

2021 2

juriste

INTERNATIONAL



DEEP
I
V
E

THE DIGITAL BOOM
LE BOOM NUMÉRIQUE
EL BOOM DIGITAL



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



LexisNexis®

Table of Contents

Sommaire

Indice



3

President's Message | Le mot du Président | Mensaje del Presidente
Editorial | L'édito | Editorial

6

Interviews | Entretien | Entrevistas

► Isak Douah: Protester

9

New Frontiers | Nouveaux horizons | Nuevas fronteras

► One Size Does not Fit All – Three Issues for Executive Action in Response to the Covid-19 Pandemic ► Covid-19 : quel effet sur les contrats ? ► Jabbing Around the World: Global Disparities Accessing SARS-CoV-2 Vaccines

20

Deep Dive - The Digital Boom | Le Dossier - Le boom numérique | El informe - El boom digital

► [20](#) Ransomware Aftermath: Between a (Virtual) Rock and a Hard Place
► [25](#) Open data et IA en France : les avocats vigies de l'État de droit
► [29](#) Expectations and Limits of the Use of New Technologies in the Activity of the Legal Profession: Professional Ethics as a Guiding Element ► [32](#) Why Lawyers Should Care About AI ► [37](#) Vers la fin des transferts de données à caractère personnel par les cabinets d'avocats européens vers des pays tiers ? ► [41](#) La privacidad de los datos biométricos ► [46](#) Lawyers Working From Home: A Technological and Social Experiment ► [50](#) Où en est-on de la médiation par visioconférence après la Covid-19 ? ► [55](#) Big Data and Threats to Free Speech



60

The Wider View | Grand angle | Visión amplia

► Covid-19 Effects on Real Estate: Now and for the Future ► Le principe de l'égalité des parties : pilier ou frein de la procédure arbitrale ? ► Les entreprises canadiennes seraient-elles responsables de leurs actions à l'étranger ?

72

My Own Backyard | Autour de moi | Mi entorno

► Harraga et immigration irrégulière durant la pandémie de la Covid-19
► US Corporate Transparency Act



76

The Basics | Les fondamentaux | Los fundamentos

► Comprendre le Congrès des Nations unies sur la prévention du crime et la justice pénale ► What Are the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights?

79

Inside the UIA | Au cœur de l'UIA | Novedades de la UIA

► Technology Day, in Summary: The Legal Profession in a Digital World
► 29^e Forum mondial des centres de médiation : toujours au rendez-vous !
► UIA 2021 Congress

84

Legal Spotlight | Brèves juridiques | Breves jurídicos

86

After Work | Temps libre | Tiempo libre



JURISTE INTERNATIONAL

Editorial Policy

The *Juriste International* offers robust and diverse perspectives on subjects of interest to lawyers. The views expressed herein are the views of the authors and do not necessarily imply UIA policy or editorial concurrence. Publication or dissemination of advertising or support of any product, service or organization does not constitute an endorsement.

Politique éditoriale

Juriste International offre des perspectives approfondies et diverses sur des sujets d'intérêt pour les avocats. Les opinions exprimées ici sont celles de leurs auteurs et n'impliquent pas que l'UIA et/ou le Comité éditorial, en les publiant et les diffusant, les partagent, ni les soutiennent. L'UIA n'avalise pas nécessairement le matériel publicitaire ou promotionnel de tout produit, service ou organisation publié ou diffusé par le *Juriste International*.

Política editorial

Juriste International ofrece perspectivas sólidas y diversas sobre temas de interés para los abogados. Las opiniones aquí expresadas son las de sus autores y no implican que la UIA y/o el Consejo Editorial, al publicarlas y difundirlas, las compartan o apoyen. La publicación o difusión de publicidad o soporte de cualquier producto, servicio u organización no constituye un respaldo.

Photos credit | Crédit photos | Crédito fotos

Cover: ©Shutterstock - Kddesignphoto / P10: ©Shutterstock - No-Mad / P15: ©Shutterstock - Inthon Maitrisamphan / P17: ©Pixabay - HakanGerman / P20: ©Shutterstock - Kovalevich28 / P21: ©Shutterstock - Jirsak / P22: ©Shutterstock - Vchal / P23: ©Shutterstock - Andrey_Popov / P27-28: ©Shutterstock - Alexander Limbach / P30: ©Shutterstock - ProStockStudio / P34: ©Shutterstock - Piusillu / P38: ©EDBP / P40: ©Shutterstock - GoodStock / P43: ©Shutterstock - sp3n / P47: ©Shutterstock - Pressmaster / P48: ©Shutterstock - Create Job 51 / P51: ©Shutterstock - Laddawanpunna / P53: ©Shutterstock - Portrait Image Asia / P57: ©Shutterstock - ESB Professional / P59: ©Shutterstock - Blue Andy / P61: ©Shutterstock - PaeGAG / P67: ©Shutterstock - Dizain / P70: ©Shutterstock - Nicolas Economou / P74: ©Shutterstock - Sunshine Seeds / P82: ©Shutterstock - Cristina Romero Palma / ©Shutterstock - Matej Kastelic / ©Pixabay - mohamed_hassan / P83: ©Pixabay - carmen_carbonell / ©Pixabay - ddzphoto / ©Shutterstock - LucVi / P84: ©Shutterstock - Anastasiia Guseva / P84: ©Shutterstock - Two Bridges Photography P85: ©Shutterstock - Rarrarorro / P86-87: ©Steven Richman.

JURISTE INTERNATIONAL

UIA PUBLICATION | PUBLICATION DE L'UIA | PUBLICACIÓN DE LA UIA

Publication Director | Directeur de la publication | Director de la publicación

President Jorge Martí Moreno, Valencia, Spain

Editor-in-Chief | Rédactrice en chef | Redactora jefa

Barbara Gislason, Minneapolis, MN, USA, barbara@gislasonlaw.com

Deputy Editors | Rédacteurs adjoints | Redactores adjuntos

English Language: Steven Richman, Princeton, NJ, USA, srichman@clarkhill.com

French Language: Catherine Peulvé, Paris, France, cpeulve@cplaw.fr

Spanish Language: Laura Collada, Mexico City, Mexico, lcollada@dumont.com.mx

Executive Director | Directrice exécutive | Directora ejecutiva

Marie-Pierre Richard, Paris, France - mprichard@uianet.org

Editors | Éditeurs | Editores

NORTH AMERICA | AMÉRIQUE DU NORD | AMÉRICA DEL NORTE

Pierre G. Bélanger, Ottawa, Canada, pbelange@gmail.com

Gustavo Salas Rodriguez, Cancun, Mexico, gslr@salasysalas.org.mx

Hon. Peter M. Reyes, Jr., Minneapolis, MN, USA, petermreyes@gmail.com

Hon. Tracie Todd, Birmingham, AL, USA, tracie.todd@alacourt.gov

CENTRAL AND SOUTH AMERICA | AMÉRIQUE CENTRALE ET DU SUD | AMÉRICA CENTRAL Y DEL SUR

Juan Eduardo Palma Jara, Santiago, Chile, jpalma@palma.cl

EUROPE | EUROPA

Kato Aerts (Revenue Officer), Brussels, Belgium, kato.aerts@lydian.be

Romina Bossa Abiven (UIA IROL Liaison), Paris, France, rbossa@uianet.org

Marco Imperiale, Milan, Italy, marco.imperiale@lcalex.it

Paolo Lombardi (UIA News), Torino, Italy, paolo.lombardi@elexi.it

Angela Diaz-Bastien, Madrid, Spain, adb@edbalaw.com

Marc Gallardo Meseguer, Barcelona, Spain, mgallardo@rsm.es

Jose Pajares, Madrid, Spain, josepajares@pajaresyassociados.com

Camille Loup, Geneva, Switzerland, camilleloup@gmail.com

Thomas Rudkin (Young Lawyers), London, UK, thomas.rudkin@farrer.co.uk

AFRICA | AFRIQUE

Fayçal Driouche, Algiers, Algeria, cabinetdriouche@gmail.com

Christian Lukusa Kantumunda, Kinshasa, Congo (Dem. Rep.), christian@momentumattorneys.com

Olufemi Sunmonu, Lagos, Nigeria, fsunmonu@aliantlaw.ng

Aboubacar Fall, Dakar, Senegal, a.fall@aflegal.sn

ASIA | ASIE

Jansy Wang, Beijing, China, wangxiujuan@anjielaw.com

Joana Alves Cardoso, Macau, China, jac@jac.legal

Ashu Thakur, Mumbai, India, ashu@ataindia.co.in

Yoshihisa Hayakawa, Tokyo, Japan, haya@rikkyo.ac.jp

Jumanah Behbehani, Kuwait City, Kuwait, lawyer_jbehbehani@hotmail.com

OCEANIA | Océanie

Pauline Wright, Gosford, NSW, Australia, pwright@pjdonnellan.com.au

Typesetting and Printing | Composition et impression | Composición e impresión

Evoluprint, Parc Industriel Euronord, 10 rue du Parc, CS 85001 Bruguières, 31151 Fenouillet Cedex

Circulation - Distribution | Tirage - Distribution | Tirada - Distribución

3 000 copies / exemplaires / ejemplares

Union Internationale des Avocats (UIA), 9 rue du Quatre-Septembre, 75002 Paris (France)

Tél. : +33 1 44 88 55 66 - Fax : + 33 1 44 88 55 77 - E-mail : uiacentre@uianet.org

Site Web : www.uianet.org - ISSN : 0758-2471

Follow us





Jorge Martí Moreno

PRESIDENT'S MESSAGE

Dear All,

I hope you are all well and that you continue to be careful. It seems that the end of the pandemic is near, but we are not yet absolutely sure.

