 2017, 51 (2): 153-156.
- [5] Meyerson, D. Medical negligence determinations, the right to try, and expanded access to innovative treatments [J]. *Journal of Bioethical Inquiry*. 2017, 14 (September (3)), 385-400.





The First Gene-Edited Babies in the World: Will China Review its Regulatory Framework for Gene-Editing Technology?



■ SONG Lingqiao
& Yann JOLY

Since the emergence of a tool called CRISPR-Cas9, gene-editing technology has entered into a new era. Compared with older tools, such as ZFNs and TALENs, CRISPR-Cas9 offers researchers a faster and more accurate option for modifying targeted genes. CRISPR-Cas9 is used in a wide variety of contexts ranging from fundamental research to clinical applications, with the aim of preventing or curing serious genetic diseases and improving agricultural species. However, Chinese scientist Huang Junyou ignited ethical and legal debate when he became the first scientist to use human embryonic cells in his gene editing research. This is because “germline” modifications would be transmissible to subsequent generations who would then receive modified genes from their ancestors.

Worldwide, most countries are taking a cautious attitude toward clinical applications of human embryonic gene editing. In the U.S., public funds cannot be assigned to heritable human gene editing. In Canada, the Assisted Human Reproduction Act (AHRA) takes a conservative stance by prohibiting a broad variety of activities, including the creation of embryos or chimeras for research and in vitro and in vivo germline modifications.¹ UK regulations ban germline editing for reproductive purposes, although laboratory research on human embryos and “mitochondrial replacement therapies” are permissible.

A British group called the Nuffield Council has suggested that germline gene editing could be permissible following comprehensive and thorough research into the social, biological,

and economic impacts.² This position is in line with the current international consensus that germline genome editing should not be introduced in the clinical setting before all stakeholders’ views are considered, gene editing is demonstrated to be safe and responsible institutions and monitoring systems are established. In 2015, the organizers of the first International Summit on Human Genome Editing, which was cosponsored by the Chinese Academy of Science, agreed that scientific research on human embryonic gene editing should be encouraged, whereas clinical applications should be withheld until there is “broad societal consensus.”³

and legal implications of his study. He also revealed that, besides the first pair of twins named “Lulu” and “Nana,” a third genetically modified baby would soon be born to a different couple.

Following He’s announcement, China’s National Health Committee and the local health committee of Guangdong province ordered an immediate and complete investigation into his research. After two months of investigation, a special task force from Guangdong released a preliminary report stating that He had violated Chinese regulations in pursuit of “personal fame and fortune.” This report also affirms that the

The Chinese scientific community and government both condemned He’s actions, but it is still unknown whether He will be subject to any other criminal or administrative sanctions.

The second International Summit took place in Hong Kong in 2018. However, Chinese scientist He Jiankui stole much of the thunder from his fellow presenters when news broke that he had performed an experiment leading to the birth of the world’s first gene-edited babies. In contrast to Huang Junyou’s experiment, which used embryos genetically incapable of developing and attempted to correct a genetic disorder, He Jiankui took healthy human embryos and tried to make them resistant to potential HIV infection. In a prideful tone, he labelled his research as the most significant scientific breakthrough in human history, displaying a shockingly myopic outlook on the ethical

safety of gene-editing technology remains uncertain and specifies the ethical review approval letter provided by Dr. He was a forgery. Regarding sanctions, it states that: “Corresponding punishment will be imposed on He. Relevant personnel and the specific sanction, which may involve criminal penalty or administrative sanction, are left to be determined by the responsible agencies.”⁴ He has also been fired by the Southern University of Science and Technology effective on January 22, 2019, where he worked as an associate professor.

This incident put China under a great deal of scrutiny regarding its bioethical policies



and regulations on human germline gene editing. In China, three authorities share responsibility over human embryonic gene-editing technology: the National Health Commission (NHC), the Drug Inspection Administration, and the Ministry of Science and Technology. Administrative documents and ethical guidance instruments issued by these agencies comprise the basic regulatory framework on gene editing, but these policies do not have force of law in China. Furthermore, institutional reforms by the State Council have produced an overlapping and unclear distribution of powers between these agencies. This can make China's regulatory framework difficult to understand.

The National Health Commission has adopted an administrative regulatory document titled *Technical Norms on Assisted Reproduction*, which lays out standards for health professionals and prohibits any type of gene modification of gametes, zygotes, and embryos for reproductive purposes. However, it includes no clear sanctions for noncompliant behaviour. Another document, called *Ethical Guiding Principles for Research on Human Embryonic Stem Cells*, has established the fundamental rules for research activity involving human embryonic stem cells. According to Article 6 of this document, human embryonic stem cells can only be obtained from a limited set of sources and human blastulas should not be grown in the lab for more than 14 days. It also prohibits transplanting these blastulas into the genital system of a human. It is clear that He's research violated both of these state instruments.

The Chinese government's actions after the incident seem intended to convey the

message that China, like other countries, opposes the clinical application of human embryonic gene editing at this point in time. The Chinese scientific community and government both condemned He's actions, but it is still unknown whether He will be subject to any other criminal or administrative sanctions. In addition, China has recently invested significant amount of money into gene technology with the aim of enhancing its global competitiveness. This escalated pace of scientific development may create further conflicts with international ethical norms. As such, the He incident may present a unique opportunity for China to reform its legal and ethical frameworks for gene technology.

Many problems caused by He's conduct remain unsolved, including how to care for gene-edited human beings like Lulu and Nana, how to treat the third genetically modified baby who is conceived by another research subject. How should we ensure affected humans' future health safety? Who has the legal right to decide another individual's genes? Individual patients or scientists cannot solve these problems unilaterally. Scientists should refrain from performing clinical gene editing at this early stage of the technology and surrounding ethical reflections. It is a complex decision that requires wide consideration of the impacted individuals, their descendants, and the whole humanity.

As suggested by the concluding statement of the second International Summit on Human Genome Editing, the path forward ought to be a cooperative effort in which all stakeholders take on their share of responsibility. Researchers should continue uncovering the scientific basis, clinical necessity, and clinical reliability of gene editing. Ethicists are essential for investigating and making recommendations on the issues raised by this technology and, for presenting reasonable policy options to policy-makers. The public should be involved in this process through information campaigns, engagement channels and public forums. Gene editing could eventually become revolutionary for clinical practice, and learning about fundamental principles such as informed consent, autonomy, risk/benefit assessment, and respect for subjects can empower the public with the knowledge to protect themselves from unethical uses

of this technology. Governments also bear significant responsibilities for enacting appropriate regulatory systems, including clear enforceable sanctions, to protect individuals while promoting scientific development. As UNESCO indicates in a recent statement, the establishment of policy measures for heritable gene editing, involving the values of human rights and human dignity, is not a topic that can be easily decided by one country; it requires us to expand our reflection and discussions globally.⁵

SONG Lingqiao
Academic Associate
Center of Genomics and Policy - McGill
University
Montreal, Quebec, Canada
song.lingqiao@mcgill.ca

Yann JOLY
Research Director, Associate Professor
Center of Genomics and Policy - McGill
University
Montreal, Quebec, Canada,
yann.joly@mcgill.ca

Acknowledgment: The authors would like to acknowledge Isabel Garriga for her editing work. The authors also want to thank Derek So for his insightful comments.

1. R. Isasi, E. Kleiderman, et al. (2017), Human gene editing: revisiting Canadian Policy, *NPJ Regen Med.* 2017; 2:3. doi: 10.1038/s41536-017-0007-2
2. Nuffield Council on Bioethics, (2018) Genome editing and human reproduction.
3. International Summit Statement on Human Gene Editing On Human Gene Editing (2015), available at <http://www8.nationalacademies.org/onpinews/newsitem.aspx?RecordID=12032015a>, last access on January, 29, 2019.
4. China News, 2019, Two Ministries released the investigation result of 'gene-edited babies' (两部委回应“基因编辑婴儿事件”调查结果), available at <http://www.chinanews.com/sh/2019/01-21/8735475.shtml>, last access on January 31, 2019.
5. UNESCO (2018), Cautions against reckless application of gene editing, available at <https://en.unesco.org/news/unesco-cautions-against-reckless-application-gene-editing>, last access on February 12, 2019.



La responsabilidad derivada del accidente de trabajo en el ordenamiento jurídico español

I Juan Manuel ROZAS BRAVO

Cet article mène une réflexion sur la dispersion normative qui existe actuellement en matière de responsabilité civile, pénale et administrative découlant des accidents du travail, et qui entraîne à la fois des allers-retours inutiles entre juridictions et une insécurité juridique manifeste pour tous les partenaires sociaux une fois que l'accident survient par manque de mesures de sécurité ou par négligence, ou comme la conséquence d'un crime ou d'une infraction. Ces réflexions sont présentées de manière absolument indépendante faisant abstraction de la responsabilité objective couverte par les prestations et la sécurité sociale, au regard de l'existence ou non pour l'entreprise des sanctions distinctes, intégrant le traitement des infractions pénales et la suspension ou la multiplication des demandes de dommages et intérêts, formulant également conclusions pouvant servir de base à la réglementation de la matière par le biais d'un Statut de l'accident de travail.

I. Introducción y delimitación legal del accidente laboral

El accidente de trabajo en España, con absoluta abstracción del hecho jurídico, que no humano, es, sin duda, uno de los ejemplos de dispersión de efectos y superposición de responsabilidades legales más excepcionales de la literatura jurídica y jurisprudencial y, en mi modesta opinión, la carencia de regulación unitaria, convierte tal figura en un germen de inseguridad y en un negocio jurídico del daño y de la responsabilidad del empleador, que incluso se desarrolla al margen de la propia voluntad del trabajador.

A tenor del actual artículo art. 156.1 Ley General de la Seguridad Social Española de 2015, y prácticamente desde la Ley de 1900 (Ley de Accidentes de 30 de Enero) es accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, si bien

en la actualidad este campo, al menos en lo atinente a su concepción, puede abarcar a otras figuras no asalariadas, sobre todo por la tendencia de nuestra legislación a homologar el status de personal laboral y funcionario de las Administraciones Públicas.

No va a versar, ni mucho menos, este artículo sobre la naturaleza, distinción, alcance, presunción o características del siniestro laboral, ni sobre el variado juego de inter concurrencias o intercomunicaciones entre la protección pública y privada, o sus prestaciones sociales o convencionales, sino sobre un aspecto poco desarrollado, pero fundamental en los tiempos en que vivimos, y que se hace preciso consolidar con una regulación unitaria, como es el alcance de la responsabilidad de la empresa y terceros respecto del resultado lesivo o daños para el trabajador.

ya que no siempre, aun existiendo sanción de la Inspección de Trabajo, y no dando ésta traslado a la autoridad judicial del posible tanto de culpa, el instructor archiva la causa por el delito específico, y ello, aunque la propia Ley de Infracciones prevé que sea la Inspección de Trabajo la que manifieste la posible ilicitud penal de los hechos.

Tan solo, por tanto, en aquellos casos en los que la Inspección de trabajo haya entendido que la infracción **es muy grave**, podríamos encontrarlos ante la posibilidad de que se haya cometido un delito que tenga encuadre en el tipo que se imputa en los artículos 316 y 317 del **Código Penal de 1995**, bien por dolo directo, bien por imprudencia grave, pues sería paradójico que infracciones que en el ámbito administrativo se consideran leves, y que llevan aparejadas en ocasiones

Lo fundamental es reseñar que no estamos ante un derecho de repetición ni de subrogación.

II. Los campos de actuación, sujetos, órganos y otros recaudadores del siniestro

En el **ámbito penal** y dejando al margen las faltas de lesiones o los delitos de lesiones por imprudencia, y los accidentes de circulación *in itinere* hablamos de la posible comisión de un delito contra la Seguridad en el Trabajo que se recoge en el art. 316 y 317 del Código Penal de 1995 y que castiga a aquellos que con infracción de normas de prevención de riesgos laborales pongan en peligro grave la vida de terceros trabajadores y en el caso de administradores o encargados del servicio la responsabilidad penal concurre si hubieran sido responsables o concedores pudiendo remediar el daño.

Este es el primer escalón y obstáculo con el que los operadores jurídicos nos encontramos

meras amonestaciones o multas de escasa entidad, puedan confirmar al mismo tiempo los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal que se está imputando.

En **segundo lugar**, y al margen de las resoluciones que recaen en materia de invalidez o incapacidad, permanente o transitoria, y de las sanciones en materia de prevención de riesgos de la citada LISOS, aparece el llamado **recargo de prestaciones**, de amplio espectro, por la abstención o propagación de esta multa adicional, dependiendo de la actuación de la Inspección y de terceros perjudicados, incluida la administración de la Seguridad Social, a través de su gestora, el Instituto Nacional de la Seguridad Social que puede, de oficio o a instancia de parte, decretar el recargo de prestaciones hasta en un 50% sobre el cálculo de la base reguladora a su vez tomado por el INSS para la correspondiente pensión.

En **tercer lugar**, aparecen, de forma colateral, y con más fuerza cada día, las acciones de reintegro por gastos sanitarios y médicos ajenos a la acción pública e independiente de la voluntad del trabajador, como es el derecho de repetición de las Mutuas y/o empresarios, ex artículo 168 de la LGSS. que además inspiró, por cierto, o tuvo un efecto dominó en las Resoluciones de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda para delimitar y exigir la responsabilidad solidaria del contratista y subcontratista ante la existencia de deudas tributarias.

Se trata de una facultad *ex-lege* y que se incardina en el nombrado artículo 168.3 de la Ley General de la Seguridad Social que tuvo su antecedente inmediato en el mal llamado derecho de repetición o regreso reconocido en el art. 79.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/74, de 30 de mayo, y que también se consagraba en el artículo 53 de la derogada Ley de Accidentes de Trabajo y su reglamento, e igualmente en el lejano art. 97.3 de la Ley articulada de la Seguridad Social de 12 de Abril de 1966.

Lo fundamental es reseñar que no estamos ante un derecho de repetición ni de subrogación. Pues éstos solo se dan en los casos donde expresamente la Ley lo establece, y en el ámbito del seguro privado. Tampoco podemos encuadrar este derecho de reembolso o de reintegro puesto que la Ley General de la Seguridad Social excluye el aseguramiento del accidente de trabajo del que pudiera ser cubierto, con esta naturaleza, por las compañías mercantiles privadas.

Sentado lo anterior, y dejando para otros ámbitos el estudio de esta especial acción, altamente desconocida, y sobre la que tuve la oportunidad de escribir en su día, es claro que estamos ante el ejercicio de una acción de repetición, en virtud de la cual, la entidad demandante reclama directamente de la entidad aseguradora del tercero responsable o a este mismo, el coste de la asistencia sanitaria prestada por aquélla a la víctima de un accidente de circulación. No se trata propiamente de una acción de subrogación, cual la establecida en el art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro, en virtud de la cual la entidad actora ejercería las acciones que

por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización, sino que estamos ante una facultad de repetición sin subrogación propiamente dicha; la entidad Mutual no ocupa la posición jurídica de la persona a la que ha prestado la asistencia sanitaria, sino que ejercita un derecho propio, que le viene reconocido legalmente, para resarcirse de unos gastos efectuados en cumplimiento de una obligación también legalmente impuesta. En la hipótesis de la acción de subrogación o reembolso ex art. 43 LCS, ésta se enmarca en el ámbito de la acción de exigencia de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, regulada en el art. 1.902 del Código Civil, en cuyo ejercicio se subroga la aseguradora en la posición del perjudicado-asegurado, frente al causante del siniestro, en reclamación del importe del daño causado e indemnizado. Sin embargo, en el caso de la acción de repetición ex art. 168.3 LGSS la facultad de reclamar no nace de un hecho generador de responsabilidad criminal o civil, sino de la ley, abstracción hecha de la efectiva declaración de dicha responsabilidad, siquiera ésta constituya un presupuesto para la prosperabilidad de la acción.