We at the UIA are incredibly happy and excited about the 2021 Congress in Madrid and the hybrid component.

One of the main themes of the Congress is related to the world of art and fashion. Together with experts in the field, we will discuss the internationally prevalent legal problems related to counterfeiting in fashion and art sales.

The other main theme of the Congress is very topical. We live in a world where there is a demand for greater transparency and, at the same time, great importance is attached to confidentiality and the protection of personal data. We will explore whether it is possible to find a balance between the dual obligations of transparency and confidentiality.

The Congress will be held in a beautiful, recently opened hotel. We have received a great deal of support from our sponsors and are delighted to also have the support of our Mexican colleagues, so that we can pay tribute to Guadalajara and Mexico, which should have hosted us this year but for the pandemic.

Finally, I would like to share some good news with you: the entry conditions for Spain are becoming more flexible as the weeks go by. I look forward to seeing you all in Madrid!

LE MOT DU PRÉSIDENT

Chers tous,

J'espère que vous allez tous bien et que vous continuez d'être prudents. Il semble que la fin de la pandémie se profile, mais nous n'en avons pas encore la certitude absolue.

À l'UIA, nous sommes très heureux et enthousiastes à l'idée du congrès 2021 à Madrid et son composant hybride.

L'un des thèmes principaux de ce congrès est lié au monde de l'art et de la mode. Nous discuterons, en compagnie d'experts dans le domaine, du problème juridique international des contrefaçons dans la mode et dans la vente d'œuvres d'art.

Le deuxième thème principal du congrès est d'une grande actualité. Nous vivons dans l'exigence d'une plus grande transparence et, parallèlement, une grande importance est accordée à la confidentialité et à la protection des données personnelles. Est-il possible de trouver un équilibre entre ces obligations de transparence et confidentialité ?

Le congrès se tiendra dans un magnifique hôtel ouvert récemment. Nous avons reçu beaucoup de soutien de nos sponsors et sommes ravis de l'appui de nos confrères mexicains, ce qui nous permettra de rendre hommage à Guadalajara et au Mexique, qui, sans la pandémie, auraient dû nous accueillir cette année.

Enfin, je voudrais partager avec vous une bonne nouvelle : les conditions d'entrée en Espagne s'assouplissent au fil des semaines. Je vous attends toutes et tous à Madrid !

MENSAJE DEL PRESIDENTE

Queridos todos:

Espero que estéis todos bien y sigáis siendo prudentes. Parece que el final de la pandemia está cerca, pero no podemos confiarnos.

Por otro lado, estamos muy contentos e ilusionados con el Congreso UIA 2021 en Madrid y su componente híbrido.

Uno de los temas principales del Congreso está relacionado con el mundo del arte y el mundo de la moda. De la mano de expertos debatiremos sobre la problemática jurídica internacional de las falsificaciones en la moda y en la compraventa de arte.

El segundo tema principal del Congreso es de gran actualidad. Vivimos rodeados de reivindicaciones de mayor transparencia y, en paralelo, se da una gran importancia a la confidencialidad y a la protección de los datos personales. Se analizará la cuestión de si es posible encontrar un equilibrio entre estas obligaciones: transparencia y confidencialidad.

El Congreso se celebrará en un magnífico hotel de reciente apertura. Hemos recibido muchos apoyos en materia de patrocinios y estamos encantados de contar con el apoyo de nuestros colegas mexicanos, de forma que en nuestro Congreso UIA 2021 habrá un recuerdo emotivo a Guadalajara y a México, que sin la pandemia nos hubieran acogido este año.

Finalmente, quisiera compartir con vosotros una buena noticia: las condiciones de ingreso a España se ablandan a medida que transcurren las semanas. ¡Os espero a todos en Madrid!



Barbara Gislason

EDITORIAL

On behalf of the Editorial Board, I express our deep appreciation to all who have congratulated us about the new *Juriste International*. Ian De Freitas kindly called it a “triumph.” As this publication is a team effort, I want to further introduce you to my English Deputy Editor, Steven Richman, who is based in Princeton, New Jersey; my French Deputy Editor, Catherine Peulvé, who is based in Paris, France; and my Spanish Deputy Editor, Laura Collada, who is based in Mexico City, Mexico. These lawyers all have distinguished careers and high-quality published works.

Steven Richman, a member of Clark Hill, practices in the areas of dispute resolution, international law, and professional responsibility. He chaired the American Bar Association’s prestigious Section of International Law. For the *Juriste*, he oversees the considerable English content, attracts authors through his extraordinary network, assigns editors for peer review, and polishes content. Steven, like all my Deputy Editors, wants to increase our global coverage and further develop a thematic approach that allows more participation by authors and editors.

Catherine Peulvé is an independent mediator and business lawyer registered with the Paris Bar who has an extensive international experience and served on the National Council of Bars. She is a talented person with an extraordinary work ethic who was discovered and promoted by former UIA President, Jerry

Roth. Under Catherine’s leadership, we have more French articles from many countries. After consolidating her team of French language editors in Europe and French-speaking Africa, she is exploring information relays and exchanges with more of the French-speaking world, including French Canada.

Laura Collada, the managing partner at Dumont, is an award-winning intellectual property lawyer who has lifelong treasured the art of writing. Her extensive IP leadership includes that she led the Madrid Protocol Committee of the Inter-American Association of Intellectual Property. Laura’s role at the *Juriste* includes that she is responsible for Spanish content and developing Spanish language standards. She is dynamic, interesting, and fun to work with.

I also salute the Center’s dream team of Marie-Pierre Richard, Anne-Marie Villain, and Marie-Pierre Liénard. Gratitude to all the accomplished writers in this issue, including those who went with us on a Deep Dive of the Digital Boom that helped this magazine sparkle. The inspirational President Jorge Marti Moreno is applauded for his unwavering support of the *Juriste*.

L'ÉDITO

Au nom du comité de rédaction, j’exprime notre profonde gratitude à tous ceux qui nous ont félicités pour le nouveau *Juriste International*. Ian De Freitas a eu la gentillesse de le qualifier de vrai « triomphe ». Cette publication étant un travail d’équipe, je tiens à vous présenter mon rédacteur adjoint anglais Steven Richman, qui est basé à Princeton, dans le New Jersey, ma rédactrice adjointe française Catherine Peulvé, qui est basée à Paris, en France, et ma rédactrice adjointe espagnole Laura Collada, qui est basée à Mexico, au Mexique. Ces avocats font tous de remarquables carrières et ont déjà publié des travaux de grande qualité.

Steven Richman, membre du cabinet Clark Hill, est spécialisé dans les domaines de la résolution des conflits, du droit international et de la responsabilité professionnelle. Il a présidé la prestigieuse section de droit international de l’American Bar Association. Pour le *Juriste*, il supervise l’important contenu en anglais, recherche des auteurs grâce à son réseau extraordinaire, désigne des rédacteurs pour la relecture des textes et peaufine le contenu. Comme tous mes rédacteurs adjoints, Steven souhaite accroître notre couverture mondiale et développer une démarche thématique qui permettrait une plus grande participation des auteurs et des rédacteurs.

Catherine Peulvé est médiatrice indépendante et avocate d’affaires avec une solide expérience à l’international. Elle a également été membre du

Barbara J. GISLASON • Editor-in-Chief, *Juriste International*, Rédactrice en chef, *Juriste International*, Redactora Jefe, *Juriste International* • barbara@gislasonlaw.com

“ On behalf of the Editorial Board, I express our deep appreciation to all who have congratulated us about the new *Juriste International*. ”

Conseil national des barreaux. C'est une femme talentueuse avec une remarquable éthique de travail qui a été introduite à l'UIA par l'ancien président Jerry Roth. Sous la direction de Catherine, nous obtenons davantage d'articles en français en provenance de nombreux pays. Après avoir consolidé son équipe de rédacteurs francophones en Europe et en Afrique francophone, elle explore les relais d'information et d'échanges avec une plus grande partie du monde francophone, y compris le Canada français.

Laura Collada, associée directrice chez Dumont, est une avocate primée dans le domaine de la propriété intellectuelle qui a prisé toute sa vie l'art de l'écriture. Elle a notamment dirigé le comité du protocole de Madrid de l'Association interaméricaine de la propriété intellectuelle. Pour le *Juriste*, Laura est responsable du contenu en espagnol et de l'élaboration de normes linguistiques en espagnol. Elle est dynamique, intéressante et une très agréable compagne de travail.

Je salue également la *dream team* du Centre UIA, composée de Marie-Pierre Richard, Anne-Marie Villain et Marie-Pierre Liénard. Je remercie tous les auteurs de ce numéro, y compris ceux qui ont participé avec nous à une « plongée en profondeur » dans le boom numérique qui permet à ce magazine de briller. Nous applaudissons le *leadership* inspirant du président Jorge Marti Moreno et son soutien indéfectible au *Juriste*.