Por último, y es quizá la actual estrella de la materia, aparece, obviamente, la **responsabilidad civil complementaria o adicional**, derivada del accidente de trabajo, que merece ser objeto de tratamiento autónomo, en cuanto surge cada vez con más fuerza en el panorama judicial español, como si se hubiera *despertado* de un largo letargo, y tras el peregrinar por diversas jurisdicciones e interpretaciones, siempre con el freno de la doble indemnización, y con la barrera adicional de la falta de especialización para las reclamaciones que invariablemente y hasta el dictado de las sentencias de la Sala Primera .

III. La actual dispersión sustantiva de la responsabilidad. La necesidad de unificación de responsabilidades ante la concurrencia de indemnizaciones. El principio de reparación íntegra, el enriquecimiento sin causa, y la aplicación de la teoría de la homogeneidad y complementariedad

A estas alturas parece meridianamente claro para la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que cuando se ejercite la acción

de responsabilidad civil adicional, se deben descontar las prestaciones de la Seguridad Social, concebidas como un seguro de responsabilidad civil del empresario, aunque no el recargo. Todo ello partiendo de la base de que, además, nos encontramos con unos mismos hechos y unos mismos daños.

Esta tendencia ha venido a ser revisada, no obstante, y perfilada a partir de la Sentencia por todos conocida de la **Sala de lo Social de Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección I^a) de 17 julio de 2007**, RJ 2007\8300 en la que se da perfil al sistema de resarcimiento “en colisión” con prestaciones indemnizatorias de la seguridad social.

En el mismo sentido, y citando la anterior, y la del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7039) aparece la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, (Sala de lo Social, Sección I^a) **Sentencia núm. 82/2011 de 25 febrero. AS 2011\1460** que trata además de la ponderación de la indemnización con base en la intervención del trabajador, como circunstancia moderadora de la indemnización, si bien en el campo de la responsabilidad civil, que no del recargo, y cita la sentencia de esa misma Sala extremeña de 18 de febrero de 2009 (AS 2009, 1463) como criterios de corrección de las indemnizaciones cuando el trabajador ha contribuido de alguna manera a la producción o con-causación del accidente.

Basta a estos efectos, de concurrencia de culpas o de culpa exclusiva, citar la básica y consolidada doctrina del Tribunal Supremo, sentada, antes de dejar todas las competencias a la jurisdicción social, en su Sentencia **de la Sala de lo Civil, núm. 1308/2002 de 31 diciembre. RJ 2002\10759**, que proclama la improcedencia de la responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima, ya que no hay o no tiene por qué haber culpa civil, aunque haya responsabilidad laboral de la empresa demandada.

Finalmente, y en esta materia, y en el específico apartado de la cuantificación de la indemnización civil adicional, es donde se hace más necesaria una unificación de criterios al efecto de evitar el enriquecimiento injusto de la aplicación analógica del baremo aprobado por la Dirección General de

Seguro en relación con las prestaciones voluntarias y obligatorias que el trabajador percibe por la acción protectora de la Seguridad Social.

Así, y siguiendo la jurisprudencia unificada, ya citada, del Tribunal Supremo, esta compensación debe de realizarse sobre conceptos homogéneos, que en el caso de los resarcidos por la Seguridad Social, prestaciones que se abonan para paliar la disminución de ganancia temporal o permanente, deben compensarse con las indemnizaciones de lucro cesante, siendo esta teoría la aplicada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 3 de Octubre de 2007 (RJ 2008/607) y la de 14 de Julio de 2009 (La Ley 59/2010).

Tendríamos, por tanto, que restar complementando, a título de ejemplo, y siendo estrictos para evitar el enriquecimiento injusto, como ha dispuesto el Tribunal Supremo, ante determinadas secuelas o daños derivados de Accidente de Trabajo por la falta de toda previsión legal específica en la materia, sin que pueda ser de aplicación el baremo de lesiones permanentes no invalidantes de la Seguridad Social, y la factible aplicación analógica de otra normativa -ex art. 4.1 CC, han determinado que la doctrina unificada admita la aplicación orientativa del Anexo introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995 en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, el famosísimo y maltratado por los legisladores patrios, el Decreto 632/1968, de 21 de Marzo, cuyos módulos son actualizados por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y que pueden servir de ayuda para determinar la indemnización por daños y perjuicios derivados.

Y por ello debemos descontar del montante de la suma de la responsabilidad civil adicional determinadas partidas, atendiendo al criterio de complementariedad determina que, a efectos de fijar la indemnización adicional, deban descontarse del importe del daño total las prestaciones de la Seguridad Social, en la medida en que éstas cubren la responsabilidad objetiva del empresario por el mismo hecho y han sido financiadas por éste dentro de un sistema de cobertura pública en el marco de la Seguridad Social; descuento del que, sin embargo, se excluye el recargo de prestaciones en la medida en que el mismo cumple, según la doctrina de la Sala,

una función preventiva autónoma (Sentencia del Pleno 2 de octubre de 2000, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2000, 9673).

En cuanto al descuento del capital coste de la pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social, (que se capitalizan y depositan por 10 años) hay que recordar que se trata de prestaciones que se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia y, por ello, **es lógico practicar la correspondiente deducción.**

Se descontará, por ello, la indemnización reconocida por lucro cesante (Tabla IV, factor de corrección por perjuicios económicos) y, parcialmente el factor de corrección de lesiones permanentes que constituyen una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima, pues este último factor compensa no sólo la pérdida de capacidad laboral en sentido estricto, sino también la

En cuanto al descuento del capital coste de la pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social, [...] hay que recordar que se trata de prestaciones que se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia [...].

pérdida de otras actividades, satisfacciones y oportunidades del disfrute de la vida. El capital coste de la pensión de la Seguridad Social no puede compensar en su totalidad lo reconocido por ese factor corrector de las lesiones permanentes, por lo que, de momento, y con todas las bendiciones y en palabras del propio Tribunal Supremo, queda al prudente arbitrio del juzgador de la instancia determinar qué parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la incapacidad permanente se imputa a la incapacidad laboral y qué parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima, a la imposibilidad o dificultad para realizar los actos más esenciales de la vida.

Y finalmente, el capital del seguro de accidentes colectivo, siempre alzado, que existe de adoptarse en la negociación colectiva, y que también debe, obligatoriamente, ser descontado de las indemnizaciones del baremo que resarzan la incapacidad permanente, al ser mejora con la misma razón que la incapacidad laboral definitiva de la acción protectora de la Seguridad Social.

IV. Conclusiones, de lege ferenda

Primera. La actual dispersión normativa de la Responsabilidad Penal y Civil que deriva del accidente laboral o accidente de trabajo en España, implica un sobreesfuerzo para todos los interlocutores jurídicos, puesto que actualmente, y con independencia de la tendencia a criminalizar el accidente de trabajo, un solo siniestro laboral sea por culpa civil o dolo penal, da lugar a la iniciación de al menos dos expedientes administrativos de carácter sancionador (la posible sanción administrativa por una falta leve a muy grave de la LISOS y el recargo de prestaciones del art. 164 de la Ley General de la Seguridad Social) y la más que posible apertura de una causa penal bien por delito del 316 o 317 del Código Penal de 1995 con sus inaceptables consecuencias en muchos casos al tratarse de un delito o norma penal en blanco, o por falta simple

de imprudencia, así como la imputación por responsabilidad civil de los patronos o encargados actuantes en el siniestro, que configuran la llamada responsabilidad civil complementaria o adicional.

Segunda. Este *maremágnum* de imputaciones, junto a los recargos, y sanciones, supone, en la práctica, la merma de seguridad jurídica, fundamentalmente para el empresario infractor, pues existen determinados actos o hechos que se superponen y que prejuzgan la responsabilidad, como por ejemplo, el que la Inspección de Trabajo pueda o no sancionar y dar un tanto de culpa penal, o el que exista un recargo de prestaciones que tiene una vida independiente a la vía declarativa civil y a su vez puede quedar condicionada por una causa penal que opera con prejudicialidad, y que puede ser instada incluso por la Mutua de Accidentes de Trabajo, o el propio trabajador, lo que en muchas ocasiones supone una dilación inexplicable en el tiempo, unida a la falta de conocimiento en la materia de los jueces de instrucción, dicho sea con los debidos respetos.

Arbitraje internacional Perspectivas actuales

I Urquiola DE PALACIO



Tercera. La de por sí complicada responsabilidad civil derivada del accidente de trabajo, colisiona a su vez con las prestaciones que de tipo voluntario o por protección del sistema público de Seguridad Social hacen acreedor al trabajador para el resarcimiento del daño y para ello no es suficiente la interpretación o integración jurisprudencial de la teoría de la complementariedad y homogeneidad y de la aplicación supletoria de las tablas del baremo de lesiones aprobado por la Ley 30/1995 en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y que señala las cuantías para valorar daños y perjuicios en materia de tráfico. Y que al final vienen a quedar en la más amplia discrecionalidad del Juzgador, sin ser tan fiable el resarcimiento como el que resulta de la aplicación del baremo de tráfico.

Cuarta. Por ello, y una vez más, y desde esta prestigiosa publicación, debo de abogar y votar por la creación de una Ley formal que regule de una vez por todas el **Estatuto del Accidente de Trabajo, y que unifique y a su vez distinga las responsabilidades de los causantes del mismo**, que determine y aúne las competencias de la Inspección de Trabajo y de los Tribunales de Justicia, y sobre todo que permita la pervivencia simultánea de las acciones públicas y privadas a fin de no perjudicar dilatoriamente a los interlocutores sociales, seguramente limitando la prejudicialidad penal o declarándola de forma inmediata, y sobre todo dando lugar a un baremo único para la indemnización de lesiones permanentes y daños y perjuicios sufridos por los accidentados, unificando en esta materia los diferentes parámetros indemnizatorios tanto de la protección pública como convencional, y el del resarcimiento íntegro del daño sin enriquecimiento injusto para el accidentado.

Juan Manuel ROZAS BRAVO
Despacho Rozas
Cáceres, España
despacho@despachorozas.com
jrozabr@icac.es

Los pasados días 25 y 26 de enero de 2019 se celebró en Bilbao la 3ª edición del Seminario sobre cuestiones actuales del arbitraje internacional, organizado por UIA con el Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia, ICAB, el apoyo del Consejo General de la Abogacía y el especial patrocinio de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, CIMA.

Es la voluntad de este artículo narrar lo que dio de sí este seminario y los eventos culturales y sociales organizados en torno a él. Intencionadamente no me extenderé en presentar los méritos de los distintos ponentes (sólo mencionaré las funciones de aquellos que ocupan cargos en la UIA, dado que la revista en la que está llamado a publicarse este artículo es de esta asociación). A quien esté familiarizado con el mundo del arbitraje le constará el extraordinario nivel de los ponentes con sólo leer sus nombres. Quien no esté familiarizado con este mundo y tenga curiosidad, podrá acudir al programa del seminario -que queda en la web de la UIA - o incluso puede “googlelear” sus nombres y encontrará sus reseñas biográficas, que de ser incluidas en este artículo - aun resumidas - hubieran desbordado las acotaciones de espacio.

Arrancamos el jueves día 24 de enero con un cóctel de bienvenida en la sede del ICAB, con lo que se dio oportunidad a los asistentes de tomar un primer contacto con los demás participantes y se facilitó el que se familiarizaran con el entorno físico del lugar en el que se iba a desarrollar el Seminario, puesto que a partir del día siguiente la propia sede del ICAB dio acogida a las sesiones de trabajo.

El día 25 arrancó con la ceremonia de apertura presidida por Carlos Fuentesnebro Zabala, Decano de dicho Colegio local, que nos dio la bienvenida y mostró su decidido apoyo a este seminario que se ha convertido ya en una cita recurrente en el panorama jurídico de Bilbao. Nuestro Presidente, Issouf Baadhio, aprovecho la ocasión para agradecer la cálida acogida de la que siempre nos hacen objeto y el

apoyo recibido del Colegio - tanto para la organización de este seminario durante tres años consecutivos como, en esta ocasión, para la organización además de una reunión institucional de la UIA -.

Tras la apertura del seminario, se dio paso a la ponencia principal pronunciada en esta ocasión por Antonio Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos, titulada “*Limites actuales de la autonomía de la voluntad en el arbitraje*”.

Juan Serrada, presidente de CIMA, introdujo al conferenciante con una colorida nota biográfica que auguraba el extraordinario nivel del interviniente.

La ponencia no defraudó: brillante, erudita y en puntos provocadora, despertó el interés de los asistentes y mereció referencias continuas a lo largo de las sesiones de trabajo y en los turnos de preguntas que se convirtieron en un animado debate sobre las tesis formuladas por el introductor del seminario.

Arrancó explicando que como práctico del arbitraje en múltiples funciones, sentía que en ese foro era en el único en el que podía hacer una cierta crítica del sistema como la que iba a hacer, en el sentido de que todos la entenderían en su contexto, siendo el foro de abogados, dedicados al “*ejercicio denodado de la defensa de la defensa*”. En ese sentido denunciaba la tendencia a una excesiva “*autonomización*” del arbitraje, que se estaría convirtiendo en “*una suerte de burbuja jurídica desde el convenio arbitral hasta la ejecución del laudo*”. A su entender, se está produciendo una inadecuada creencia en la inmunidad del arbitraje frente a principios, reglas y actuaciones ajenas al campo de juego originario del arbitraje. Tras mencionar lo que a su entender son los problemas reales a los que nos enfrentamos en el mundo del arbitraje, se centró en el principio de la autonomía de la voluntad para apoyar su reflexión.

Recordó que la fuerza vinculante del arbitraje basado en la autonomía de la

voluntad procede de la ley. Explicó que el principio de autonomía de la voluntad en el arbitraje opera no una sino dos remisiones: por un lado la remisión de la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral – difiriendo al árbitro o árbitros el encargo de resolver la controversia, presente o futura – (lo que opera como instancia habilitante y como límite); y otra remisión previa, que es una remisión de la ley a la voluntad de las partes en el convenio y, por arrastre de éstas, a la función arbitral. Respecto de esta, cada ordenamiento jurídico puede limitarla o condicionarla en menor o mayor medida considerando el conjunto de normas imperativas que considera básicas para los principios del orden social. El ponente defendió que este cuerpo normativo evoluciona y tiene que considerarse en el momento concreto, en la sociedad concreta y respecto del ordenamiento positivo – nacional o internacional – que sea el aplicable.