➤ EDITORIAL

En nombre del Comité Editorial, deseo expresar nuestro profundo agradecimiento a todos aquellos que nos han felicitado por el nuevo *Juriste International*. Ian De Freitas lo calificó amablemente de “triumfo”. Esta publicación es un esfuerzo de equipo, por lo que deseo presentarles también a mi Redactor Adjunto de habla inglesa, Steven Richman, ubicado en Princeton, Nueva Jersey; a mi Redactora Adjunta de habla francesa, Catherine Peulvé, en París (Francia); y a mi Redactora Adjunta de habla española, Laura Collada, en Ciudad de México (México). Todos estos abogados tienen a sus espaldas unas brillantes carreras y obras publicadas de gran calidad.

Steven Richman, miembro de Clark Hill, ejerce en las áreas de la resolución de conflictos, el derecho internacional y la responsabilidad profesional. Presidió la prestigiosa Sección de Derecho Internacional de la American Bar Association. Para el *Juriste*, supervisa los ingentes contenidos en inglés, atrae autores a través de su extraordinaria red, asigna a los redactores para las revisiones de los textos y pulen los contenidos. Steven, al igual que todos mis Redactores Adjuntos, desea ampliar nuestra cobertura mundial y desarrollar un enfoque temático que permita una mayor participación con los autores y redactores.

Catherine Peulvé is an independent mediator and business lawyer registered with the Paris Bar with an extensive international experience and served on the National Council of Bars.

Catherine Peulvé es mediadora independiente y abogada mercantil ins-

crita en el Colegio de Abogados de París con una gran experiencia a nivel internacional. También fue miembro del Conseil National des Barreaux. Es una persona de gran talento con una extraordinaria ética de trabajo, que fue descubierta y promocionada por el exPresidente de la UIA, Jerry Roth. Gracias al liderazgo de Catherine, tenemos más artículos en francés de muchos países. Tras consolidar su equipo de redactores en lengua francesa en Europa y la África francoparlante, está buscando enlaces informativos e intercambios con otros lugares del mundo francófono, como la zona francoparlante de Canadá.

Laura Collada, socia gerente de Dumont, es una abogada premiada por su trabajo en materia de propiedad intelectual, que durante toda su vida ha atesorado el arte de escribir. Como parte de su dilatada experiencia en PI, lideró el Comité del Protocolo de Madrid de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual. En el *Juriste*, Laura es la responsable del contenido en español y de desarrollar los estándares del idioma español. Es dinámica, interesante y amena en su trabajo.

Asimismo, deseo rendir homenaje al *Dream Team* del Centro, formado por Marie-Pierre Richard, Anne-Marie Villain y Marie-Pierre Liénard. Mi agradecimiento a todos los escritores consumados de este número, en particular a aquellos que nos acompañaron en esa inmersión en el boom digital que ha hecho brillar esta revista. Y aplaudimos a nuestro inspirador Presidente Jorge Marti Moreno por su apoyo inquebrantable al *Juriste*.



Isak Douah

Protester

➤ Barbara Gislason s'est entretenue avec Isak Douah, un manifestant métis dont les parents sont nés en Islande et en Côte d'Ivoire. Isak fait part de ses interactions avec la police alors qu'il est élève d'un établissement scolaire urbain et manifestant du mouvement *Black Lives Matter* (BLM) ainsi que consultant en soutien psychologique pour d'autres comme lui. À travers ses yeux, vous apprendrez comment il a fait l'expérience de micro-agressions et de discrimination plus manifeste par le biais du profilage racial.

➤ Barbara Gislason habló con Isak Douah, un manifestante métis cuyos padres nacieron en Islandia y Costa de Marfil. Isak comparte sus interacciones con la policía como estudiante en una escuela urbana y manifestante de *Black Lives Matter* (BLM), así como consultor de apoyo psicológico para otros como él. A través de sus ojos, aprenderá cómo experimentó microagresiones y una discriminación más abierta a través del perfil racial.

Introduction

The state of Minnesota is home to the Mayo Clinic, Medtronic, 3M, Cargill, and Target Corporation, as well as 10,000 lakes, walleye, moose, deer, ducks, and of course, the loon. It is also the center of highly ranked educational institutions like the University of Minnesota, Carleton College, and Macalester College. In addition, Minnesota is proud of its well-known political sons and daughters, including Hubert Humphrey, Walter "Fritz" Mondale, Amy Klobuchar, Keith Ellison, and Ilhan Omar, as well as the revered singer songwriters, Bob Dylan and Prince.

While in the world's eyes, Minnesota is a great place to live, and the people are friendly, innovative, and progressive, Darnella Frazier's video of the murder of George Floyd by Third Precinct Minneapolis Police Officer, Derek Chauvin, unmasked an uncomfortable truth. Although "white" people have more positive experiences with police and live in safer neighborhoods, their darker-skinned neighbors

often do not, and it should be noted that Minnesota is roughly made up of 83% of Caucasian people, while the other 17% include people of biracial, African American, Hispanic, Asian, or Native American descent.

In this article, Isak Douah describes how he lost faith in democratic institutions after experiencing and witnessing unjust acts over and over. From his perspective, the police, and the institutions behind it, exist not to protect, but instead, to persecute his kind.

Early Years

I met Isak's Icelandic mother, Thorunn Bjarnadottir, in the 1990s when she came to Minnesota to earn her doctorate. During her time at the University of Minnesota, Thorunn met and married a Fulbright scholar from the Ivory Coast named Remi Douah. They raised their only child, Isak, in Minneapolis, Minnesota, except he spent summers in Iceland with his maternal relatives.

From an early age, Isak became fluent in Icelandic, French, and English. He is also of mixed race, and a light skinned black person, and that led to some of the black boys seeing him as "emotional" and "wimpy" until he proved himself on the playground. Icelanders saw him as dark skinned. He was uncomfortably aware that being light skinned in America meant he had more privilege, while in Iceland, others were curious about his looks.

In his preteens, Isak attended a self-directed open school where he had racially diverse friends, was popular, and was academically successful. He experienced "microaggressions," including uncomplimentary stereotypes such as, "Is your father in your life?" And yes, Remi very much was.

When he was ten years old, Isak recalled biking to a waterpark. On his ride, he was dimly aware that a police squad car had him in his sights. As Isak biked downhill, the squad car swerved right in front of him quite suddenly. He jumped off his bike, landed in the road, and looked up at a furious face. He then heard the police radio summon the white officer away. Isak can still recall how afraid he was, and he can still see that officer's face in his mind's eye.

While at the open school, Isak never drank, smoked pot, or took drugs like most of the kids his age did, "just like my father," he would add. He repeatedly found himself pulled

out of classes and taken to the principal. The principal, after pressing Isak to admit that he was high or up to no good, would march him to the nurse's office to check his blood pressure. Although there was no evidence that Isak was high or drug dealing, these incidents became routine and "undermined [my] sense of self."

He vividly recalled that one day, while on a school bus with his classmates singing songs on the way to a French camp, a teacher jumped on the bus and demanded Isak to "come with me." She then searched his backpack and him, yet she found nothing. Isak said these repeated incidents had the effect of him "losing interest in school." He also developed a strong sense of injustice. Eventually, the school learned that the drug dealer was a white boy. But even after the school learned that the drug dealer was not Isak, no one apologized to him. No one tried to make it right.

Isak described standing on Lake Street with a friend holding his new video camera one day. They saw a police officer peak into his neighbors' parked cars, one after the other, and his friend video-recorded it. He said police officers frequently looked for "members of my community doing something wrong" when they were not.

As Isak recounted his high school years, a theme began to develop about the police being out to get members of his community, which now was all black, rather than the friends of many races he had had before. The police that worked inside South High School treated the students in this inner-city school badly.

Isak could recall what age he was based upon which black person died at the hands of the police, including Aura Rosser in 2014, Eric Garner in 2014, Michelle Cusseaux in 2014, Akai Gurley in 2014, Gabriella Nevarez in 2014, Tamir Rice in 2014, Michael Brown in 2014, Tanisha Anderson in 2014, Freddie Gray in 2015, Janisha Fonville in 2015, Philando Castile in 2016, Alton Sterling in 2016, Stephon Clark in 2018, Botham Jean in 2018, Atatiana Jefferson in 2019, and most recently, Breonna Taylor in 2020, George Floyd in 2020, Daniel Prude in 2020, Rayshard Brooks in 2020, and Daunte Wright in 2021. Black citizens harmed or threatened by Minneapolis police are often people Isak knows personally, or they had relatives or friends within his circle of friends, including George Floyd.

Isak described the behaviors of the Third Precinct police in Minneapolis toward black and dark-skinned people, saying, "If given the chance, they would not only arrest someone, but inflict pain to the greatest extent possible." He commonly saw black men face down on the cement with the police on top of them wielding tasers. To him, the police were clearly not presuming innocence.

When Isak got his driver's license at 16, he was pulled over by the police so often for no reason—or an obscure reason—that he lost track. He was always aware that if the police stopped him, they could "pretty much do what they want." After all, "who would believe me over the police?"

Isak became part of a network that is activated when black people are unjustly killed, and he joined the youth version of "Black Lives Matter." When black people were killed by



police, he became proactive in what he called "occupying" a location, such as blocking a street. This meant he was subjected to rubber bullets, mace, or worse. While his community faced police brutality, he could not help but notice that when white supremacists committed crimes, "they were treated well" by the police.

For Isak, there was some peace in 2017 after he graduated from high school. He finally got serious about academics and in 2018, he enrolled at the University of Amsterdam in the Netherlands, where he became keen on fashion design and the applied sciences. But while he was very happy there, the pandemic began, and life in Amsterdam changed.

On May 25, 2020, Isak's phone erupted in Amsterdam with calls from his friends living in the Third Precinct in Minneapolis. When Isak learned what had happened to George Floyd, a man one of his friends knew, he took the first plane he could get back to Minneapolis. He was relieved to learn that the Third Precinct (which he viewed as a seat of oppression) had already been burned down,

but he was horrified to see that “my old neighborhood had burned, too.”

Seeing the dysfunction and fear on the streets of Minneapolis following George Floyd’s murder, Isak took it upon himself to get a bulletproof vest and be part of what he somewhat apologetically called a “rag tag” security force. Without training, he worked around George Floyd Square at 38th and Chicago. He was proud that twice, he was able to disarm a drunk man with a gun without incident and said, “it was not difficult.” But soon, while on duty, he would watch a man named Murphy Ranks die in front of him while trying to break up a fight. Isak witnessed Ranks’ blood run down the street and into the gutter, and he is still haunted by the memory of Ranks’ family members watching Murphy “bleed out.”

After Ranks’ death, Isak was not the same. When he closes his eyes, he sees blood and wakes up terrified. Beyond the death threats he received for public efforts to get safety gear for protestors, he also began to have irrational fears that others were after him. In addition to bloody visages and paranoia, he was becoming numb and disassociated from reality. Isak sought help.

He increasingly noticed that he was not alone in having his mental health decline, and Isak made a podcast about his problems and encouraged other youth to get help. Soon, Isak and his father, Remi, became more proactive in helping those with Post Traumatic Stress Disorder problems and they founded a nonprofit called 846s.org. Full of ideas, he

is currently putting effort into another project to bring the black community sensitive therapists directly to where the need lies. He said the concept is like Uber Eats, except it is for the delivery of therapists, not food.

For Isak and his friends, who were born and raised in the Third Precinct, the police are not welcome. He wants his community to develop its own safety plan and implement it and take actions to protect themselves.

Conclusion

As Isak lived and George Floyd was murdered just a few miles from where I live, it is hard to fully grasp how much our experiences have greatly differed. To a certain degree, policing boils down to a somewhat simple question: If you need help or protection, who would you call to keep you safe?

It is no small wonder that people treated well by the police want to improve police training and increase police funding, while Isak prefers to dismantle the “militarized police” and to better use financial resources to reimagine a just legal system and institutions. If Isak can survive these tumultuous times, and the next demonstration, I hope he will apply his considerable talents to his education and one day join the Union Internationale des Avocats (UIA). All organizations need people like Isak to reveal what is missed so that humanity can not only aspire to high values, but also realize them. ■

Munger, Tolles & Olson
is proud to support

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

and the

Madrid
2021 UIA CONGRESS

Munger, Tolles & Olson has a broad international practice. We represent both U.S. and foreign companies and individuals in cross-border civil disputes and investigations by the U.S. and foreign governments.

LOS ANGELES | SAN FRANCISCO | WASHINGTON, D.C.
MTO.COM

**MUNGER
TOLLES &
OLSON** LLP

One Size Does not Fit All – Three Issues for Executive Action in Response to the Covid-19 Pandemic



DR. JOELLE GROGAN

➤ Cet article examine les réponses juridiques à la pandémie du Covid. Il identifie trois domaines de préoccupation qui sont apparus à travers le monde dans les réponses des États face à la pandémie du Covid-19 : la base juridique discutable de certaines actions ; l'incertitude des mesures juridiques et le manque de contrôle législatif de l'action de l'exécutif. Il fait valoir qu'en s'attaquant à ces problèmes pour améliorer à la fois la qualité de la loi et son utilisation, on peut encourager et renforcer la confiance du public dans la gouvernance, qui est l'élément le plus important des stratégies efficaces de réponse à la pandémie.

➤ Este artículo examina las respuestas legales a la pandemia de Covid. Identifica tres áreas de preocupación que han surgido en todo el mundo en las respuestas de los estados ante la pandemia de Covid-19: la base legal cuestionable para ciertas acciones; la incertidumbre de las medidas legales; y la falta de supervisión legislativa de la acción ejecutiva. Sostiene que al abordar estos problemas para mejorar tanto la calidad de la ley como el uso de la ley, se puede fomentar y reforzar la confianza pública en la gobernanza, que es el elemento más importante en las estrategias exitosas de respuesta a la pandemia.

In the year following the World Health Organisation's declaration of the Covid-19 pandemic, the move to online parliamentary debate and zoom court rooms was dramatic. On occasion these proceedings have gone viral, like the unfortunate incident of the lawyer with the kitten filter. However, a majority of nations still appear to operate on the basis of emergency powers or in a state of emergency in their response to the coronavirus pandemic. Only a minority have returned to what could be described as ordinary processes.

An emergency necessitates an emergency response. This is a truth that was realised too late for too many states who now suffer among the highest total mortality rates in the world. It is obvious that the swifter the response, the more control that states have over the outcomes. For this reason,

governments have been best placed to respond to the pandemic and have relied on a range of emergency powers to do so. However, the legitimacy of the *ongoing* reliance on emergency powers by governments, even in response to successive 'waves' of infection, loses justifiability.

There are inherent dangers which are compounded in a quasi-permanent emergency where exceptional powers are normalised. The use of emergency powers typically undergoes less legislative scrutiny than ordinary laws, and courts tend to be more deferential to the decisions of government during an emergency. The situations which call for their use can also be used to justify actions which would not ordinarily be condoned. For this reason, emergency powers are at higher risk for abuse or misuse of such powers – which, in both historically and in contemporary times, has proven true. Negative experience of abuse of emergency powers led the framers of the Japanese constitution to omit an emergency clause, while the Mexican constitution provides for judicial and legislative safeguards on a declaration of a state of emergency. Leaders of the January 2021 military coup in Myanmar declared a state of emergency to dissolve the legislature, and transfer all legislative, judicial and executive powers to the military.

State action must have a sound basis in law.

In global response to the pandemic, however, a year of pandemic has also exposed false assumptions regarding the nature of the use (and abuse) of emergency power. First, while it is true that emergency power inherently has more risk of abuse than ordinary powers, it is false to assume that *any and all* use of emergency powers during the Covid-19 pandemic is an indicator of abuse. Similarly, while states should rely on ordinary powers in so far as is possible (and return to ordinary processes as soon as possible), the mere fact of using ordinary powers does not mean that a state has not engaged in abusive or undemocratic practices.

Poland has been criticised for *not* declaring a state of emergency in response to the pandemic and so avoiding the higher levels of scrutiny which *ought* to be applied to



the use of emergency powers. By contrast, in Hungary, successive declarations of emergency (beginning in 2015, a 'mass migration emergency') coupled with increasing delegation of sweeping and near-unlimited power to the government has evidenced the realised

potential for an abuse of power in an emergency to consolidate power within the executive. South Africa avoided the declaration of a state of emergency due to the negative historical association with apartheid, instead declaring a 'state of disaster'. While in Malaysia, the declaration of a state of emergency (which is immune from review and could allow virtual suspension of the

constitution and ordinary parliamentary functions) was argued to be more in response to political insecurity rather than necessary for response to pandemic. Simply – the form of power is less important than its use.

A focus on executive use of power is essential. This is all the more important where a majority of Covid-19 measures globally are based on executive actions. Three areas of concern have emerged across the world in governmental response to the Covid-19 pandemic: the questionable legal basis for certain action; the uncertainty of legal measures; and the lack of legislative oversight of executive action. These are transversal issues which have been highlighted globally and are not linked with geographic region or quality of governance.

Legality goes to the foundation of a state based on the rule of law. State action must have a sound basis in law.

Across the world, the restrictive national measures which are not easily paralleled in contemporary history for their scale or scope – including regional or national lockdowns, curfews, restrictions on assembly, and the long-term closures of businesses and educational institutions - have been primarily introduced through executive instruments. Beyond the question of constitutionality and the balancing of rights, a significant majority of countries which did not call a state of emergency in response to the pandemic instead relied on (typically) health legislation which may not be reasonably interpreted as allowing for the use of power in ways that have been used. A resolution (and needed in this author's opinion) adopted in only a minority of states has been to introduce targeted coronavirus legislation which delegates limited powers to the executive to respond, but which also contains necessary legal safeguards including sunset provisions.

A second issue has been the uncertainty of Covid-19 measures. Frequently changing rules and requirements, which have been inconsistently enforced or interpreted, undermines both the rules and the capacity of the population to follow them. In the Czech Republic (and far from an outlier), 65 resolutions were issued by the executive over two months in March-May 2020. These resolutions contained rules, exceptions and exceptions to the exceptions that required a near impossible level of attention to legal detail. Reliance on presidential or ministerial circulars in Turkey and Cameroon in response to the pandemic created a crisis of legal uncertainty and public confusion. In a time of deep uncertainty where disinformation is both rampant and destructive, legal measures must be certain in their meaning, consistent in their application, and accessible in their understanding.

A final issue has been the limited degree of oversight by parliaments of executive action in the response to Covid-19.

In global response to the pandemic, however, a year of pandemic has also exposed false assumptions regarding the nature of the use (and abuse) of emergency power.