Así, defendió en adelante el orden público como límite a la autonomía de la voluntad: un límite que siempre tendrá un grado de indeterminación previa por ser un concepto esencialmente dinámico. En un momento dado se refirió a que cuando lo que se produce en un arbitraje no es una interpretación alternativa o discutible de las normas imperativas, sino un apartamiento total del derecho (imperativo) aplicable, como si el laudo (de derecho o de equidad, aunque no quizás en la misma medida) estuviera al margen de ese derecho aplicable, entonces ese apartamiento total del derecho aplicable puede ser en sí mismo una violación del orden público. A continuación, se refirió a dos manifestaciones concretas o sub-supuestos del orden público que encierran límites a la autonomía de la voluntad: la salvaguarda de los derechos humanos, incluido el derecho a un proceso justo (con un laudo motivado) y la salvaguarda del derecho de la Unión Europea.

Concluyó tras ello que el arbitraje tiene que ser consciente de la interdependencia y complejidad crecientes del derecho, y de que no puede escapar unas exigencias de calidad que son en sí mismas exigencias “de orden público”; entendiendo que, sin su observancia, “*los Estados o las instancias internacionales competentes no prestarán su aval a las decisiones arbitrales para*

reconocerlas y ejecutarlas poniendo a su servicio las instituciones que les son propias”.

Tras la pausa café, la primera mesa redonda se dedicó a “*Nuevos desarrollos en la práctica de la prueba*”. Su moderador, nuestro Presidente de Honor Steven Hammond, dio la palabra en primer lugar a José Rosell, que presentó a la audiencia brevemente las Reglas de Praga, recorriendo su contenido esencial; no sin antes explicar las dificultades habidas en su “nacimiento” derivadas de recelos ante su promulgación, por haber temido algunos que pretendieran sustituir las reglas de la IBA. Explicó que en realidad estas Reglas pretenden presentarse como una alternativa a aquellas, erigiéndose en fiel de la balanza entre el sistema anglosajón y el sistema de derecho continental. José Rosell terminó su intervención llamando la atención de la audiencia sobre que sería preferible que exista una autorización expresa de las partes en el procedimiento arbitral para aplicar algunas de las Reglas, para que no derive de su aplicación un riesgo de anulación del Laudo.

A continuación, Pedro Learreta se centró en las previsiones contenidas en estas Reglas que llevan a diseñar un papel más activo del Tribunal Arbitral y a describir funciones ampliadas de éste para ordenar la presentación de documentos y para limitar pruebas, denunció ver “luces rojas” en algunas de las previsiones; y se lamentó de la paradoja que resulta del hecho de que quien se acerca al arbitraje piensa en principio en un “procedimiento libre” y se encuentra con una regulación muy detallada. Apelo por ello a aplicar el buen sentido de las partes en lugar de Reglas tan detalladas; y recordó la importancia de una buena gestión del arbitraje durante su tramitación (en este sentido dijo que no sólo importa terminar con un buen laudo).

Para cerrar esta mesa, Francisco Prol arrancó su ponencia mostrándose “moderadamente favorable” a las Reglas de Praga. Tras ello, hizo un acercamiento descriptivo a los sistemas de *common law* y de derecho continental, diciendo que mientras que el primero es “adversarial” en el que el Tribunal recibe la información que facilitan las partes, el segundo es “inquisitorial” y el tribunal tiende a ser proactivo, siendo esto a su entender una manifestación de su “frustración por no ser jueces”. Partiendo de esta descripción

llegó a la conclusión de que las Reglas IBA y las de Praga son bastante similares, y que lo ideal sería que confluyan ambas. A partir de ahí, el ponente trató el principio de *iure novit curia* – que permite la resolución de la cuestión sometida con razonamientos jurídicos distintos de los invocados por las partes – y destacó que es esencial que la relación íntima entre el derecho aplicado y la razón de pedir; para a continuación referirse al tratamiento que se hace en esta materia en la Reglas de Praga, en las que se prevé que el árbitro tendrá que anunciar de antemano a las partes las normas que va a aplicar para resolver las cuestiones, de modo a que estas puedan discutirlo. Terminó su intervención mostrando sus reticencias a que quien haya intervenido como árbitro, si se convirtiera en mediador en relación al mismo asunto en un momento dado, retome la función de árbitro en caso de no alcanzarse un acuerdo por las partes y que se retome el procedimiento arbitral, y ello por la distinta naturaleza de los roles que juegan árbitro y mediador, y por poder quedar contaminado el procedimiento; pero recordó que tanto las Reglas de Praga como la ley de Mediación en España, contemplan la posibilidad.

El moderador aprovechó los últimos minutos para referirse a la importancia de la prueba de los contrainterrogatorios o *cross-examination*, y para dar la oportunidad al público de hacer preguntas y comentarios, escuchándose unas interesantes intervenciones de Duarte Henriques y Santiago Martínez-Lage.

La segunda mesa redonda giró en torno al tema del “*Procedimiento abreviado*”. El moderador, Francisco Ruiz-Risueño, Secretario General de la patrocinadora especial del Seminario, CIMA, organizó la mesa partiendo de preguntas a los ponentes, resultando un formato muy dinámico. Al hilo de las preguntas, Laurence Kiffer, Presidenta de la comisión de arbitraje de la UIA, se refirió a las claves del procedimiento abreviado en la configuración dada por la CCI. Por su parte, José Miguel Alcolea se centró en que la celeridad depende tanto de las reglas como de la voluntad real de las partes; y resaltó que la celeridad incide también en los costes que es una preocupación para las partes incluso mayor que el tiempo. Por su parte, Patricia Sáez resaltó que este tipo de procedimientos es una respuesta a una petición del mercado

y que a pesar de la celeridad tiene que preservarse la calidad del arbitraje y no violar la autonomía de la voluntad de las partes, ni incidir en el debido proceso.

Tras la animada mañana, un almuerzo cóctel servido en la propia sede del Colegio, dio pie a que en distintos corrillos se siguiera con el debate suscitado por las sesiones de la mañana, y fue ocasión para el reencuentro de amigos.

La primera mesa de la tarde, moderada por Urquiola de Palacio, Presidente de la comisión porvenir del abogado de la UIA, la dedicamos al “*debate sobre arbitrabilidad en materias de derecho administrativo, tributario, laboral y derecho de familia*”. Contamos con un especialista en cada materia: Antonio Hierro para hablar de arbitraje en materia de derecho administrativo, Florentino Carreño para hablarnos de arbitraje en derecho tributario, Mary-Daphné Fishelson para hablar de arbitraje en materia laboral y Luis Zarraluqui para tratar el arbitraje en derecho de familia.

Antonio Hierro hizo una interesante introducción al tema del arbitraje en materia de derecho administrativo, y se remitió para profundizar en el tema al informe que lleva por título “*Hacia el reconocimiento del arbitraje en derecho público*” elaborado en el seno de una Comisión del CEA presidida por él e integrada por José Fernando Merino, Juan Carlos Calvo, Jesús Remón y Juan Serrada. Arrancó su intervención recordando las reticencias de las administraciones públicas a aceptar la introducción de técnicas de resolución alternativa de los conflictos en general en relación a conflictos surgidos en relación a actos administrativos, y la evolución hacia la desaparición de la interdicción del arbitraje en la esfera del derecho público; pugnando por que se pueda acudir al arbitraje cuando el objeto controvertido es estrictamente patrimonial o de contenido negocial. El ponente hizo una clasificación de los actos de la administración para analizar cuales sería posible que se sometieran a arbitraje, recordando en este punto que se admiten sin problema los convenios arbitrales en cuestiones sobre actividad comercial internacional y de inversiones del Estado y sus agencias públicas, así como los que se refieren a controversias derivadas de cuestiones en las que intervienen entes

públicos que no forman parte de las administraciones públicas, o – refiriéndose al caso de España – en cuestiones en las que la arbitrabilidad se ha establecido por un Decreto del Consejo de Ministros. Así se centró en analizar el campo que se abre para el arbitraje en las cuestiones en las que las administraciones públicas no ejercen potestades públicas, si no actividades relacionadas con los particulares (poniendo como ejemplos controversias sobre efectos, cumplimiento o extinción de contratos que se celebren entre administraciones públicas y particulares; actos de gestión y ejecución urbanística; convenios expropiatorios; o cuantificación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas).

Florentino Carreño, Presidente de la comisión de derecho de la Unión Europea de la UIA, nos habló del sometimiento a arbitraje de cuestiones de derecho tributario, y se centró en la posibilidad de someter a arbitraje conflictos fiscales derivados de situaciones de doble imposición. En relación a esto recordó que los Convenios de Doble Imposición contienen cláusulas de “procedimiento amistoso” y algunos con cláusula de arbitraje dentro del procedimiento amistoso o una cláusula “escalonada” – como es el caso en la Unión Europea del “*Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas*” (90/436/CEE), del que recordó además de su limitado ámbito de aplicación, el hecho de que en la práctica no se ha aplicado, puesto que los Estados llegan a un acuerdo dentro de los dos años previstos para la fase de solución amistosa –. Dentro de este contexto, resaltó la reticencia mostrada por los Estados a someter a arbitraje en este ámbito. A pesar de dicha reticencia, se refirió a la tendencia de crecimiento a futuro del arbitraje en la materia; basando esto en el hecho de que la OCDE en el Plan BEPS se refiera al impulso del arbitraje en materia fiscal como un pilar fundamental y a que la *Directiva (UE) 2017/1852 del Consejo relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea* –que entrará en vigor el próximo 1 de julio de 2019– amplía el ámbito de aplicación de este mecanismo. No ocultó el hecho de que se trata de un mecanismo de arbitraje *sui generis*, en el sentido de que es un arbitraje entre estados y que la resolución del Tribunal Arbitral será por

elección entre las soluciones propuestas por las partes. Complementando la exposición en la materia, desde el público se recordó que en Portugal existe en el plano doméstico el arbitraje en materia fiscal.

Mary-Daphné Fishelson, nos ilustró sobre la creación en Francia de un tribunal de arbitraje para la resolución de conflictos en materia laboral (“*Centre National d’Arbitrage du Travail*” creado en 2015), pero explicó que de momento no está teniendo gran actividad. Nos habló de las disposiciones previstas para el arbitraje en materia de conflictos colectivos, y resaltó que parte de la doctrina en Francia se cuestiona si se trata de un auténtico arbitraje – por ser ciertas materias resolubles sólo por vía de arbitraje de derecho (no pudiendo ser resueltas en equidad) y no ser los efectos del Laudo equivalentes a los dictados en arbitrajes de otras materias –. Concluyó al respecto que, a pesar de las críticas de distintos autores, el arbitraje se está favoreciendo en esta materia y resaltó en el ámbito supranacional el contenido de la *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores* de 1989 que contempla como vías para facilitar la resolución de conflictos colectivos, la conciliación, la medicación y el arbitraje. Cerró su intervención la ponente refiriéndose a la evolución de tratamiento de la cláusula compromisoria en los contratos individuales, y como históricamente se consideraban nulas y poco a poco se ha llegado a reconocer su validez – comenzándose por las contempladas en contratos de profesionales –. Resaltó también la introducción de este tipo de cláusulas de forma cada vez más habitual en los contratos internacionales, y que el régimen de las cláusulas compromisorias ha sido unificado en Francia en lo que se refiere a contratos internos e internacionales.

Para cerrar la mesa, Luis Zarraluqui nos habló del arbitraje en derecho de familia. Su alocución se enderezó a resaltar lo positivo que sería introducir este medio alternativo de resolución de conflictos en esta materia; haciendo hincapié en las características que tiene el arbitraje que harían que la resolución de los conflictos familiares fuera más ágil y satisfactoria para las partes.

Tras esta mesa, la segunda pausa café del día nos hizo recobrar fuerzas para la última mesa del día, dedicada a “*Third*

Party Funding”. Esta mesa, moderada por la Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, María Eugenia Gay, nos dio la oportunidad de ver la cuestión de los terceros financiadores desde ópticas muy distintas. Jesús Remón planteo distintos interrogantes que se plantean en el procedimiento arbitral ante la participación de un tercero financiador: ¿Hasta qué escalón hay que llegar con el deber de revelación frente al árbitro?; ¿Hay que situar a los terceros financiadores en la posición de la parte?; ¿La participación de terceros financiadores encarece la reclamación?; ¿Quién paga manda?; Respecto a qué pasa con la información privilegiada entregada al financiador, ¿pierde la protección de privilegio?; En cuanto al *security for cost*, ¿Será más automática la concesión cuando la parte de que se pretenda que se establezca, haya pedido financiación? (en este sentido, ¿la aparición de un tercero financiador en la escena puede producir un sesgo cognitivo en los árbitros?).

Por su parte, Duarte Gorjao nos ilustró sobre la tramitación necesaria para conseguir un tercero financiador para un asunto. Basado en su experiencia, nos contó cuales son las preguntas que hace un tercero financiador antes de ni tan siquiera empezar a analizar un asunto (importe de la reclamación, dónde se ejecutará la resolución, quienes son las partes, qué procedimiento se va a seguir y cuáles son los hechos). En caso de que estos datos preliminares resulten de interés, a continuación, se firma un Acuerdo de Confidencialidad, para dar acceso al tercero a los hechos completos y documentación. En esta fase, además, se procede a la suscripción de una hoja de plazos y condiciones *-term sheet-*, cuyo contenido suele consistir en fijar el valor estimado de la reclamación; los costes estimados; los hitos de pagos; la prelación para el cobro; la representación, garantías y jurisdicción; la forma en que se monitorizará el procedimiento por el tercero financiador (el control del procedimiento al menos formalmente lo mantiene la parte, pero preguntan por el equipo jurídico y por el tribunal, a veces piden elegir los árbitros y discuten las estrategias de defensa); las formas de terminación del contrato; y un periodo de exclusividad para el estudio del caso. Explicaba el ponente que las empresas que financian procedimientos no suelen estudiar los casos con una viabilidad inferior al 60%.

El tercero de los ponentes, Ignacio Delgado, nos contó la forma de trabajar de la empresa en la que él trabaja que está dedicada precisamente a la financiación de procedimientos, y desmintió la generalización de la práctica en algunos de los aspectos que había puesto sobre la mesa el anterior ponente en base a su experiencia, por ejemplo, en lo relativo a la cuantía mínima de los asuntos que se estudian.

El tema suscitó interés entre los asistentes y la moderadora tuvo que acotar los turnos de intervenciones porque las sesiones de la tarde estaban terminando con bastante retraso. Tras la finalización de esta mesa redonda, el grueso de los asistentes nos desplazamos dando un paseo hasta el Museo de Bellas Artes de Bilbao, en el que tuvimos la oportunidad de visitar una magnífica exposición temporal de fondos propios del Museo titulada “ABC. El alfabeto del Museo de Bilbao”, organizada con ocasión del 110 aniversario del Museo.

Dicho en palabras del propio Museo, “*La exposición parte de una idea original con la que el museo busca acompañar la renovación de sus instalaciones con una forma nueva de mostrar la colección a los visitantes, ofreciendo así la posibilidad de una mirada también renovada. Con este fin, los habituales criterios expositivos de ordenación de las obras – cronológico, o según escuelas y autores – han sido sustituidos por un alfabeto extendido, que incluye 27 letras más el dígrafo ll del abecedario español y los dígrafos vascos ts, tx y tz.*” “*Con cada una de esas 31 letras, Kirmen Uribe [Comisario de la Exposición] ha buscado una palabra referente en euskera, español inglés o francés, que sirve de inspiración literaria y de argumento curatorial para la selección de las obras de arte de la colección del museo que se muestran en cada una de las salas del edificio antiguo.*” La visita a la exposición resulta un plan muy recomendable para cualquiera que visite Bilbao antes del 2 de junio de 2019.

Tras la visita al Museo, se celebró la cena opcional en la Sociedad Bilbaína, en la que los asistentes al seminario pudieron compartir mesa y mantel no sólo con los ponentes del seminario, sino también con los miembros del Comité de Dirección de la UIA que mantenían en los mismos días una de sus reuniones institucionales en Bilbao. Arrancamos con un cóctel que

permitió a todos los asistentes dialogar en distintos corrillos y a continuación se sirvió una cena sentada, al inicio de la cual el Presidente Issouf Baadhio dirigió unas breves palabras a todos. Dado que al día siguiente los trabajos del comité de dirección empezaban temprano y seguían las sesiones del seminario, la cena terminó antes de medianoche.

Al día siguiente, retomamos el trabajo con una mesa dedicada al “*Arbitraje en arte y patrimonio cultural*”. Moderada por David Fernández de Retana, arrancó con la intervención de Rafael Mateu, quien nos dio una visión práctica de las especificidades que presentan los conflictos por razón de la materia en arte y patrimonio cultural. Hizo una clasificación de los conflictos en privados civiles y mercantiles (conflictos relacionados con los derechos de autor; compra-venta, préstamo y cesión de uso; origen; autenticidad y atribución; transmisiones gratuitas; importaciones y exportaciones; y valoraciones), conflictos penales (sobre los que se detuvo poco) y conflictos administrativos (en los que refiriéndose al panorama español habló del derecho de adquisición preferente del Estado; las adquisiciones voluntarias del Estado y las Comunidades Autónomas; la dación en pago; las indemnizaciones por inexportabilidad; los conflictos internacionales; la cláusula de orden público y Ley de Patrimonio Histórico Español y la responsabilidad patrimonial del Estado). Para dar idea de la magnitud y complejidad de los problemas que pueden suscitarse en este ámbito, hizo referencia a todos los operadores del sector (artistas vivos; legados; propietarios/coleccionistas; galerías y anticuarios; asociaciones; ferias de arte; museos e instituciones; financiadores y garantes; agentes, transportistas, aseguradoras; etc.). Pasó a analizar a continuación lo que llamó “*la anatomía de los conflictos en materia de arte y patrimonio cultural*” (asuntos complejos, con pluralidad de intereses, muchas veces internacionales y con presencia de derechos extranjeros; etc.) resaltó las ventajas comparativas que presenta el arbitraje para resolver estos conflictos (neutralidad; confidencialidad; celeridad; especialización; eficacia; posibilidad de adoptar soluciones imaginativas: por ejemplo, préstamo a largo plazo, posesión compartida, propiedad compartida; etc.). Nos ilustró todo ello a través de ocho casos

destacados del panorama internacional y las soluciones que se les ha dado.

A continuación, Massimo Sterpi, Vice-Presidente de la comisión de derecho del arte de la UIA, más allá de insistir en resaltar las ventajas del arbitraje en esta materia, quiso incidir también en las desventajas que presenta, por ejemplo por no poder pronunciarse en materia de derechos morales; por las menores posibilidades de recurrir el laudo que una sentencia judicial; por la escasez todavía de árbitros especializados; por los riesgos en cuestión de falta de transparencia e imparcialidad – debido a que es un “mundo” pequeño y con todo el mundo conectado entre sí –; por los problemas de ejecutabilidad en algunos casos; por la irrelevancia de los efectos reales de un laudo sobre autenticidad en el mercado del arte (si hay dudas, la obra pierde su valor, aunque el Laudo termine reconociendo como auténtica la obra); o por el posible conflicto entre un laudo y las normas de orden público sobre bienes culturales. A continuación el ponente nos dio dos pinceladas sobre la regulación italiana en esta materia y se refirió a la tendencia en el resto del mundo (con la creación de la Corte de Arbitraje para el Arte en la Haya en junio de 2018 y la iniciativa WIPO de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos para el Arte y Patrimonio Cultural), con lo que dio la entradilla a la siguiente ponente, Anna Viladás, que centró su intervención en las Instituciones de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos especializadas en materia de Arte. Este recorrido le llevo a hablarnos de la Arts Arbitration and Mediation Services (AAMS) de California; la Arts Law Centre de Australia; la MediateArt de Nueva York; el Private Centre for ADR in Art de Inglaterra y Gales; del Comité Intergubernamental creado en el seno de UNESCO para la Promoción del Retorno de Bienes Culturales hacia sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita; el proyecto WIPO a que se había referido el anterior conferenciante, además de un proyecto conjunto WIPO – ICOM de mediación en materia de arte y patrimonio cultural; el proyecto específico en la materia de la Corte de arbitraje de Milan; la nueva Corte de la Haya, ya mencionada por Massimo Sterpi; y la también recientemente creada Corte Iberoamericana de Arbitraje y Mediación de las Industrias Culturales.

La mesa suscitó el interés del público y se produjeron varias intervenciones desde el público, antes de dar paso a la segunda mesa redonda de la mañana que se dedicó al “Arbitraje en materia de competencia”.

Esta segunda mesa fue moderada por Ainhoa Veiga, que acreditó su buen conocimiento de esta materia específica en su intervención. Dos grandes del derecho de la competencia – Santiago Martínez Lage y Luis Berenguer – hicieron una aproximación al tema general, haciéndolo con enfoques complementarios.

Así, Santiago Martínez Lage habló sobre el arbitraje y el orden público protegido por el derecho de la competencia, aprovechando para hacer unos guiños a quien había sido el orador principal del seminario, Antonio Hernández-Gil, que había puesto sobre el tapete su entendimiento sobre el alcance del concepto de orden público a efecto de anulación de un laudo. En este sentido Santiago Martínez Lage vino a defender¹ que las normas del Derecho de la competencia de la Unión Europea deben ser tratadas por los jueces nacionales de los Estados miembros que conozcan de demandas de anulación o ejecución de un laudo arbitral como integrantes del orden público en el sentido del Convenio de Nueva York de 1958; pero que el hecho de que los árbitros no hayan aplicado una de estas normas – o la hayan aplicado incluso de modo erróneo – no debe conducir automáticamente ni en todos los casos, a que los jueces realicen la revisión del fondo, ni mucho menos a la anulación o inexecución del laudo, si no que la gravedad de la infracción al orden público protegido por la norma es un criterio que debiera sustituir al carácter flagrante o manifiesto de la infracción para que los jueces estén facultados para revisar el fondo.

Por su parte, Luis Berenguer habló sobre el arbitraje en la aplicación privada del derecho de la competencia, y los supuestos en que puede plantearse la aplicación de normas de competencia en arbitrajes (ententes colusorias, conductas abusivas de posición dominante y reclamación de daños y perjuicios por infracciones en materia de competencia). Se detuvo el ponente en el análisis del tipo de contratos en que es más frecuente que se planteen estas cuestiones; cuales pueden requerir la existencia de una cláusula de no competencia para que se

plantee su examen; qué tipo de situación plantea una posibilidad más teórica que real de que se examine la aplicación de normas de competencia; las limitaciones específicas en la materia ante acciones de reclamación de daños (en especial en el supuesto de daños ocasionados por cárteles); y las especificidades procesales en los procedimientos de reclamación de daños en infracciones de normas de la competencia.

En lo que se refiere a la tercera oradora, Beatriz de Paz, nos habló de la función arbitral de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España, partiendo de un análisis histórico de la institución y de la función arbitral de la misma, para analizar las materias respecto de las que puede tramitar un arbitraje (que abarca, junto a la defensa de la competencia, la de los sectores regulados que vigila) y se detuvo especialmente en el arbitraje en el control de concentraciones – ilustrándolo a través del expediente de Concentración C/0612/14 “TELEFONICA/DTS” y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (civil) de 20 de diciembre de 2016 –.

Una vez más, hubo un enriquecedor turno de preguntas de los asistentes, que incluyó una intervención de Antonio Hernández Gil “por alusiones”.

Tras una breve pausa café, retomamos el trabajo para encarar la última mesa redonda del seminario titulada “Arbitraje Deportivo: reflexión en torno a la Sentencia del TEDH Mutu – Pechstein contra Suiza”. Luis Cazorla, que moderó la mesa, aprovechó que uno de los ponentes que se había previsto que interviniera había tenido que excusar su asistencia y que con ello en la mesa había tan sólo dos oradores, para tomar un papel un poco más amplio e intervenir activamente en el panel. Fue un acierto porque dio dinamismo a la mesa y aportó una visión más al debate. Clifford Hendel centró el contexto explicando pormenorizadamente los antecedentes procedimentales del asunto, explicando a la audiencia los antecedentes de la Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En este sentido, aunque la mencionada sentencia resuelve los procedimientos iniciados ante el TEDH por dos deportistas, el

ex-futbolista rumano, Adrian Mutu, y la patinadora alemana, Claudia Pechstein; el ponente se detuvo más en detalle en las vicisitudes de los antecedentes del caso de Claudia Pechstein. Explicó que en su caso la deportista ha mantenido dos vías paralelas abiertas: una ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo – TAS –, que ha sido la que ha derivado en un procedimiento ante el TEDH, y otra ante los Tribunales Alemanes – que todavía no ha sido resuelta definitivamente y que estaría a la espera de que se resolviera definitivamente la cuestión ante el TEDH –. A continuación, explicó que la cuestión planteada por los deportistas ante el TEDH se refería a la invocación de falta de independencia e imparcialidad del TAS y cuestionamiento de la naturaleza del sometimiento forzado al arbitraje de esta institución, alegando que sus derechos a un juicio justo, en el sentido del Artículo 6 (1) del CEDH, habrían sido vulnerados.

Clifford Hendel resumió a continuación los aspectos más importantes de la Sentencia base de la reflexión, en el sentido de que la sentencia del TEDH confirma que el TAS constituye un tribunal arbitral independiente y que el arbitraje del TAS (y el nombramiento y designación de sus árbitros) es compatible con los derechos procesales fundamentales y el debido proceso, siempre que el atleta pueda tener una audiencia pública si se solicita y es razonable (cuestión esta que hizo que se reconociera una violación del Artículo 6 (1) del CEDH en el caso de Pechstein); y que considera que a pesar de la calificación del arbitraje forzado, lo relevante es que el TAS ofrezca todas las garantías de un proceso justo, conforme a lo previsto en el Artículo 6 (1) del CEDH. Llamaba poderosamente su atención el hecho de que la Sentencia contó con un voto parcialmente disidente, suscrito por dos jueces – uno de ellos el nombrado a propuesta de Suiza –. Al tiempo del seminario, el asunto estaba pendiente de ser valorada la petición de reexamen del asunto por la Gran Sala del TEDH. Entre tanto ha sido resuelta la petición por el comité que filtra estas peticiones, en el sentido de no admitirse a trámite de reexamen, con lo que la Sentencia ha devenido firme.

Alberto Palomar tomó como punto de partida lo expuesto por Clifford Hendel para abrir el debate a un análisis sobre el TAS y su labor. Empezó por recordar que el

Tribunal tenía otrora unas competencias en las que resultaba útil, pero que la atribución de competencias en materia disciplinaria (especialmente en materia de dopaje) ha desvirtuado su utilidad. Recordó que el problema no es sólo que las cláusulas sean de sometimiento obligatorio, si no que en ocasiones no es ni siquiera una cláusula suscrita por el deportista; si no que deriva de una suerte de “sumisión en cascada”, por la integración de la federación a la que pertenece el deportista en una federación internacional que contempla en sus estatutos la sumisión al TAS; sin que quepa la posibilidad de renuncia o exclusión. También se refirió a que el hecho de haber convertido al TAS en un órgano disciplinario de revisión plantea problemas de imparcialidad del propio órgano, de conflictos de intereses, y de la selección de los árbitros. A su modo de ver el TAS necesita abrir un periodo de reflexión sobre su actuación, sus garantías, la forma de sometimiento y otras cuestiones que producen distorsiones graves; y negar los problemas y seguir en la misma línea no es una solución, independientemente de la resolución definitiva en el concreto caso punto de partida de la reflexión.

Terminada la mesa redonda y tras los turnos de preguntas y comentarios de los asistentes, dedicamos unos breves minutos a la ceremonia de clausura del seminario. Aitzol Asla, en nombre del Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia, junto con nuestro Presidente, Issouf Baadhio, el Presidente del Capítulo Español de la UIA, José Pajares, y Juan Serrada, como Presidente de CIMA,

despidieron el evento, convocando a los asistentes a la 4ª Edición que esperamos celebrar los días 8 y 9 de mayo de 2020.

Tras ello, un nutrido grupo de los asistentes, así como miembros del Comité de Dirección, nos desplazamos a Markina para disfrutar de un almuerzo de confraternización que estuvo abierto a todos los participantes. El sol que hizo aparición tras un par de jornadas lluviosas, presagiaba la calidez del encuentro. No olvidamos por supuesto invitar a todos los asistentes que no eran todavía miembros de la UIA, a que se unieran a la asociación. El clima de compañerismo, cordialidad y de desarrollo de amistad que siempre se promueve en la UIA como característico de la Institución, fueron claro signo de este encuentro. Espero que la lectura de este artículo sobre lo que ha dado de sí la 3ª edición del seminario de Bilbao, invite a los lectores a no perderse el próximo encuentro, que como he dicho esperamos celebrar los días 8 y 9 de mayo de 2020.

Urquiola DE PALACIO
Presidenta de la Comisión UIA
Porvenir del Abogado
Palacio y Asociados, Abogados
Madrid, España
urquiola.palacio@palacioyassociados.com

1. Lo resumo parafraseando las propias palabras del ponente en su artículo “Arbitration and EU Competition Law: New Rulings and New thoughts”, publicado en la Revista del Club Español del Arbitraje, CEA, número 25/2016.





UIA

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



LexisNexis®

Joint Seminar presented by the **UIA** and **LexisNexis**

Development and Cross-Border Sale of Technology

MUNICH GERMANY

Friday, June 28 & Saturday, June 29, 2019

#UICrossBorderSaleOfTechnology



Information & registration
www.uianet.org

Le statut des femmes et l'état de droit

Sous la direction d'Alain Grosjean

Préface de Xavier Bettel
Premier ministre du Luxembourg
Ministre d'État du Luxembourg

Collection de l'Union Internationale des Avocats



LE STATUT DES FEMMES ET L'ÉTAT DE DROIT

Sous la direction d'Alain Grosjean

Préface de Xavier Bettel
Premier ministre du Luxembourg
Ministre d'État du Luxembourg

Quel est précisément le statut des femmes aujourd'hui ?

Même si ce statut semble avoir considérablement évolué depuis son origine, certaines discriminations subsistent encore au travers de lois, de traditions et de croyances. La question est juridique, politique et sociologique.