Such oversight acts as an essential check on power but can also improve the quality and so effectiveness of measures. While initial responses to the pandemic were marked with the exclusion (e.g. Estonia) or even suspension (e.g. Guatemala) of Parliament, a majority of countries appear to be working towards a return to parliamentary processes albeit with adapted procedures including remote voting. In the EU, 24 of 26 states surveyed by Democracy Reporting International indicated that parliaments were fully operational by October 2020, less than 40% either regularly scheduled debates on Covid-19 measures or provided for committees, commissions or groups specially constituted for providing oversight to Covid-19 measures.¹ Review of Covid-19 measures was even more limited, with only 31% or less of states identifying parliamentary review and/or amendment of restrictive Covid-19 measures. Spain was alone in not raising either some or significant concerns on the efficacy of judicial and legislative scrutiny from a rule of law perspective. The lack of legislative oversight also relates to the lack of public input (90% of states identified this as problematic) and transparency in decision-making.

What then, is the way forward for governance during the pandemic? The reality is that the tools are available. There are lessons to be learned on how best to formulate policy and design the most effective legal measures which can be gleaned from collective global experience of what is effective and what is not.² The issues of legality,

uncertainty and lack of oversight are mutually reinforcing and detrimental. Legislative drafting which invites public input can improve the quality and certainty of measures, and provide clear legal basis (and limits) for government action. Regularised and focused parliamentary scrutiny in the form of specialised committees or commissions, as well as independent review, can highlight deficiencies in need of reform. Collectively, improving the law and the use of law can encourage and bolster public trust in governance which is, of itself, the single most important element in the most successful strategies in response to the pandemic.³

Dr. Joelle Grogan (Middlesex University London) is the convenor of two global symposia examining the impact of the Covid-19 pandemic on legal systems worldwide from the perspective of democracy, human rights and the rule of law. The "Power and the Covid-19 Pandemic" series begins on the Verfassungsblog on 22 February 2021, publishing comparative analysis of states' legal responses to the pandemic in over 70 countries. With Democracy Reporting International, she led the "Rule of Law Stress Test" which was an evaluative survey of the EU-27 states' responses to increasing rates of infection in October 2020 – January 2021. ■

Dr. Joelle GROGAN

Senior Lecturer in Law, Middlesex University London
London, United Kingdom
j.grogan@mdx.ac.uk

1. Democracy Reporting International, *Rule of Law Stress Test October 2020 – January 2021 Report* (March 2021, forthcoming).

2. J. Grogan and N. Weinberg, 'Principles to Uphold the Rule of Law and Good Governance in a Public Health Emergency' RECONNECT Policy Brief (August 2020) available at <https://reconnect-europe.eu/publications/policy-briefs/>.

3. S. Jasanoff, S. Hilgartner et al, *Comparative Covid Response: Crisis, Knowledge, Politics Interim Report* Future Forum on Preparedness (12 January 2021), available at <https://www.futuresforumonpreparedness.org/research>.

UIA International Association of Lawyers

LexisNexis

RULE OF LAW AWARD

CALL FOR NOMINATIONS

Deadline: September 1, 2021

The Rule of Law Award acknowledges and publicises individuals and/or organisations for their commitment and actions to the development and promotion of the Rule of Law.

Find out more:
www.uianet.org

Covid-19 : quel effet sur les contrats ?

NAFAA SLIMANI



Réflexion autour de la théorie de l'imprévisibilité et de la force majeure en droit algérien.

➤ Covid-19 has had disastrous impacts on economic operators and businesses, forcing many countries to put in place aid mechanisms to save their economy due to the losses suffered and the economic consequences affecting the vast majority of companies. Considering the measures taken by certain countries and the resulting economic situation, in this article we wish to present a legal reflection on the impact of Covid-19 on the contractual commitments of economic operators, regarding the provisions of Algerian law.

➤ El Covid-19 ha tenido impactos desastrosos en los operadores económicos y las empresas, obligando a un gran número de países a poner en marcha mecanismos de ayuda para salvar su economía debido a las pérdidas sufridas y las consecuencias económicas que afectan a la gran mayoría de empresas. Teniendo en cuenta las medidas adoptadas por determinados países y la situación económica resultante, en este artículo queremos presentar una reflexión jurídica sobre el impacto del Covid-19 en los compromisos contractuales de los operadores económicos, en lo que respecta a lo dispuesto en la legislación argelina.

1- Introduction

La Covid-19 a eu et aura des impacts désastreux sur les opérateurs économiques et les entreprises commerciales.

Tous les pays à travers le monde essayent de mettre en place des dispositifs d'aide en vue de sauver leur économie. Plusieurs mesures de soutien aux opérateurs économiques ont été décidées par plusieurs gouvernements, à l'exemple du report de délai de paiement des impôts et des charges parafiscales, le rééchelonnement des crédits bancaires, la non-application des pénalités de retard pour les marchés publics, etc.

La question que nous nous posons dans ce cadre est la suivante :

- ces mesures sont-elles les seules et sont-elles suffisantes pour les opérateurs économiques ?
- quel est le sort des contrats (notamment les marchés publics) dont les obligations ont été impactées par cette pandémie de la Covid-19 au point de remettre en cause l'équilibre contractuel et sa bonne exécution ?

En Algérie, le décret exécutif n°20-69 relatif aux mesures de prévention et de lutte contre la propagation du Coronavirus a été promulgué le 21 mars 2020 (ci-après « 1^{er} Décret Covid-19 »). Ce 1^{er} Décret Covid-19 a instauré, entre autres mesures, la démobilisation de certaines catégories de travailleurs de l'administration publique avec maintien des activités des services vitaux et en organisant le transport des personnes.

Les personnels relevant du secteur économique et financier, public ou privé, n'était pas concernés par ce 1^{er} Décret. Toutefois, les gestionnaires de ce secteur étaient invités à prendre les dispositions qu'ils jugent opportunes afin de réduire la mobilité de leurs personnels en tenant compte des impératifs liés à la nature de leurs activités, sans pour autant affecter la production et les services nécessaires à la satisfaction des besoins essentiels des citoyens et à l'approvisionnement de l'économie nationale.

Le 24 mars 2020, le premier ministre a promulgué un nouveau Décret exécutif n° 20-70 fixant des mesures complémentaires de prévention et de lutte contre la propagation du Coronavirus (ci-après « 2^e Décret Covid-19 »). Ces mesures concernent, entre autres :

1. La fermeture de tous les commerces de détail, à l'exception de ceux assurant l'approvisionnement de la population en produits de première nécessité.
2. Le maintien de l'activité des établissements et des secteurs d'activités assurant les services publics de base ainsi que les agences postales, bancaires et d'assurance.
3. La mise en congé exceptionnel rémunéré d'au moins 50 % des personnels des administrations publiques est étendue au secteur économique public et privé. Dans ce

cadre, ce décret prévoit que la compensation des éventuels préjudices occasionnés par les mesures de prévention fera l'objet d'un texte particulier.

Si le 1^{er} Décret avait laissé le soin aux gestionnaires des entreprises commerciales de prendre les mesures nécessaires afin de réduire la mobilité de leurs personnels, en tenant compte des impératifs liés à la nature de leurs activités, le 2^e Décret est venu imposer un certain nombre d'obligations légales dont le non-respect est passible, non seulement de sanctions administratives, mais aussi de sanctions pénales (cf. article 17 du 2^e Décret Covid-19).

Tenant compte de ces nouvelles dispositions et de la conjoncture engendrée par la Covid-19, nous souhaitons à travers cet article exposer une réflexion juridique de l'impact de la situation actuelle sur les engagements contractuels des opérateurs économiques, au regard des dispositions du code civil algérien et de certains concepts juridiques.

Dans ce cadre, nous allons non seulement aborder la théorie de l'imprévisibilité, mais aussi la qualification et les conséquences des cas de force majeure en droit algérien pour terminer notre réflexion sur la possibilité de mise en place d'accords de transaction pour mettre fin à d'éventuels litiges qui pourraient naître après.

Avant de rentrer dans le vif du sujet, nous souhaitons souligner le fait que la notion de congé spécial rémunéré, avec la possibilité de dédommagement par l'État, est un concept nouveau instauré par les décrets relatifs aux mesures de prévention et de lutte contre la Covid-19 et que la loi 90-11 prévoit juste la possibilité aux sociétés d'accorder des absences rémunérées.

2. La théorie de l'autonomie de la volonté et le principe de bonne foi en droit algérien

La théorie de l'autonomie de la volonté est énoncée en droit algérien dans l'article 106 du code civil qui prévoit : « *Le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué, ni modifié que de leur consentement mutuel ou pour les causes prévues par la loi.* »

Le principe l'autonomie de la volonté concerne l'aptitude du contrat à produire des effets juridiques conformément à son contenu. Au titre de ce principe, l'obligation trouve sa source dans le contrat et entraîne des conséquences quant à l'interprétation et à l'application de ses dispositions.

En droit en général et en droit international public en particulier, l'expression *Pacta sunt servanda* (littéralement « les pactes doivent être respectés ») affirme le principe selon lequel les traités, et plus généralement les contrats, doivent être respectés par les parties qui les ont conclus.

En matière de droit international, c'est l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 sur les traités qui l'énonce : « *Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi.* » Ce principe implique également que les États parties à un traité ne peuvent se prévaloir d'obstacles posés par leur ordre juridique interne pour éviter d'exécuter leurs obligations internationales.