Pour y répondre, l'ouvrage s'appuie sur :

- la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière d'inégalités ;
- l'apport de la Convention d'Istanbul dans le domaine des violences ;
- les actions du Conseil de l'Europe pour lutter contre les stéréotypes de genre, le sexisme et la violence et garantir l'égalité d'accès à la justice ;
- les initiatives du Gouvernement luxembourgeois en la matière ;
- le témoignage de Khadija Al Salami, réalisatrice luttant contre les mariages précoces et favorisant l'accès à l'éducation des jeunes filles au Yémen ;
- d'autres témoignages venus d'horizons divers sur l'égalité au travail, les violences physiques et morales, les femmes et le sport, l'extorsion de faveurs sexuels, les femmes dans la radicalisation des hommes, la liberté religieuse et le droit du travail...

Consultez la table des matières complète sur www.larcier.com

Bruylant
Édition 2018
332 p.
50,00 €
ISBN 9782802761099

Collection de l'Union
Internationale des Avocats

**L'UIA reverse les bénéfices de la vente
de l'ouvrage à l'Association Al Baradoni,
fondée par la réalisatrice yéménite
Khadija Al Salami et qui soutient
l'éducation des petites filles au Yémen.**

Commandez en ligne sur www.larcier.com

LARCIER

58



Frais de livraison gratuits
pour le Benelux



Paiement
100% sécurisé



Traitement de votre commande
dans les plus brefs délais



The Impact of Brexit Upon Immigration in the UK

I Julie MOKTADIR

L'incertitude entourant la date de sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne concerne les ressortissants de l'EEE et les employeurs de ses ressortissants. Pour les organisations qui emploient un grand nombre de ressortissants de l'EEE et qui s'appuient fortement sur le droit de libre circulation, il est essentiel qu'elles se tiennent au courant des modifications rapides des lois en matière d'immigration que nous observons actuellement.

As we move closer to Brexit the reality of the UK's departure from the UK is starting to become a little clearer. In this article Julie Mokatdir of Stone King considers the impact on Brexit upon the free movement of EEA nationals (European Economic Area nationals) within the UK.

One of the key questions is what will happen to EEA nationals in the UK upon the departure from the EEA. With the political situation uncertain, and with inconsistent reporting within the media with regard to migration in the UK and the EEA, it is difficult to keep abreast with what will happen not only in the short term, but also in the long term post Brexit.

Many organisations already report that fewer European nationals are applying for positions. Small to medium sized companies are continuing to have difficulties in recruiting to more specialised positions, particularly IT, AI and scientific roles, and many recruiters note that there has been a decline in European applicants.

This article will look at recent cases which highlight the difficulties individuals and organisations face. We then explore what will happen below immediately after the UK has left the EEA, and the impact that this will have on individuals, and organisations. Thought has thereafter been given to the possibilities long term for EEA nationals in the UK or wishing to come to the UK after Brexit.

It is however important to note that recent trends and the content of this article must be considered in the context of the situation as of the beginning of March 2019. Currently the UK government has not passed a Brexit plan, and there is no deal that has been agreed. The future of Brexit is uncertain.

Mrs V - A Latvian National

Mrs V is from Latvia. She was married for 48 years, and there is one daughter of the marriage. The daughter resides in the UK with her husband and two children, all of whom are permanently resident in the UK. Mrs V was on holiday in Spain with her husband, before returning to Latvia, where the couple ran a number of very successful

In the long term, it is possible that EEA nationals may need to be sponsored by organisations to work in the UK.

hotels. They took advantage of the rights of free movement within Europe, and travelled to the UK regularly to visit their only daughter and her family. Sadly, whilst on holiday, Mrs V's husband suffered a fall, and was informed he had cancer. Upon finding this out in Spain, they organised to see a private cancer specialist in the UK just a few days later, as arranged by their daughter. The night before the appointment, and the date after they arrived in the UK, Mrs V's husband died suddenly.

Mrs V was left in a state of mourning, knowing that she would need to make a decision about her future very quickly as her right to move freely to the UK would soon come to an end. Mrs V sought advice on whether she could live in the UK with her daughter and family, and whether this move would need to be made before Brexit. She was therefore left with a very difficult decision at a time of great stress.

LXM Ltd – A UK Employer Reliant on EEA National Employees

LXM Ltd sought assistance with regards to their employees. More than 50% of the employees of the company were from the EEA, with nearly half of those EEA nationals having lived in the UK for less than 18 months. Whilst the EEA nationals working for the company needed to protect their own rights, LXM as the employer understood that if the employees failed to do so, there may be difficulty in establishing their right to work in accordance with UK law once the transitional period post Brexit had ended. As a result LXM supported all employees with obtaining independent legal advice to ensure that each employees rights were protected.

Transitional Arrangements for EEA Nationals Currently in the UK

Transitional arrangements have been agreed for how EEA nationals will be treated once the UK exits the European Union. This transitional scheme will run from March 29, 2019 until December 31, 2020. There will be two types of status: Settled Status and Pre-settled Status.

From July 1, 2021 all EU nationals must hold one of these two statuses. The transitional scheme is already open for those with a current passport wishing to get confirmation of their status in the UK. Those relying on ID cards will have to wait until March 30, when the scheme officially opens.

Settled Status will allow those EU nationals who have lived in the UK for five or more years to obtain confirmation of their settled

right in the UK. EU nationals will need to take three steps:

- prove their identity,
- prove they live in the UK, and
- disclose they have no 'serious criminal convictions'.

The Home Office will pro-actively liaise with other Government departments to check on employment and benefit records and, importantly, will be looking for reasons to grant and not refuse settled or pre-settled status. This means that, in most cases, EU nationals will not have to do anything to prove their residence except provide their national insurance number to enable this 'real time check' on residence to be conducted.

For individuals who have no footprint with the government, such as non-workers, evidence will need to be provided to prove residence, similar to that already required for permanent residence applications. A non-exhaustive list containing a range of documents that can be used to prove this, such as bank statements, will be published by the Home Office as a source of guidance. This will be particularly important for organisations with volunteers.

It is free to make an application for either status under the scheme. This follows the Government's recent decision to scrap the £65 fee, making it accessible for everyone.

Many EU nationals will recognise that this status is very similar to that of Permanent Residence. EU nationals who already have confirmation of their permanent residence, will just need to swap this for settled status.

It is important to note that a significant difference between the decision to grant settled status and pre-settled status to that of granting permanent residence is the basis on which a decision is made. Currently, in order to live in the UK legally, you must be a 'qualified person' which includes a job-seeker, a worker, a self-employed person, a self-sufficient person or a student. Under the transitional arrangements however, the Home Office will not be looking for this exercise of treaty rights, but simply that of residence.

Pre-Settled Status will be granted to those EU nationals who have not yet completed five years in the UK. After completion of five years, settled status can be applied for.

Under the continuous residence requirement, applicants must have been in the UK for at least six months in each of the past five years. There is, however, an allowance for one period of up to 12 months out of the UK for an important reason. Examples of such reasons have been provided and include serious illness or an overseas work posting. It could also include a member of the Congregation travelling to Rome and the Home Office have given assurances that this will be decided on a case-by-case basis.

Family members will also be eligible for both statuses. Non-EU family members can also apply under the scheme and will need to make an individual application. The Home Office have recommended that the family member from the EU apply first as their reference number can be entered on the application, enabling the two applications to be linked.

The transitional arrangements for EEA nationals have been trialled in the North West of England with NHS workers under the private testing phase. The public testing phase opened in November and more than 75% of users found the process "very or fairly easy" to use and over 80% of applicants received a grant of status within a week.

The settled or pre-settled status will be issued in the form of a digital record, linked to the EU national's identity document. Further identity documents, such as a new passport, can be added to their record by logging into the online system.

No onus will be placed on organisations and other employers to pay for EU national employees' applications or communicate any information to them. A toolkit for employers has however been created containing readymade correspondence and other products to enable information to be passed easily to EU nationals within the organisation.

There is however a requirement on all employers to check the status of all EU staff within the organisation from 2021.

What is clear is that due to the significant development of the scheme and the resources already in place, these transitional arrangements will stay in place whether a

deal is reached with the EU or not. It is therefore necessary to consider the long term impacts of Brexit on organisations.

No Deal Brexit

On January 28, 2019 the Home Office reported the implications of a no deal Brexit to EEA nationals. All EEA nationals coming to the UK post March 30, 2019 will be admitted under UK immigration rules and will require permission. This is undoubtedly going to be of significance to those organisations that rely heavily on the right of free movement.

2021 and Beyond

The Migratory Advisory Committee released their report on EEA nationals and migration in August 2018. The recommendation is that people from the EEA should face the same immigration rules as those from outside the EEA, and this ties in with Prime Minister Theresa May's plans to end freedom of movement and adopt a skills-based migration policy. The Government published a white paper in December adopting this recommendation and setting out the future 'skills based immigration system' which would be implemented after the transitional scheme.

Query must be made of what this means in practice for organisations who rely on the work of overseas nationals, and the individuals who have taken advantage of free movement within the European Economic Area.

In the long term, it is possible that EEA nationals may need to be sponsored by organisations to work in the UK. Any organisations that currently sponsor overseas nationals to work in their organisation will be aware of the duties under the immigration rules. Organisations must hold a licence and ensure that they are compliant at all times.

However, there are concerns that EEA nationals who fill lower-skilled jobs would not satisfy the criteria for sponsorship, and this may lead to a shortage of workers needed for unskilled labour.

This may mean that people from the EU would face the same immigration rules

as those from elsewhere, once the UK has completely left the EU. This could mean that organisations with a sponsorship licence could be in a more advantageous position in the future if EEA nationals require sponsorship.

Future Recruitment for Organisations

Organisations are encouraged to consider their recruitment needs within their strategic planning. Organisations continuing to recruit EEA nationals, and possibly those seeking to begin recruiting and employing overseas nationals, will need to consider the cost implications, legal duties and time constraints. Organisations may need to apply for a sponsorship licence. The type of licence an organisation will need will depend upon whether they are looking to employ a skilled worker for a longer period, or in a temporary position. These two categories are known as Tier 2 and Tier 5.

In order to register and apply for a licence as a Tier 2 sponsor (to employ a skilled worker long term) an online application form will need to be submitted and organisations will need to provide a number of original documents to prove that they are suitable and eligible.

A sponsor licence will ordinarily be valid for four years. This is of course so long as the licence is not revoked or surrendered. As a sponsor, the organisation will need to accept a number of responsibilities and keep good employment-related records, as well as notify the Home Office of changes or issues relating to employees. The Home Office may also make site visits, to ensure that the sponsor is complying.

Julie MOKTADIR
Stone King LLP
London, United Kingdom
juliemoktadir@stoneking.co.uk



Intellectual Property and Crowdfunding: Information Your Clients Need to Know

I David POSTOLSKI

Crowdfunding is the use of small amounts of capital from a large number of individuals to back or finance a new business venture. Crowdfunding makes use of the easy accessibility of vast networks of people through social media and crowdfunding websites to bring backers or investors and entrepreneurs together. Knowing the lingo is the first step. When we discuss reward based crowdfunding, such as Kickstarter or Indiegogo, we refer to backers who receive a reward after making a donation to an entrepreneur's campaign on a portal site during a limited period of time. When we discuss crowd financing or equity crowdfunding, such as Rock the Post or Seedrs, we refer to investors, making a monetary investment, in exchange for an equity stake in an issuer's company through an intermediary site. This distinction is crucial as in the United States, equity crowdfunding or crowd financing is restricted by regulations on who is allowed to fund a new business and how much they are allowed to contribute or invest. Investments made through a crowd financing intermediary site are regulated by the Securities and Exchange Commission (herein SEC). Reward based or donation based crowdfunding is not regulated in the United States.

Regardless of the type of crowd funding practiced, crowdfunding or crowd financing provides a forum for anyone with a great idea to "pitch" in front of backers and investors. Backers or investors can select from thousands of projects posted on portals or on intermediary sites and back a project for as little as one dollar to receive a pre-sale of a product, the chance to take part in a social cause, or have equity in a company launching a new product.

I. Intellectual Property

From an intellectual property perspective, using the influence and financing of a crowd can provide an inexpensive resource and mechanism for confirming and validating new ideas. Similarly, the general public, acting as backers and investors, results in the public

becoming more involved with other's successes. Starting a new campaign or making an offering on an intermediary site means you will be faced with a number of business, legal, and ethical decisions, all of which need resolution before you get your new campaign or offering off the ground. To understand the unique business and intellectual property issues now facing more people than ever, one must understand the lingo of intellectual property as well.

The three types of intellectual property are patent, trademark, and copyright. Each have unique consequences for the players in a crowdfunding or crowd-financing opportunity. Intellectual property is the power of exclusion rights awarded to entities, for a limited time, in exchange for that entity disclosing their idea. In the United States, intellectual property rights are federal rights that are registered with federal agencies, such as the Department of Commerce's United States Patent and Trademark Office or the Copyright Office. Patent and trademark rights are applied for and granted after an examination process by the respective federal agency. Once granted, the intellectual property rights last 20 years for a patent, 10 years for a trademark (renewable for additional 10-year periods if use of the trademark continues), and the life of the creator plus 70 years for a copyright.

A. Patent

A patent is the exclusive right granted by the government to an inventor, conferring to him the sole right to exclude others from making, using, or selling an invention. A patent is granted to an inventor who can prove their invention is novel and non-obvious. The patent must be a sufficiently described writing that solves a problem and that contains the best way to practice the invention.

The world of crowdfunding is based on the crowd, strangers who want to back you, or investors who want to invest in your idea, invention, or product they understand or that is sufficiently explained to them. The more a backer or investor knows, the more likely the

backer will support your project or idea. The desire to keep your competitive advantage a trade secret may not garner the backing one desires on a crowdfunding site. Thus, in crowdfunding and crowd financing companies, inventors must publicly disclose their ideas to validate and financially garner support of their inventions. The date of this or any public disclosure is one that must be tracked closely, for if the patent application is not filed within one year, then the right to claim invention of the great idea is lost to the inventor forever. The public disclosures using crowd funding is so great and the idea or invention is seen by so many, that it would be close to impossible to track down whether another individual learned of your idea and actually beat the true inventor to a patent office and filed their patent application before the public discloser did. Thus, it is of tantamount importance that an inventor, entrepreneur, or an offeror of equity has a patent application on file before a major public disclosure on a portal or intermediary site is made.

B. Trademark

A trademark is a word, phrase, symbol, or design that identifies and distinguishes the source of goods from others. A service mark is a word, phrase, symbol, or design that identifies and distinguishes the source of a service rather than a good. The federal right of trademark grants a user the right to exclude others from using a same or similar mark that might be confusingly similar to theirs. Having a brand or logo chosen before launching your campaign is an important decision. Choosing a name that is not cleared for use may mean that you might be infringing someone else's already filed or registered trademark. In today's digital world, where new methods of advertising such as social media is a foregone conclusion, a unique and distinct trademark can make all the difference.

In a process often referred to as clearance, a trademark applicant, with the assistance of an attorney, should search the name and logo they desire in order to gain clearance on moving forward. Understanding potentially conflicting or similar marks allows for a trademark owner to appreciate and understand the risks and rewards in going forward with their proposed brand strategy. The onus of trademark clearance, as well as resolving disputes, is on the trademark owner, not the crowdfunding

intermediary or portal, as evidenced by many of their terms and conditions.

C. Copyright

Crowdfunding campaigns or offerings often require the use of a video or other multimedia creations in order to lure backers and investors to their opportunity amongst the sea of others. Standing out is essential from a patent and trademark perspective, and even more so from a copyright perspective. The creative works, such as videos and photos, are often the first visuals that backers or investors see when visiting a crowdfunding site or intermediary. A copyright is a legal right that grants the creator of an original work the exclusive right to stop others from using, distributing, publicly performing, displaying, and making derivative works of their original work. A copyright is automatic in that the creator does not have to apply for it.

Instead, a copyright must be registered as yours or registered as a work you commissioned another to create for you with the Copyright Office. Utilizing a proper work made for hire agreement that clearly transfers the copyright from the automatic owner creator to you as the entity hiring that creator is essential for an entity to be deemed the true owner of the creative work should a dispute ensue. Without a proper transfer of title, a court may deem that any proceeds received via a crowdfunding campaign or offering were attributed to the artistic work and thus the property of the original creator. Avoiding such a pitfall is an easy fix. Whether you are the creator or whether you are hiring another to create an artistic work, it is important that when utilizing a crowdfunding portal or intermediary site, that ownership of all works is ascertained and proper. Having legal title to creative and artistic works that you hire others to create for you is a must when faced with a copyright infringement allegation. Similarly, the use of images in your offering or campaign must be authorized and attributed. This includes the names, likeness, and personal identifiable information of others. Registering your copyright or obtaining the authorization to use or display images, audio visuals, and artwork of others to be used in the campaign or offering is crucial before you launch.

All of the aforementioned intellectual property strategies are the responsibility of the entity posting the campaign. The crowdfunding

portals or crowd financing intermediaries do not hold any of these responsibilities. In fact, their terms and conditions specifically put the responsibility on the entity posting the campaign or on the issuer. They are truly a go between and in the world of crowd financing, an intermediary has very little care or concern for intellectual property and how it is protected and monetized.

After your campaign or offering launches, the obligations of intellectual property do not end. The patent and trademark applications that were filed pre-launch will be examined and eventually registered after your campaign ends. Since the reach of crowdfunding is global, one must decide whether to file their patent and trademark applications in another country, a decision that must be made within six months from filing for the trademark and within one year from filing for the patent application. In addition, the very public and global arena of crowdfunding means that one must be diligent in watching for, identifying, and eliminating potential infringers of your product, service, or brand. Though many intermediaries do not per se mention the word intellectual property, a company's intellectual property is their value proposition or what establishes their value and worth. Thus, a company should have their core technology, product, service, or brand protected in some way. In addition, a professional accredited investor, for example, the venture capitalist, will do due diligence surrounding the company and individual they are investing in, including what the company's intellectual property portfolio looks like. The non-accredited investor should do the same.

2. Conclusion

The future looks bright for the interplay between crowdfunding or crowd financing and intellectual property laws. With increased awareness and education, the inadvertent loss of patent rights due to public disclosures can be avoided. In addition, with enough due diligence and planning, a person can secure legal title and protection in trademark and copyright. More importantly, appreciating intellectual property and business issues will allow for a successful venture long after the crowdfunding campaign or crowdfunding offering ends.

David POSTOLSKI
Gearhart Law
Summit NJ, United States
david@gearhartlaw.com



Investissements privés étrangers en Afrique subsaharienne

I **Guilherme FUMWATHU**

Parler d'investissements privés étrangers en Afrique subsaharienne, c'est d'abord parler des opportunités qu'offre cette partie du continent africain en termes d'investissements, mais aussi et surtout des conditions pratiques pour la réalisation de ces investissements.

En effet, l'Afrique subsaharienne regorge de beaucoup de ressources naturelles, telles que le pétrole, le diamant, le fer, l'or, le cuivre, etc.

Elle dispose aussi d'un grand potentiel agricole et touristique ; ce qui explique la nécessité de chercher à attirer les investissements privés étrangers pour l'exploitation de ces ressources.

Cependant, le faible niveau d'industrialisation de l'économie, le manque de ressources financières, le manque de capacité technique interne (personnel, services et équipements), aussi bien que l'instabilité politique et sociale des pays de la région, constituent des éléments majeurs qui condamnent la plupart de ces pays au sous-développement.

Ajouté à cela le faible taux d'alphabétisation de la population des pays de la région,

pourtant potentiellement riches, puis le bas niveau de technologie ; tout cela fait que l'apport extérieur est considéré comme un palliatif incontournable pour aider ces pays à se développer sainement.

Plusieurs pays d'Afrique subsaharienne investissent très peu dans le développement du capital humain, à travers des dépenses de recherche et développement, pourtant un domaine d'une contribution non négligeable au processus de croissance à long terme. Ainsi, ces pays investissant peu dans la recherche et le développement, se retrouvent donc piégés dans une trappe de pauvreté.

Aussi, ces pays sont caractérisés par un taux d'épargne faible et un investissement en capital humain insuffisant. Pour s'en sortir, il faut investir plus, à la fois dans l'accumulation du capital humain mais aussi dans le réhaussement de leur taux d'épargne, celui-ci conditionnant leur niveau d'investissement.

Pareille description fait de l'investissement étranger un élément essentiel pour activer des mécanismes de croissance à impact réel dans cette région du continent noir.

Néanmoins, une observation soutenue de l'anatomie économique mondiale et du flux des investissements privés étrangers à travers le monde démontre que l'Afrique en général, notamment pour des raisons sus évoquées, est le continent qui bénéficie peu de ce genre d'investissement, quoiqu'indispensable à son développement.

En Afrique subsaharienne, cette réalité est plus frappante et les investissements privés étrangers devraient avoir un impact considérable dans la configuration des modèles économiques des pays.

Il est vrai que des efforts ont été entrepris par certains États africains, comme l'Angola, en matière de législation sur les investissements privés étrangers, dans le but d'accroître leur attractivité. Néanmoins, la littérature économique sur les déterminants des investissements étrangers en Afrique en particulier et dans les pays en voie de développement en général, met l'accent principalement sur l'incertitude à la fois politique et économique, comme déterminant clé de l'attractivité des pays en matière d'investissements étrangers.

Ainsi, malgré les efforts constatés de part et d'autre, il faudra donc que les autres pays d'Afrique subsaharienne arrivent à attirer un niveau suffisant d'investissements privés étrangers, par l'établissement ainsi que l'amélioration d'un certain nombre de conditions (politiques, économiques, sociales...) déterminantes pour les investisseurs étrangers, soucieux principalement de la qualité de l'environnement des affaires (droits de propriété...), afin de résorber ce déficit de ressources financières nécessaires à leur développement.

Si les investissements privés étrangers apportent une valeur ajoutée à l'économie des pays moins avancés par l'industrialisation qu'occasionnent le transfert de savoir-faire et l'avancée technologique, qu'est-ce qui fait que les pays d'Afrique subsaharienne n'en bénéficient pas assez alors qu'ils en ont sérieusement besoin ?



L'investissement est un moteur pour la croissance économique, que ce soit pour les pays développés ou pour ceux en voie de développement.

Malgré cette tendance à la hausse des investissements nominaux, couplée à l'aide au développement en provenance d'organismes internationaux, les pays africains dans leur ensemble sont caractérisés, par un écart entre les besoins en investissements et les ressources disponibles (UNCTAD, 2013). Les investissements dont l'Afrique a besoin, sont nécessaires pour entre autres, financer les infrastructures de développement, augmenter les capacités de production, créer des emplois...

Cependant, on constate que les pays du continent africain, en particulier de l'Afrique subsaharienne sont ceux qui attirent pourtant le moins d'investissements étrangers, comparé aux autres régions du monde, soit 6% des flux totaux d'investissements directs étrangers à destination des pays en voie de développement.

De plus, ces investissements étant en grande majorité dirigés vers les secteurs d'extraction de ressources naturelles, augmentent de ce fait la dépendance de ces pays vis-à-vis des exportations de matières premières.

Les instances dirigeantes africaines et de l'Afrique subsaharienne en particulier devront donc s'orienter vers ce type de financement, comme stratégie d'amorce pour leur développement économique et social ; s'inspirant de l'exemple de certains pays asiatiques qui ont fait bon usage de ce financement au point de devenir des nations émergentes à l'instar de la Chine.

Les flux de capitaux privés sont perçus comme permettant de contourner certains obstacles au développement comme l'insuffisance de ressources financières, technologiques et de compétence, dont souffre les pays en voie de développement en général et africains en particulier, bien que n'ayant jamais été un des récipiendaires majoritaires d'investissements étrangers. Toutefois, les flux de ces investissements sur le continent diffèrent d'une région à une autre ; la grande majorité de ces flux allant dans les secteurs d'exploitation des ressources naturelles (secteur primaire) dans les pays comme l'Angola, le Nigéria et l'Afrique du Sud.

Toutefois, certaines études ont relativisé l'impact des investissements étrangers, sur la croissance économique des pays hôtes et ont soulevé tout d'abord, la question de l'interaction entre les investissements étrangers et nationaux, puis celle des retombées technologiques des investissements étrangers dans les pays hôtes. Ce sont les deux principaux canaux par lesquels les investissements étrangers sont censés convoyer de la croissance économique dans les pays hôtes.

En effet, il existe des interactions entre les investissements locaux et étrangers. On parle soit d'effets d'éviction ou de stimulation sur l'investissement local. Prenant en compte des facteurs comme le niveau d'éducation conditionnant le degré d'absorption des technologies utilisées par les entreprises étrangères dans le pays hôte, le secteur économique dans lequel ils sont dirigés en majorité par rapport à la répartition initiale du stock de capital physique dans le pays hôte et la nature de ces investissements, on peut calculer l'impact des investissements privés étrangers sur l'investissement local.

À cet effet, quelles sont les conditions nécessaires pour attirer plus de capitaux étrangers qui contribuent au développement des pays d'Afrique subsaharienne, les secteurs à impact optimal et les exigences pour des échanges fructueux ?

L'impact des investissements privés étrangers sur l'économie des pays de l'Afrique subsaharienne sera plus bénéfique lorsque ceux-ci seront plus orientés dans des secteurs sous-développés de l'économie locale. Cependant, s'ils se substituent aux investissements domestiques, opérés dans des secteurs économiques dans lesquels il existe déjà beaucoup d'entreprises nationales, la concurrence qui sera initiée par l'arrivée d'investisseurs étrangers se fera au détriment des investisseurs domestiques, car les entreprises multinationales bénéficient le plus souvent d'expérience plus solide et d'activités diversifiées, pouvant générer des coûts de production inférieurs, comparés aux entreprises locales.

On pourrait, déjà à ce stade, se demander comment les investissements privés étrangers peuvent contribuer à l'amélioration des conditions sociales des populations des pays d'Afrique subsaharienne ?

Dans les pays hôtes, les investissements privés étrangers qui visent à fabriquer des biens et services pour le marché local ou destinés à l'exportation dans des secteurs économiques où il n'existe pas d'entreprises locales sont soit neutres soit favorables à l'effet de stimulation sur l'investissement global. Dans ce cas, les entreprises locales ne possédant pas la technologie et les compétences requises pour cette production, sont absentes de ce marché ; les multinationales ne détruisent donc pas de l'investissement domestique, en s'y installant.

Si au contraire, une entreprise étrangère pénètre un marché dans lequel il existe déjà des entreprises locales, elle exploitera les possibilités d'investissement qui existaient auparavant et qui auraient été le fait d'entreprises locales. Dans ce cas, les investissements privés étrangers évinceront l'investissement local, et par extension l'investissement global du pays hôte. Même si cette hypothèse signifie plus de concurrence, on peut facilement supposer qu'elle se fera à long terme au profit de l'entreprise étrangère, car bénéficiant le plus souvent d'expérience plus solide et d'activités diversifiées, pouvant générer des coûts de production inférieurs comparés aux entreprises locales.

Toutefois, les investissements de création pure d'actifs dits « Greenfield » sont supposés stimuler plus l'investissement total que les fusions et acquisitions.

En effet, entre 2000 et 2002, l'Angola, le Nigéria (pays instables politiquement) et l'Afrique du Sud ont attiré en moyenne 65% du total des flux d'investissements directs étrangers à destination de l'Afrique (World Bank, 2004). Ces pays sont par ailleurs, parmi ceux bénéficiant des réserves de ressources naturelles les plus élevées sur le continent africain.

Si cette hypothèse est vraie, cela voudrait dire que le déterminant principal des investissements privés étrangers est un facteur incontrôlable, et que les pays non dotés en ressources naturelles n'attireront que peu, voir pas d'investissement étranger, quels que soient les efforts engagés. Il faut donc ici déterminer à part les ressources naturelles, dans quels domaines les pays d'Afrique subsaharienne doivent faire des

progrès afin d'accroître leur attractivité en matière d'investissement étranger.

Cela est important, car d'après les Nations Unies, augmenter les investissements privés étrangers en Afrique, devrait permettre à ce continent de se rapprocher de ses objectifs de développement du millénaire, dont l'un, sinon le plus important, était la réduction de la pauvreté sur ce continent de moitié, d'ici 2015, selon la déclaration du Nouveau Partenariat pour le Développement de l'Afrique (NEPAD) ; chose qui n'a pas été faite.

Des investissements étrangers dans la région vont généralement vers huit secteurs clefs, à savoir : les produits alimentaires et les boissons (16 %), les autres produits chimiques (y compris les peintures, savons et détergents) (10 %), l'agriculture et le tabac (8 %), les articles d'habillement (6 %), le bois, la pâte à papier et les articles en papier (5 %), les produits métalliques (5 %), les machines (5 %) et l'intermédiation financière (5 %).

Comme on pouvait s'y attendre, la très grande majorité (82 %) de ces investissements concerne les secteurs fondés sur l'exploitation des ressources ou à faible intensité technologique.

Le rapprochement de plusieurs conclusions d'enquêtes des Nations Unies montre que les secteurs de l'habillement et de l'agroalimentaire sont particulièrement importants pour l'Afrique subsaharienne, ils attirent un nombre croissant d'investissements, créent de nombreux emplois et contribuent plus que d'autres aux exportations.

Les investissements privés étrangers dans ces pays proviennent principalement d'entreprises de l'Union européenne (40 %). Les entreprises africaines constituent le deuxième groupe d'investisseurs le plus important, aussi bien en termes de nombre de projets que de capitaux investis, un tiers étant assuré par des sociétés sud-africaines.

Les entreprises européennes et africaines assurent globalement 75 % de l'ensemble des investissements étrangers dans la région. Deux leaders de l'économie mondiale, les États-Unis et le Japon, sont singulièrement absents, ce qui est d'autant plus frappant que ces deux pays figurent parmi les principaux investisseurs dans les autres régions du monde.

L'observation des tendances montre que la part de l'Union européenne en tant que source de nouveaux investissements est en diminution, alors que celle de l'Asie est en très forte progression. Les investisseurs asiatiques ont une présence relativement marquée dans un petit nombre de secteurs bien définis tels que l'habillement et les autres produits chimiques (y compris les articles en caoutchouc et en matières plastiques).

Il importe de souligner que les entreprises investissent à l'étranger en vue de tirer profit de trois sortes d'avantages (Propriété, Localisation et Internalisation) :

1. Les avantages de propriété (droit de propriété, licence ...)

Ils permettent à une firme de mieux rivaliser avec celles présentes sur son marché. En effet, les licences d'exploitation par exemple lui donnent un accès prioritaire, à l'exploitation et à l'exportation de ressources (matières premières) capitales pour son secteur d'activité, que les autres entreprises ne détiennent pas.