Corrélativement au principe *pacta sunt servanda*, les contrats doivent être exécutés de bonne foi. Le principe de la bonne foi vient alors conforter la règle selon laquelle les parties au contrat s'obligent à agir de bonne foi parce qu'elles sont liées par l'accord.

Le principe de la bonne foi est aussi un principe général du droit qui s'impose aux contractants, même en l'absence de tout lien conventionnel. D'ailleurs, l'article 107 § 1 & 2 du code civil a adopté ce principe en prévoyant ce qui suit : « *Le contrat doit être exécuté conformément à son contenu, et de bonne foi. Il oblige le contractant, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que la loi, l'usage et l'équité considèrent comme une suite nécessaire de ce contrat d'après la nature de l'obligation.* »

De ce qui précède, nous comprenons qu'en droit algérien, les parties sont obligées non seulement de respecter le contrat les liant (force obligatoire du contrat), mais aussi de se comporter de bonne foi dans les relations contractuelles, c'est-à-dire de se conformer à « *l'esprit de loyauté, de respect du droit, de fidélité aux engagements et aussi à l'usage et l'équité.* »

Le principe l'autonomie de la volonté concerne l'aptitude du contrat à produire des effets juridiques conformément à son contenu.

3. La théorie de l'imprévisibilité en droit algérien

La théorie de l'imprévisibilité est prévue, en droit algérien, dans l'article 107 § 3 du code civil qui prévoit « *Toutefois, lorsque, par suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse, de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle.* »

Il ressort de cet article que l'application de la théorie de l'imprévisibilité en droit algérien est subordonnée à certaines conditions à savoir :

- l'événement affectant le contrat doit :
 - être exceptionnel
 - être imprévisible et
 - avoir un caractère de généralité
- l'exécution de l'obligation contractuelle devient excessivement onéreuse
- l'un des contractants est menacé de perte exorbitante.

Cette théorie trouve son fondement dans le principe de bonne foi contractuelle, lui-même érigé en principe directeur du droit des contrats. Ce principe est bien établi dans les paragraphes 1 et 2 de l'article 107 du code civil qui prévoient « *Le contrat doit être exécuté conformément à son contenu, et de bonne foi. [...]* »

En général, les éléments constitutifs de l'imprévision sont au nombre de trois. Il faut que l'événement provocateur de la situation :

- n'ait pu raisonnablement être prévu par le cocontractant ;
- qu'il ait été indépendant de la volonté du cocontractant ; et
- qu'il ait occasionné des charges supplémentaires, généralement qualifiées d'extracontractuelles parce que non prévues lors de la conclusion du contrat, entraînant le bouleversement de son économie.

Le législateur algérien, quant à lui, a rajouté d'autres éléments constitutifs de l'imprévision à savoir, le fait que l'événement doit être exceptionnel et présenter un caractère de généralité.

Qualifiée « d'urgence de santé publique de portée internationale » par l'OMS, la pandémie de la Covid-19 pourrait constituer les éléments de l'imprévisibilité, tant du point de vue de la règle générale admise en droit que de celui de la définition agréée dans le code civil algérien.

La théorie de la force majeure n'est pas définie dans le code civil algérien.

Eu égard au fait qu'en droit algérien, c'est au juge que revient la prérogative de réduire, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, l'obligation devenue excessive. Les tribunaux, notamment en ce qui concerne les marchés publics, vont certainement être appelés, une fois cette pandémie passée, à traiter des litiges et différends qui ont un lien direct ou indirect avec l'exécution des obligations contractuelles à l'ère de la Covid 19.

Au-delà de la théorie de l'imprévisibilité dont l'application doit se faire à travers une action en justice, il est à noter que le code civil algérien prévoit, dans ses articles 459-460 et 461, la possibilité de mettre en place des protocoles de transaction au moyen de concessions réciproques entre les parties au contrat en vue de mettre définitivement fin à leurs contestations ou différends, en trouvant des accords amiables basés sur des concessions réciproques en vue d'arrêter toute procédure ou toute contestation née ou à naître dans le cadre d'un contrat.

4. La clause de *hardship* et la théorie de l'imprévisibilité

On trouve généralement les clauses de révision des contrats (« clause de *hardship* ») dans les contrats de longue durée (en Algérie surtout dans les contrats de fourniture Oil & Gaz). La clause de *hardship* est insérée dans le contrat pour permettre de faire face à un événement imprévisible dans la réalisation d'un contrat. Dans ce cadre, il est indispensable de prévoir la possibilité d'une renégociation de contrat, afin de l'adapter aux nouvelles circonstances qui pourraient remettre en cause son équilibre.

En droit algérien, le code civil a prévu, pour les contrats d'entrepreneuriat à prix forfaitaire, la possibilité de révision des contrats par suite d'événements exceptionnels et imprévisibles en cas de remise en cause de l'équilibre contractuel. Cette révision n'est pas automatique entre les parties, mais se fait par le juge qui peut accorder une augmentation du prix ou prononcer la résiliation du contrat.

Dans la pratique, les parties prévoient dans les contrats les circonstances et les modalités dans lesquelles il faudra renégocier le contrat, lorsqu'un fait rend difficile l'exécution des obligations contractuelles de l'une ou l'autre des parties à cause de changements dans l'environnement (économique, politique, technique...).

Dans de telles situations où les parties voudraient faire appel à une clause de *hardship*, ce n'est pas l'exécution du contrat qui devient impossible, mais c'est l'équilibre économique entre les obligations respectives des deux parties qui est rompu.

Le *hardship* correspond donc à la théorie de l'imprévision qui, en droit algérien, est consacrée dans l'article 107 § 3 du code civil, et pour les contrats d'entrepreneuriats, dans les dispositions de l'article 561§ 3 du code civil.

5. La force majeure en droit algérien

La force majeure est un cas d'exonération de la responsabilité. Elle est définie généralement par trois critères, appréciés de manière cumulative, à savoir l'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité à l'événement. Cette règle est aussi appelée par certains la règle des trois « i » (événement Imprévisible, Irrésistible et Indépendant de la volonté des parties).

La théorie de la force majeure n'est pas définie dans le code civil algérien. Néanmoins d'autres dispositions légales prévoient des définitions de cette théorie, comme le décret présidentiel n° 03-85 du 1^{er} mars 2003 portant modèle de la convention minière qui prévoit :

« Pour les fins de la convention minière, la définition de force majeure comprend tout acte ou événement imprévisible, irrésistible et indépendant de la volonté des parties et les empêchant provisoirement ou définitivement d'exécuter leurs obligations.

Doivent être entendus comme cas de force majeure, tous événements, actes ou circonstances tels que les faits de guerre ou conditions imputables à la guerre, déclarée ou non, insurrection, troubles civils, blocus, embargo, actes de terrorisme, épidémies, actes de la nature, tremblements de terre, inondations ou autres intempéries extrêmes, explosions, incendies et foudre et affectant l'exécution de la convention minière. »

Le code civil algérien, dans son chapitre III « De l'acte dommageable » Section I « De la responsabilité du fait personnel », prévoit clairement à l'article 127 : « à défaut de disposition légale ou conventionnelle, échappe à l'obligation de réparer le dommage, celui qui prouve que ce dommage provient d'une cause qui ne peut lui être imputée, tel que le cas fortuit ou de force majeure, la faute de la victime ou celle d'un tiers ». En conséquence, la force

majeure est un cas d'exonération de responsabilité et ne saurait servir de fondement à un droit à dédommagement du préjudice subi que si le contrat le prévoit.

Le Code des marchés publics en Algérie a aussi prévu la suspension des délais et l'exonération des pénalités de retard dans les limites fixées par les ordres d'arrêt et de reprise de services en cas de force majeure.

Il est intéressant aussi de signaler que, pour les contrats d'entreprise, les dispositions du code civil prévoient qu'au cas où, par suite d'un cas de force majeure, l'ouvrage périt avant sa livraison au maître de l'ouvrage, l'entrepreneur ne peut pas réclamer le prix de son travail ni le remboursement de ses dépenses.

Toutefois :

- si l'entrepreneur a été mis en demeure de livrer l'ouvrage ou si l'ouvrage a péri ou s'est détérioré avant la livraison par la faute de l'entrepreneur, ce dernier est tenu de dédommager le maître de l'ouvrage
- si c'est le maître de l'ouvrage qui a été mis en demeure de prendre livraison de l'ouvrage ou si l'ouvrage a péri ou s'est détérioré avant la livraison par la faute du maître de l'ouvrage où à cause du vice de la matière fournie par lui, il en supporte la perte et doit à l'entrepreneur sa rémunération ainsi que la réparation du préjudice subi s'il y a lieu.

6. Le rôle des assureurs dans la prise en charge des sinistres relatifs aux pandémies

L'assurance en droit algérien est considérée comme une opération par laquelle une personne, l'assureur, s'engage à exécuter une prestation au profit d'une autre personne, l'assuré, en cas de réalisation d'un événement aléatoire en contrepartie du paiement d'une somme d'argent, la prime d'assurance.

Un contrat aléatoire, en droit, est un contrat dans lequel la prestation de l'une des parties dépend d'un événement incertain. Dans ce type de contrat, l'événement qui déclenche la prestation de l'assureur doit obéir aux trois caractéristiques suivantes : il doit être futur, incertain et indépendant de la volonté de l'assuré.

Eu égard à ce qui précède, la Covid-19 est un événement aléatoire qui pourrait être pris en charge par une assurance, pour autant que le contrat d'assurance mis en place prévoit ce type de risque.

Il est courant de trouver dans les contrats d'assurance des exclusions de la prise en charge de l'assuré par l'assureur. Néanmoins, il est à signaler que le code civil algérien considère nulles et de nul effet les clauses suivantes :

- la clause qui édite la déchéance du droit à l'indemnité en raison de violation des lois ou des règlements, à moins que cette violation ne constitue un crime ou un délit intentionnel
- la clause qui édite la déchéance du droit de l'assuré en raison du retard dans la déclaration du sinistre aux autorités, ou dans la production des pièces, s'il apparaît des circonstances que le retard est excusable



- toute clause imprimée qui n'est pas présentée d'une manière apparente et qui prévoit un cas de nullité ou de déchéance
- toute autre clause abusive s'il apparaît que sa violation a été sans influence sur la survenance du sinistre qui fait l'objet de l'assurance.

Aussi, en matière de force majeure, l'article 640 du code civil algérien prévoit que l'assureur répond des dommages causés par la faute non intentionnelle de l'assuré, de même qu'il répond des dommages dus au cas fortuit ou à la force majeure.

7. Faut-il opter pour l'imprévision, pour la force majeure ou bien pour des accords de transaction ?

En conclusion, il apparaît que la force majeure et la théorie d'imprévision sont deux outils juridiques dont l'utilisation et les effets seront conditionnés par chaque cas d'espèce et par les dispositions du code civil algérien visés dans cet article. Les deux nécessitent le recours aux juridictions compétentes, la décision finale revenant au juge. La consécration en droit algérien de la théorie de l'imprévision constitue donc un avantage additionnel dans le cas où la force majeure ne serait pas retenue par le juge.

Une autre solution est possible qui consiste en la mise en place d'un accord transactionnel entre les parties au contrat. Dans ce cadre, les parties bénéficient d'une liberté certaine en s'affranchissant du recours au juge. Il ne faut pas non plus négliger les assurances et mettre en œuvre ses polices d'assurance pour la prise en charge des sinistres relatifs à la Covid-19.

En tout état de cause, le choix d'une solution doit accueillir la bonne foi des parties en vue d'éviter des litiges interminables et des solutions coûteuses. ■

Nafaa SLIMANI

Avocat, Nafaa Slimani law office
Alger, Algérie
na.slimani@gmail.com

Jabbing Around the World: Global Disparities Accessing SARS-CoV-2 Vaccines

JANICE F. MULLIGAN



We asked UIA health law experts: How are your country's vaccine efforts faring? The following is a broad overview of responses as of early May 2021. A complete copy of all contributors' responses is available, and their contact information is at the end of this article.

À l'échelle mondiale, plus de trois millions de personnes sont décédées du SRAS-CoV-2 (Covid) début mai 2021¹. Alors que certains pays occidentaux reviennent à une vie plus normale, la situation mondiale est désastreuse. Dans le monde, il y a eu presque autant de cas au cours de la première semaine de mai 2021 qu'au cours des cinq premiers mois de la pandémie. En tant qu'êtres humains, nous devrions tous combattre ce virus ensemble, mais le déploiement mondial de la vaccination contre le SRAS-CoV-2 démontre de fortes inégalités. La distribution des vaccins - un point positif dans l'épidémie - est faussée de manière grotesque. Les appels se multiplient pour que les vaccins soient rapidement produits et distribués dans le monde. Quelques pays font don d'oxygène, de ventilateurs et d'autres fournitures médicales à des pays en crise comme l'Inde, mais il n'existe aucune réponse mondiale coordonnée adéquate.

A nivel mundial, más de tres millones de personas han muerto a causa del SARS-CoV-2 (Covid) a principios de mayo de 2021². Si bien algunos países occidentales están regresando a una vida más normal, el panorama mundial es terrible. En todo el mundo, hubo casi tantos casos en la primera semana de mayo de 2021 como en los primeros cinco meses de la pandemia. Como seres humanos, todos deberíamos luchar juntos contra este virus, sin embargo, el lanzamiento mundial de la vacunación contra el SARS-CoV-2 demuestra grandes desigualdades. La distribución de vacunas, un punto brillante de la epidemia, está sesgada de manera grotesca. Los ruegos son cada vez más fuertes para que las vacunas se produzcan y distribuyan rápidamente a nivel mundial. Algunos países están donando oxígeno, ventiladores y otros suministros médicos a naciones en crisis como India, pero aún no existe una respuesta global coordinada adecuada.

Who is Getting Vaccinated?

Israel outpaced the rest of the world, vaccinating 55% of its population and cautiously reopening using a vaccine passport system. While over one-third of Americans are fully vaccinated, the United States hoped to have 70% of its adult population vaccinated by July 4.

Comparatively, only about 2.7% of India's population is fully vaccinated. Thousands are dying daily as the lack of vaccines is compounded by a shortage of basic supplies including oxygen and hospital beds.

While vaccine access in Brazil could be viewed as "compulsory" under the Constitution, supply is severely limited, with only about 6% of its population vaccinated. In a failed attempt to speed up the process, the government approved a plan to make prepayment more flexible and adopted a risk reduction liability policy.

About 18% of Romanians and Italians have been vaccinated, while 23% of the French have received at least one dose. As with many nations, vaccinations in these countries have been done in stages. First, only health care workers were vaccinated, then essential workers and high-risk individuals,

1. Johns Hopkins University Coronavirus Resource Center <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>, May 10, 2021.

2. Johns Hopkins University Coronavirus Resource Center <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>, May 10, 2021.



and now the general public is eligible. The current plan aims to immunize *all* Italians over age 50 by the end of summer. Similar goals exist in many European countries, leaving open the thorny question whether the countries will open borders to vaccinated travelers.

Covid-19 Vaccines Global Access (Covax) – led by the World Health Organization (WHO) and the Global Alliance for Vaccines and Immunization (GAVI) – aims to provide equitable access to vaccines worldwide. So far, it has distributed about 41 million doses. With Covax’s help (alongside other sources), Nigeria began vaccinating health care workers, police and ‘strategic’ leaders. With 4.4 million doses on hand as of April, 2021, about 58.3% of eligible Nigerians received their first dose. Through a combination of Covax and purchasing vaccines, Nigeria is expecting 28 million more by early June 2021, and optimistically hopes to vaccinate 40% of its 200+ million population before 2022.

In Saudi Arabia, about 35% of their population has been fully vaccinated, with success due in part to “Tawakkalna,” an AI software application used to trace and track the virus, make vaccine reservations, and provide permits and services for the fully vaccinated. In Turkey, about 10% of eligible citizens have received vaccinations. First, health care workers were eligible, then those over 65 received two doses of vaccines. The current plan aims to vaccinate all citizens over the age of 40 and university students so they can return to school next semester.

While vaccine rates vary widely, even countries with success stories have been unable to achieve herd immunity. Herd immunity means if a sufficient percentage of the population becomes immune, then *everyone* will have indirect protection from infectious disease. However, the virus is changing too quickly, new variants spreading too easily, and vaccinations proceeding too slowly for it to be within reach anytime soon.

What Obstacles Have Prevented more Widespread Vaccinations?

Two popular Covid vaccines are made from recombinant mRNA, produced by Pfizer-BioNTech and Moderna. Unfortunately, many regions have had little access to them, partly because they require deep freezing, making them difficult to transport and maintain.

There have been quality control problems with the Johnson & Johnson (J&J) vaccine, and blood clotting problems with both the J&J and AstraZeneca vaccines which halted use of 70 million doses worldwide, causing many doses to expire past their due date.

For Japan, it is not just sparse supplies that has caused only 1% of the population over age 15 to be fully vaccinated thus far. Following the vaccination of one million frontline health care workers, a first come, first serve registration system was to be adopted for other eligible citizens using a popular Japanese app called ‘LINE.’ However, the week before it was to go live, it was revealed that the LINE app kept Japanese consumers’ data in a data center located in China without prior consent, resulting in Japan’s cancellation of the program. Alternative web-based reservation systems became overburdened and repeatedly crashed. Following inadvertent disclosures of personal data, several websites also temporarily closed, overpowering the already-deluged vaccine phone lines. Additionally, *only physicians* or nurses under their direct supervision are allowed to vaccinate, according to the Japanese Physician’s Act, causing a shortage of administrators. Compounding these problems, many municipalities cannot organize effective reservation schedules because they have little advance

While vaccine rates vary widely, even countries with success stories have been unable to achieve herd immunity.

notice on vaccine delivery. Japan declared that it would attempt to finish vaccinating those eligible by the end of July 2021. *If the current vaccination rate continues, it is estimated that it will take seven years to vaccinate all Japanese.*

Australia managed the virus itself fairly well, as it is a sparsely populated island with no land borders. However, it has fared less well with the roll out of vaccines, with only 4% of its population fully vaccinated due to purchasing 90% of its medical supplies and vaccines from overseas. While outsourcing is cheaper, it comes at a cost in a pandemic, when medical supplies are scarce worldwide. Because Australia has almost no Covid cases, it is unlikely to be placed near the front of any international queue for vaccines.

Even countries with an abundant vaccine supply aren't reaching herd immunity. While Israel's data is impressive, herd immunity is still illusive and there are no robust vaccination plans for West Bank Palestinians. Other wealthy nations, including the United States, are also not likely to reach herd immunity because of the number of "anti-vaxxers" who refuse vaccines despite availability due to mistrust of governments, science, or both.