2. Les avantages de localisation

Ils sont ceux tirés de l'attractivité du pays étranger choisi (avantages liés au coût du travail, gains commerciaux, avantages stratégiques...). Ce type d'avantage motive par exemple les investissements étrangers, visant à approvisionner le marché domestique du pays dans lequel les firmes multinationales s'installent, par le biais de filiales (Investissements horizontaux).

Les avantages de localisation sont la conséquence de différence de dotation en ressources naturelles, de régulations mises en œuvre, de coûts de transport, de stabilité macroéconomique et de facteurs culturels.

3. Les avantages d'internalisation

Ils sont ceux tirés de l'arbitrage entre les marchés étrangers et domestiques de l'entreprise qui souhaite investir. Dans ce cas, la délocalisation de tout ou d'une partie du processus productif, engendre des gains de coût (investissements verticaux).

De ce fait, en fonction des avantages évoqués plus haut, on peut distinguer :

- Les investissements privés étrangers liés à l'abondance de ressources (matières

premières, force de travail...) : Ici, la production et l'exploitation de ces ressources, sont liées à leur localisation. Mais étant donné que ces ressources peuvent être localisées à différents endroits, les entreprises choisiront d'exploiter les sites dans lesquels les coûts de production sont plus faibles.

- Les investissements privés étrangers liés à la recherche de marché (investissements horizontaux) : Ces investissements se font par rapport à la taille de marché, du potentiel de croissance du marché et en fonction d'une combinaison de ces deux facteurs.
- Les investissements privés étrangers liés à la recherche d'efficacité (investissements verticaux) : Ces investissements visent essentiellement à tirer profit de la structure de coût faible, dans certaines localisations. Ils tiennent compte de l'analyse coût-productivité de la main d'œuvre locale, coût-qualité des infrastructures locales (télécommunication, transport...), des coûts administratifs pour lancer une activité (horizon temporel...). Ce type de critère, est capital pour des secteurs où la production est dédiée à l'international, où c'est le prix plutôt que la qualité qui est un facteur d'achat (textile, électronique...).
- Les investissements privés étrangers liés à la recherche d'actifs stratégiques : Ces investissements se matérialisent pour la plupart, par des fusions et acquisitions qui sont des opérations par lesquelles, l'entreprise étrangère acquiert tout ou une partie du capital d'une entreprise locale. Ils visent des entreprises ayant un fort potentiel de croissance étant donné une technologie qu'elle possède, une main d'œuvre qualifiée et spécialisée dont elle dispose.

Tous ces facteurs déterminant des flux d'investissements privés étrangers, peuvent être regroupés de la manière suivante :

1. Les infrastructures :

Plusieurs études sur les déterminants des investissements directs étrangers, montrent le rôle primordial du développement des infrastructures. Les investisseurs étrangers préfèrent les pays dotés de bons réseaux routiers, d'aéroports, de distribution d'eau, d'électricité, de téléphones, d'Internet, étant donné que les coûts de production y sont faibles toutes choses étant égales par ailleurs.

2. Le cadre institutionnel, politique (le climat des affaires) :

Il est important de relever l'importance d'un grand nombre de variables, traduisant la qualité des institutions, dans le potentiel d'attractivité des investissements privés étrangers.

Il est démontré que de façon générale, des institutions de bonne qualité permettent d'attirer plus d'investissements. Tandis que, plus précisément, l'imprédictibilité des lois, un cadre réglementaire excessif, l'instabilité gouvernementale et le manque d'engagement de l'État, jouent un rôle délétère pour l'investissement étranger.

Depuis toujours, il a été prouvé que la qualité des institutions est un bon indicateur du montant d'investissements privés étrangers qu'un pays est capable d'attirer. Il se trouve également que l'aspect institutionnel le plus important, est celui relié à l'existence de droit de propriété, d'état de droit et de risque d'expropriation dans les secteurs manufacturiers et de services.

Les économies démocratiques et politiquement stables, sont plus à même de susciter l'intérêt des investisseurs étrangers, que les économies instables ; et les régimes démocratiques sont plus susceptibles d'assurer l'état de droit, les droits de propriété et de lutter contre la corruption, que les autres.

Le continent africain, en général, a bénéficié de faibles flux d'investissements privés étrangers par rapport aux autres, car il est considéré par les entreprises multinationales comme étant risqué, caractérisé par un manque de stabilité politique et institutionnelle.

3. La dotation en ressources naturelles :

La disponibilité de ressources naturelles a un impact positif et significatif sur le montant d'investissement étranger reçu par un pays. Comme mentionné plus haut, ce sont les pays qui possèdent le plus de ressources qui ont attiré la majorité des investissements privés étrangers à destination de l'Afrique subsaharienne.

4. Le cadre macroéconomique et la taille de marché :

On considère qu'une forte croissance ou de bonnes perspectives de croissance anticipées, sont le résultat de politiques macroéconomiques stables et crédibles, donnant ainsi de bons signaux aux investisseurs étrangers. C'est donc le taux de croissance du PIB plutôt que le

PIB par tête qui est déterminant pour les flux d'investissements étrangers qu'un pays est susceptible d'attirer.

Par ailleurs, c'est le taux d'inflation qui est déterminant pour un investisseur désireux de s'installer dans un pays plutôt que le PIB. En utilisant l'inflation comme indicateur de la stabilité macroéconomique, on trouve qu'il est négativement relié au flux d'investissements privés étrangers. L'inflation réduit la profitabilité des investissements. C'est le résultat de mauvaises politiques monétaires et fiscales, comme une offre monétaire excessive, un déficit budgétaire, pouvant *in fine* décourager les flux d'investissements privés étrangers dans les pays d'Afrique subsaharienne.

Il importe donc de relever que malgré les efforts jusqu'ici fournis par les états d'Afrique subsaharienne, notamment l'Angola en termes d'assouplissement de législation, l'investisseur type en Afrique subsaharienne est généralement de petite taille. La plupart des secteurs sont dominés par des PME, à

l'exception de l'agroalimentaire et du secteur de l'habillement, où on trouve une proportion importante d'entreprises comptant plus de 250 salariés. Globalement, 37 % de la valeur des investissements dans cette zone est inférieure à 1 million de dollars et 25 % est égal ou supérieur à 10 millions de dollars. Il s'agit en particulier de sociétés du secteur des produits minéraux non métalliques et des métaux de base.

Les pays d'Afrique subsaharienne ont donc du pain sur la planche afin d'arriver à attirer les plus d'investissements privés étrangers indispensables à leurs croissances, eux qui regorgent de quantités importantes de matières premières qu'ils peuvent exploiter pour des meilleures conditions de vie de leurs populations et pour un développement durable.

Guilherme FUMWATHU
FG – Associados
Luanda, Angola
guyfumu@hotmail.com





Cryptocurrencies: U.S. Securities & Commodities Regulation & Jurisdiction

I Travis L. GERING

Le but de cet article est de fournir un aperçu global de la jurisprudence et réglementation américaine applicables aux transactions de crypto-monnaies (dite aussi, cryptoactif, cryptodevise ou monnaie cryptographique).

L'analyse se concentre sur l'utilisation des législations fédérales existantes relatives aux valeurs mobilières **et/ou** matières premières et reprend la réglementation appliquée actuellement aux offres, émission et négoce des crypto-monnaies.

Cet article ne peut être assimilé à une consultation juridique et délivre une information à caractère général.

La crypto-monnaie assimilée aux valeurs mobilières

Au niveau fédéral, tant la Commodity Futures Trading Commission (CFTC) que la U.S. Securities & Exchange Commission (SEC) ont utilisé le cadre juridique applicable aux valeurs mobilières et aux matières premières pour garantir le lancement et l'exécution des transactions relatives aux crypto-monnaies.

Plusieurs États ont également initié et adopté des cadres réglementaires sur les

crypto-monnaies, notamment le New York Department of Financial Services qui a décidé de mettre en place un régime d'octroi de licence pour réglementer les opérations y relatives.

Plusieurs exemples de décisions et jurisprudences récentes illustrent ce mécanisme d'application des lois relatives aux valeurs mobilières par les Tribunaux et les organismes de contrôle.

Certaines crypto-monnaies échappent cependant à l'application de ces règles, notamment *Bitcoin* et *Ethereum*, a priori non définies comme des valeurs mobilières par la SEC. Cela dit, la plupart des offres et émissions de jetons, ainsi que certains processus, tels que l'octroi gratuit de jetons ou certaines méthodes de distribution, telles que "AirDrops" et "Spin-Offs", nécessitent une analyse juridique approfondie afin de vérifier si les crypto-monnaies seront soumises à enregistrement et à réglementation.

La crypto-monnaie assimilée aux matières premières

Les crypto-monnaies sont également soumises aux réglementations applicables aux matières premières. Dès 2014, la CFTC a décidé d'exercer son autorité sur les opérations relatives aux monnaies virtuelles en les considérant comme des

matières premières telles que définies par le *Commodity Exchange Act*. Un juge fédéral a en outre décidé en 2018 que la CFTC disposait du pouvoir de poursuivre la fraude impliquant les monnaies virtuelles.

D'autres décisions de la CFTC illustrent l'application des règles relatives aux matières premières aux monnaies virtuelles.

À terme, tant la SEC que la CFTC ont indiqué leur intention respective de publier des directives ayant pour objet l'offre, l'émission et la réglementation des crypto-monnaies, lesquelles prendront la forme de circulaires et/ou d'une nouvelle réglementation.

Le Congrès pourrait également décider de légiférer pour mettre en place un nouveau régime applicable aux crypto-monnaies.

Dans l'intervalle, les acteurs de la crypto-monnaies doivent agir avec prudence et respect des applications mises en évidence par la SEC, la CFTC et les tribunaux, ainsi que toutes autorités administratives jugées compétentes en matière de crypto-monnaie.

*Traduction/résumé en langue française par
Laura Devine*

The purpose of this article is to provide a brief and general overview of the current status of U.S. regulation and jurisdiction over cryptocurrency transactions. For purposes of brevity, this article is limited mainly to discussion of U.S. federal securities and commodities laws and regulations affecting the offer, issuance and trading of cryptocurrencies. The discussion herein is necessarily abbreviated and omits many details. This article does not constitute legal advice and is provided only as general information.

Mini-Background Primer on Cryptocurrencies

Cryptocurrencies are virtual digital currencies that exist only on the Internet and utilize secure encryption to process and verify transactions on a distributed ledger. The distributed ledger for a particular cryptocurrency is maintained on a peer-to-peer publicly visible network on the Internet, with the peers being each person or party on the network. Each peer has

the same records of all transactions on the distributed ledger as all other peers. Entries maintained in a distributed ledger are viewed as being more secure and less susceptible to unauthorized changes than entries maintained in a centralized ledger, such as the central ledger maintained by banks. Cryptocurrencies are stored in digital "wallets" by their users.

Some cryptocurrencies, such as Bitcoin, are generally used as payment

or consideration in exchange for assets, services or satisfaction of obligations. Other cryptocurrencies, sometimes referred to as “tokens”, are offered and issued in an initial coin offering (“ICO”). Tokens usually have some form of utility or represent some form of asset value. Many people (as well as regulators and courts) sometimes use the terms “virtual currencies”, “coins” and “tokens” interchangeably.

Mini-Primer on U.S. Cryptocurrency Regulation

At the U.S. federal level, the Commodity Futures Trading Commission (the “CFTC”) and the U.S. Securities & Exchange Commission (the “SEC”) have utilized the existing framework of federal securities laws and commodities laws for bringing enforcement actions in respect of cryptocurrencies. Several states have initiated and adopted cryptocurrency regulatory structures, including the New York Department of Financial Services which regulates virtual currency business activity under its “BitLicense” regime. In addition, FinCEN, the U.S. Financial Crimes Enforcement Network, has published anti-money laundering regulations applicable to persons administering, exchanging, and using virtual currencies.¹

Significant Securities Actions Involving Cryptocurrencies

The DAO Report. In July 2017, the SEC issued “The DAO Report” in response to the theft of tokens worth approximately fifty million U.S. dollars from Slock.it, a decentralized autonomous organization, which had raised funds from approximately 11,000 investors in an ICO. The SEC determined that the DAO tokens were “securities” under the Securities Act of 1933, as amended (the “Securities Act”) and the Securities Exchange Act of 1934, as amended (the “Exchange Act”). Section 5 of the Securities Act requires that all securities be registered with the SEC or that an exemption from registration be available.

In making its analysis in The DAO Report, the SEC applied the judicial standards developed in respect of the definition of an investment contract under the “Howey test” and its line of cases:² Under the Howey test, an instrument is a security if

it (1) is an investment of money; (2) in a common enterprise, (3) with a reasonable expectation of profits, (4) to be derived from the entrepreneurial or managerial efforts of others. The Howey standard stated its intention to provide a “flexible rather than a static principle, one that is capable of adaptation to meet the countless and variable schemes devised by those who seek the use of the money of others on the promise of profits.”

Tezos Foundation. Tezos, a Swiss Foundation initiated an ICO in 2017, which raised \$232 million. The Tezos ICO was not registered with the SEC and investors ultimately lost money. Several class action lawsuits were initiated against Tezos. In August 2018, a federal court in California determined that it had jurisdiction because Tezos Foundation had marketed the ICO in the United States. Notably, clauses in the agreements for acquisition of the Tezos tokens requiring the application of Swiss law (in the “ordinary courts” of Zug, Switzerland), were disregarded by the U.S. court.

Zaslavskiy/REcoin Group. In November 2017, the U.S. Justice Department filed criminal fraud charges against Maksim Zaslavskiy. Zaslavskiy was criminally indicted for fabricating fraudulent ICOs by REcoin Group Foundation and DRC World. In November 2018, he entered a guilty plea. Notably, the court stated that an investment characterized as virtual currency or cryptocurrency does not change the applicability of federal securities laws.

Tomahawk Exploration LLC. In August 2018, the SEC entered into settlement with David T. Laurance and Tomahawk Exploration LLC in respect of the fraudulent attempt to raise capital using cryptocurrency “Tomahawkcoins.” Tomahawk issued the tokens through a “bounty program” to users who promoted the ICO.

SEC v. iPool Ltd. a.k.a. iBroker and Patrick Brunner (Austria). In September 2018, the SEC and the CFTC filed complaints against iPool/iBroker (Marshall Islands) and CEO Patrick Brunner (Austrian resident). Brunner solicited investors to buy and sell security-based swaps. The SEC and the CFTC alleged that iBroker failed to transact its security-based swaps on a registered

national exchange and failed to register as a security-based swaps dealer. iPool Ltd. and Brunner consented to settlement on March 4, 2019.

Crypto Asset Management, LP. In September 2018, the SEC filed and settled administrative proceedings against Crypto Asset Management, LP, an unregistered cryptocurrencies investment company, and its manager, Timothy Enneking. Pursuant to the settlement, Enneking ceased offering investments in the fund and offered buy-backs to his investors.

TokenLot LLC. Also, in September 2018, the SEC initiated charges against TokenLot LLC and its principals, Lenny Kugel and Eli Lewitt, for operating an unregistered broker-dealer. TokenLot had described itself as an “ICO Superstore.” TokenLot, Kugel, and Lewitt agreed to disgorge all profits plus pay significant penalties. They further agreed to destroy TokenLot’s remaining digital assets.

CarrierEQ (Airfox) and Paragon Coin Inc. In November 2018, the SEC issued cease-and-desist orders against CarrierEQ (doing business as “Airfox”) and Paragon Coin Inc. (“Paragon”). Airfox had undertaken an unregistered ICO of “AirTokens” for approximately \$15 million. Paragon had raised \$12 million in an unregistered ICO. The SEC concluded that the Airfox and Paragon tokens were securities under the Howey test. Both Airfox and Paragon agreed to return funds to investors, to register the tokens as securities, to file periodic reports as required under the Exchange Act and to pay penalties.

Celebrities Endorsements Actions. In November 2018, the SEC settled proceedings against two celebrities, boxer Floyd Mayweather Jr. and music producer Khaled Khaled who had promoted an ICO on social media without disclosing their affiliations or their compensation. The SEC imposed significant penalties and sanctions on Mayweather and Khaled.

Zachary Coburn / EtherDelta. In November 2018, the SEC settled charges against Zachary Coburn, who had been operating a digital token trading platform under the name EtherDelta. The SEC alleged EtherDelta was an unregistered

national securities exchange. In connection with the SEC settlement, Coburn disgorged all profits and was subject to significant monetary penalties.

Gladius Network LLC. In February 2019, the SEC settled proceedings against Gladius Network LLC that engaged in an unregistered ICO in late 2017. Gladius self-reported the violation to the SEC and cooperated with the SEC to remediate the situation. Gladius agreed to compensate investors and to register the tokens with the SEC. The SEC did not impose any penalties in response to Gladius' self-reporting and its remediation efforts.

Ancillary Securities Regulatory Considerations

Exceptions for Bitcoin and Ethereum: Pursuant to informal guidance enunciated by SEC staff in the course of recent public speeches, Bitcoin and the cryptocurrency known as Ethereum will not likely be construed as securities.³

"Free Stock" Regulation.⁴ Some offerings of tokens have occurred in the context of airdrops or free giveaways. Some cases have determined that "free" shares constitute a "sale," for purposes of the Securities Act, when the recipient receives something of value (such as the SEC 2009 action against Sierra Brokerage Services, Inc.). The SEC Staff has also stated that the issuance of free securities in consideration of a person's registration on or visit to an issuer's Internet site would be an event of sale implicating securities registration.

Spin-Offs (and forks). In a "spin-off," a parent company distributes shares of a subsidiary to the parent company's shareholders. The SEC has stated that a subsidiary must register a spin-off of shares under the Securities Act if the spin-off is a sale of the securities by the parent. The SEC has published Staff Legal Bulletin No. 4 which sets forth the conditions for exemption. Analogous to a spin-off is a "fork" in cryptocurrency parlance. The resemblance of "forks" to spinoffs has not yet been pronounced upon by the SEC or other regulators.

Securities Analysis Framework. On April 3, 2019, the SEC strategic hub for

innovation and financial technology (FinHub) published a framework for analyzing whether the offer and sale of a digital asset is a security.⁵

Cryptocurrencies as Commodities Subject to CFTC Regulation

CFTC Jurisdiction. In addition to cryptocurrencies being subject to regulation as securities, cryptocurrencies are also subject to regulation in the U.S. as commodities. In 2014, the CFTC declared virtual currencies to be a "commodity" subject to oversight under its authority under the Commodity Exchange Act (the "CEA"). On September 26, 2018, a federal judge entered an order holding that the CFTC has the power to prosecute fraud involving virtual currency and denying the defendants' motion to dismiss the CFTC's amended complaint. Some notable CFTC enforcement actions include the following:

Coinflip. In September 2015, the CFTC settled an action against Coinflip (d/b/a Derivabit) that operated a platform connecting buyers and sellers of Bitcoin contracts, which constituted trading or processing of swaps without registration as a swap execution facility or a designated contract market.

TeraExchange. In September 2015, the CFTC brought enforcement action against TeraExchange, a provisionally registered swap execution facility, that undertook swap trades constituting illegal trading structures in violation of the CEA.

BFXNA (Bitfinex). In June 2016, the CFTC brought enforcement action against BFXNA Inc. (d/b/a Bitfinex). Bitfinex operated an unregistered online platform for exchanging and trading cryptocurrencies, mainly Bitcoins. The CFTC found that Bitfinex engaged in illegal, off-exchange commodity transactions and failed to register as a futures commission merchant, in violation of the CEA. Because Bitfinex cooperated with the CFTC, Bitfinex was only fined \$75,000.

Gelfman Blueprint. In September 2017, the CFTC filed actions alleging a fraudulent Ponzi scheme by Gelfman Blueprint, Inc. ("GBI") and Nicholas Gelfman. The court

ordered GBI and Nicholas Gelfman to pay over \$2.5 million in penalties and restitution.

Takeaways & Conclusions

Cryptocurrencies as Securities: Per the DAO Report and the Tomahawk, Airfox, Paragon and Gladius enforcement actions, cryptocurrencies that are issued in ICOs, which have attributes of investment contracts under the Howey test, will be deemed to be securities. Registration of securities under the U.S. federal securities laws is required unless an exemption is available.

Investment Management Regulation Extends to Cryptocurrencies: As indicated by the SEC enforcement action against Crypto Asset Management, investment management structures which utilize cryptocurrencies may be subject to compliance requirements of U.S. federal securities laws.

Cryptocurrency Trading Exchanges are Subject to Regulation. Per guidance from the DAO Report and the SEC Zachary Coburn/EtherDelta enforcement action, platforms trading Cryptocurrencies will be subject to registration as exchanges.

Broker-Dealer Regulation Includes Intermediating Cryptocurrency Transactions: Parties selling or intermediating in trading cryptocurrencies must register as broker-dealers, as illustrated by the SEC TokenLot action.

ICO Promoters are subject to Regulation. Following the enforcement actions against the celebrities, persons endorsing ICOs must disclose their relationships to the issuer and provide details regarding compensation.

Foreign Actors May be Subject to U.S. Jurisdiction: U.S. securities laws have an international reach, as indicated by the Zaslavskiy/REcoin Group and I^{Pool} Ltd. actions, and the class-actions initiated against Tezos Foundation. All have held that U.S. laws and U.S. courts may have jurisdiction over foreign actors involved in cryptocurrency transactions.

Airdrops and Forks should be approached with caution: Given the

Tomahawk, Airfox and Paragon enforcement actions and the prior stated policies of the SEC in respect of free stock giveaways, any free issuances of cryptocurrencies in consideration for promotional or bounty services must be approached with caution. In addition, with respect to the SEC position on spin-offs, any and all forks of cryptocurrencies should be assessed carefully.

Remediation of Unlawful Cryptocurrency Offerings. *The Airfox, Paragon and Gladius actions illustrate the remedial measures which may have to be undertaken following an unregistered offering of cryptocurrencies for which an exemption from registration is not available.*

Exchange Act Compliance Implications for Lawful Unregistered Offerings. All offerings and issuances of cryptocurrencies undertaken within the parameters of a lawful unregistered offering (such as Regulation D) may nonetheless still be “equity securities” under the Exchange Act and therefore subject to registration by the issuer within 120 days after the last day of the issuer’s first fiscal year on which its total assets exceed \$10 million and the security is held of record by either (i) 2,000 or more persons; or (ii) 500 or more persons who are not accredited investors.

Cryptocurrencies as Commodities. The CFTC enforcement actions illustrate that cryptocurrencies will be subject to the CEA and the rules and regulations promulgated by the CFTC where the activity involves (i) futures, options or swaps (e.g., the Coinflip and TeraExchange cases); (ii) engagement in illegal, off-exchange commodity transactions and/or failure to register as a futures commission merchant, (e.g., BFXNA/Bitfinex); or (iii) where transactions in cryptocurrencies involve allegations of fraud (e.g. Gelfman Blueprint).

Conclusions

The SEC and CFTC have indicated that they intend to provide further compliance guidance for offerings, issuances and regulation of cryptocurrencies, which may take the form of policy statements and/or new rulemaking. The U.S. Congress may also take legislative action to implement

a new regulatory regime applicable to cryptocurrencies, as indicated by the Token Taxonomy Act of 2018. Until such initiatives result in new policy statements, new rules and/or new laws (or amendments to existing laws), organizations and persons engaging in cryptocurrency transactions are advised to proceed with caution on the basis of the lessons and takeaways provided to date by the SEC, the CFTC and the U.S. courts as well as comply with the regimes of other authorities having jurisdiction over their transactions involving cryptocurrencies.

Travis L. GERING
 Wuersch & Gering LLP
 New York, NY, United States
 travis.gering@wg-law.com

1. See, <https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations/guidance/application-fincen-regulations-persons-administering>.
2. See SEC v. W.J. Howey Co., 328 U.S. 293, 301 (1946); see also SEC v. Edwards, 540 U.S. 389, 393 (2004); and United Housing Found., Inc. v. Forman, 421 U.S. 837, 852-53 (1975).

3. The statement echoed an April 2018 appearance before the House Appropriations Committee, where Chairman Clayton stated “A pure medium of exchange, the one that’s most often cited, is Bitcoin. As a replacement for currency, that has been determined by most people to not be a security.”

4. *Vanderkam & Sanders* SEC No-Action Letter 1999 WL 38281 (Jan. 27, 1999). Also, *Simplystocks* SEC No-Action Letter, 1999 WL 51836 (Feb. 4, 1999) where Simplystocks proposed to distribute free stocks randomly to individuals who logged in to Simplystocks’ website and provided their name, address, social security number, phone number and email address and chose a login name and password, which the SEC determined would constitute an offering of securities subject to registration and regulation. Also, in *Andrew Jones and James Rutten* SEC No-Action Letter, 1999 WL 377873 (Jun. 8, 1999) the SEC staff opined that the issuance of three free shares of common stock to the first one million people who register with the issuer to receive the shares, whether or not through the issuer’s Internet site, was an event of sale (and thus subject to registration requirements) within the scope of the Securities Act.

5. <https://www.sec.gov/corpfin/framework-investment-contract-analysis-digital-assets>.

Placez votre pub ici

En communiquant dans le

juriste

vous adressez votre message aux
 professionnels du droit du monde entier

Contact

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

www.uianet.org



UIA

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

The UIA serving the Rule of Law

**U
IA
I
R
O
L**

**Protecting Lawyers
Promoting the Rule of Law
Strengthening Access to Justice
Advocating for Human Rights
Calling for the End of Death Penalty
Supporting Independence
of the legal Profession**

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

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

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 Issouf BAADHIO

Union Internationale des Avocats (UIA)

20, rue Drouot,
75009 Paris (France)
Tel. +33 | 44 88 55 66 - Fax. + 33 | 44 88 55 77
E-mail : uiacentre@uianet.org
Site Web : www.uianet.org
ISSN : 0758-2471

EDITORIAL TEAM / ÉQUIPE DE REDACTION / EQUIPO DE REDACCIÓN

Nicole VAN CROMBRUGGHE,
Chief Editor / Rédacteur en Chef / Redactor Jefe

Barbara GISLASON,
Deputy Chief Editor / Rédacteur en Chef Adjoint / Redactor Jefe Adjunto

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 | 47 27 50 05
sepp@wanadoo.fr

Typesetting and printing / Composition et impression / Composición e impresión
Evoluprint - Parc Industriel Euronord - 10 rue du Parc
CS 85001 Bruguères - 31151 Fenouillet Cedex

Circulation - Distribution / Tirage - Distribution / Tirada - Distribución
3 000 exemplaires / copies / ejemplares

Photos credit / Crédit photos / Crédito fotos
Front cover: © Behrouz Mehri - AFP / Page 1: © rawf8, Shutterstock /
Pages 2, 10 & 11: © UIA / Page 13: © aero-pictures.de – Fotolia /
Page 14: © UIA (upper) - © Conseil National des Barreaux (lower) /
Page 16 & 17: © Mémorial de Caen / Page 21 & 23: © Shutterstock /
Page 30: © Shutterstock (upper & lower) / Page 40: © Shutterstock (upper & lower) /
Page 45 & 47: © Shutterstock / Page 56: © UIA /
Page 63: © Shutterstock / Page 66: © Shutterstock

Publish your photo in the 2019 UIA Directory

Draw more attention to your contact details!
Several advertising options:

Publication
of your photo
and your contact
details

Publication
of your ad
(Full Inside Page)

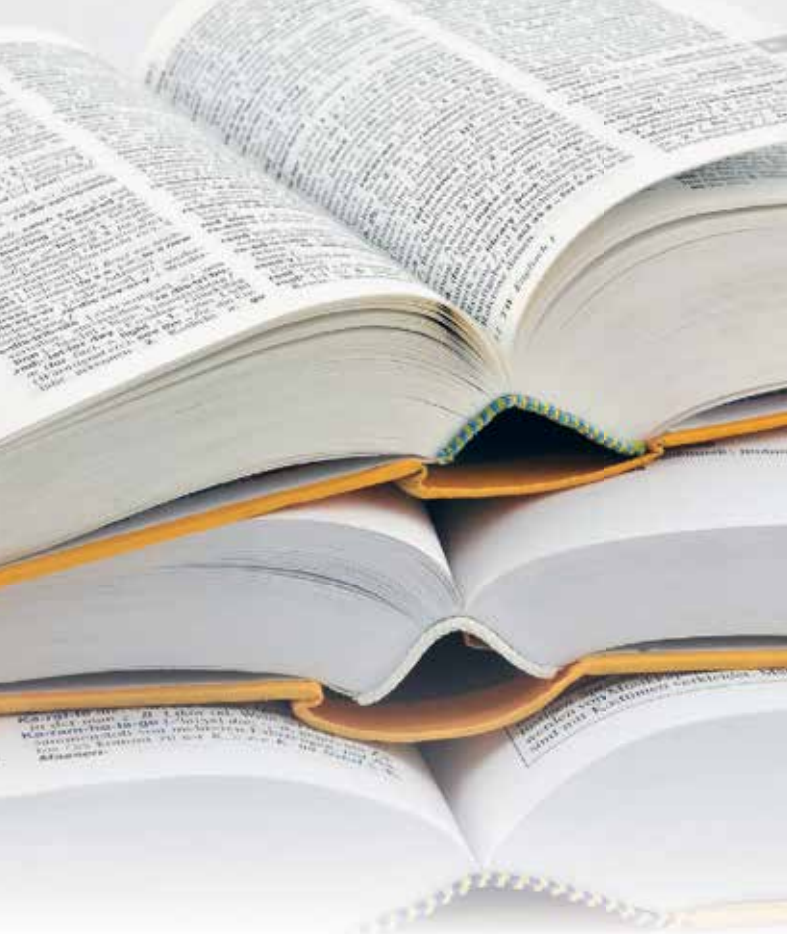
Publication
of your photo,
your firm's logo and
your contact details
against a grey background,
followed by your
biographical details
(maximum 700 characters)



Contact

Noelia Alonso Morán, Development & Partnership co-ordinator

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



L'excellence en Traduction et Interprétation



TRADUCTION & INTERPRETATION

est. 1981



**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 Supérieur du Notariat, Ecole Nationale de la Magistrature,
Cabinets d'Avocats, Cabinets Conseil en Organisation, ...