What is on the Horizon?

WHO recently granted emergency approval for the Covid vaccine made by Sinopharm, which has already been given to millions in China. WHO's approval has the potential to rapidly accelerate its access globally³.

Additional vaccines are set to conclude their clinical trials in the upcoming months. CureVac, a small German manufacturer, is on the cusp of obtaining approval for its mRNA vaccine. It does not require deep freeze, making it easier to distribute than the Pfizer and Moderna mRNA vaccines. In Brazil, Mexico, Thailand and Vietnam, researchers are starting trials for vaccines that can be mass-produced in chicken eggs.

India is embarking on the world's largest vaccination drive, making pricing, procurement, eligibility and administration of vaccines flexible, while incentivizing vaccine manufacturers to scale up their production. How? By permitting them to release 50% of their supply to State Governments and empowering Indian states to procure additional doses directly from manufacturers.

In Australia, a team of scientists at Monash University are developing three mRNA vaccine candidates and arguing strongly for *onshore production*, to give the country more flexibility in adapting to any new strains of Covid-19.

In the United States, gifts and money are being offered to get people vaccinated. Ample jabs are available for everyone age 12+. Pfizer expects to prove the safety of its vaccine for children age 2+ by September 2021, which would expand the vaccinated population, and is seeking

federal approval rather than emergency use authorization, which may reduce vaccine hesitancy.

What Should be done for Better Covid 19 Vaccination Programs in order to Guarantee Health Rights?

India and South Africa petitioned the World Trade Organization (WTO) to seek the waiver for all intellectual property rights to vaccines under international treaties. The U.S. endorses a temporary patent waiver to help more countries produce vaccines, but it could take months to negotiate and requires unanimous agreement among the 164 WTO countries⁴. Critics claim a waiver could reduce vaccines' quality control and sap resources needed to boost production in existing locations.

The pandemic has had a negative impact on the global observance of human rights. What is being increasingly recognized is the need to act and speak collectively. By making serious, realistic efforts to airlift vaccines, medications and other necessities to the people in greatest need gives the human race the greatest chance to defeat this virus. ■

Janice F. MULLIGAN

*President of the UIA Health Law Commission
Mulligan, Banham & Findley
San Diego, CA, United States
jfmulliganesq@gmail.com*

Contributors

- **UIA's representative to the United Nations – Murray S. Levin**, Troutman Pepper Hamilton Sanders LLP, murray.levin@troutman.com
- **Australia – Jim Robinson**, Pointon Partners, Jim.Robinson@pointonpartners.com.au
- **Brazil & France – Eliana Silva de Moraes**, Silva de Moraes Law Firm, eliana@silvademoraes.com
- **India – Ashu Thakur**, Ashu Thakur & Associates Advocates & Solicitors, ashu@ataindia.co.in
- **Italy – Diego Saluzzo**, Grande Stevens Studio Legale Association, d.saluzzo@grandestevens.it
- **Japan – Shigeki Takahashi**, Hamani-Takahashi Law Office, shigeki-t0527@io.ocn.ne.jp
- **Nigeria – Abiodun 'Abbey' Adenekan**, Aliant Qais Conrad Laureate, aadenekan@aliantlaw.ng
- **Nigeria – Femi Sunmonu**, Aliant Qais Conrad Laureate, fsunmonu@aliantlaw.ng
- **Romania – Ana-Maria Mihălcescu**, Mihălcescu & Associates, amihalcescu@bestlawyers.ro
- **Saudi Arabia – Majed M. Garoub**, Garoub & Associates, majed@lawgaroub.com
- **Turkey – Kubra Donmez**, dnmezkubra@gmail.com

3. Sinopharm: Chinese Covid vaccine gets WHO emergency approval, <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-56967973>, May 10, 2021.

4. EU supports Covid vaccine patent waiver talks, but critics say won't solve scarcity. <https://www.reuters.com/world/europe/eu-willing-discuss-covid-19-vaccine-patent-waiver-eus-von-der-leyen-2021-05-06/> May 10, 2021.



DISPUTES AND INVESTIGATIONS

INTERNATIONAL ARBITRATION

Alvarez & Marsal's Disputes and Investigations team provide expert evidence and accounting investigation expertise to law firms, corporate counsel and management involved in complex financial disputes.

We act on high profile matters anywhere in the world; providing expert evidence on valuation and damages to Courts and Tribunals; assisting with the investigation of fraud and compliance issues; the collection, manipulation and electronic presentation of data and the recovery of assets. Our team includes forensic accountants, valuation specialists, economists and forensic technology specialists.

Our experts are accustomed to providing evidence before Tribunals under the auspices of all of the major arbitral institutions and rule sets including the ICC, LCIA, SIAC, SCC, ICSID, UNCITRAL and others as well as in ad hoc disputes.

Our experts are familiar with the rigours of cross-examination and with the increasingly common use of expert conferencing or "hot-tubbing".

Many of our experts are listed as global leaders in their field by the leading directories.

Our services

We provide support at all stages of an international dispute including:



Collection, securing and analysis of evidence – regularly using our forensic technology tools and experience



Assessing damages either at a preliminary stage or as part of the formal dispute resolution process



Proving expert reports and oral testimony for the parties to a dispute or as Tribunal appointed experts



Assisting with settlement discussion and other alternative dispute resolution fora



Assisting in award enforcement through asset tracing

KEY CONTACTS



Andrew Flower

Managing Director
Paris

+33 1 44 50 0124
anflower@alvarezandmarsal.com



Juan Jesús Valderas

Managing Director
Madrid

+34 677 927 003
jjvalderas@alvarezandmarsal.com



Luke Steadman

Managing Director
London

+44 207 072 3286
lsteadman@alvarezandmarsal.com



Alexander Demuth

Managing Director
Munich

+49 897 1040 6027
ademuth@alvarezandmarsal.com



Ransomware Aftermath: Between a (Virtual) Rock and a Hard Place



Hin Han SHUM

➤ Être confronté à une demande de rançon est un cauchemar pour les entreprises. La décision de payer ou de ne pas payer n'est peut-être pas aussi simple qu'il y paraît. Cet article examine les conséquences d'une cyberattaque, certains des principaux problèmes en jeu lors de la décision de payer ou non et les mesures préventives que les entreprises peuvent prendre.

➤ Estar confrontada a una demanda de rescate es una pesadilla para las empresas. La decisión de pagar o no pagar puede no ser tan simple como parece. Este artículo considera las secuelas de un ciberataque, algunas de las cuestiones clave que están en juego al tomar la decisión de pagar y qué medidas preventivas pueden tomar las empresas.

Picture this: Just another workday. You settle in your chair, coffee at hand, and turn on your computer. Suddenly, an unfamiliar ominous screen flashes onto the monitor and informs you that you are now the victim of ransomware. It is like a (virtual) rock came crashing down and abruptly blocked all pathways. A timer pops up on the screen indicating you have less than 24 hours to make one of two choices: (1) pay the ransom to decrypt and regain access to your files, or (2) risk permanent deletion or dissemination of all your files. You are warned not to report the matter to any authorities.

Will you pay the ransom? Or risk losing all the files in your system? Or worse – having all your data exposed? What key matters should be considered before making this decision?

Aftermath of a Cyberattack

Before making the decision to pay or not, it is important to examine what is at stake and whether there are any mitigation actions that can be taken.

Financial Loss

According to the Cost of a Data Breach Report 2020, with research conducted by the Ponemon Institute and published by IBM Security (2020 Report),¹ the global average cost² of a data breach occurring between August 2019 and April 2020 was US\$3.86 million. This cost represents the average across three root causes (being malicious attack, system glitches and human error), with the average cost of malicious attack breaches amounting to US\$4.27 million. The 2020 Report also found that ransomware attacks cost an average of US\$4.44 million.

Unauthorised Data Access

There is no guarantee that the cybercriminals have not made a copy of the data and/or that they will not disseminate it for profit or other purposes. These include trade secrets and sensitive information, which may affect the operation of a business.

Personal Data Disclosure

The 2020 Report found that 80% of organisations suffering a breach had seen their customer personally identifiable information compromised.

Increasingly stringent regulatory reporting obligations are in place where personal data is disclosed.

For example, if a business deals with persons in the European Union, a cyberattack that causes personal data to be disclosed without authorisation of the data subject (i.e. the one whose data is collected/handled by the business) may trigger obligations pursuant to the General

Data Protection Regulation, which imposes a 72-hour breach report obligation (unless the breach is unlikely to result in a risk to the rights and freedoms of data subjects) and penalties of up to 4% of global annual turnover or €20 million, whichever is higher.

With such a tight deadline, investigations must be conducted immediately upon discovery of a cyberattack incident. Thorough steps for reporting and notification need to be readily available for compliance actions. Failure to deal adequately once a breach has been discovered may exacerbate the problem and may result in higher penalties.

Cybersecurity Experts

The cyberattack can spread to other devices, as well as overseas offices in a multijurisdictional organisation.

It is important to seek the immediate assistance of cybersecurity experts for forensic data breach analysis (to assess what and how much data has been lost, to see where the vulnerabilities exist, and to prevent further spread of the disaster within the organisation). The 2020 Report shows that for breaches of less than 100,000 records, the average cost is US\$3.86 million, breaches of 1 million to 10 million records cost an average of US\$50 million, and breaches of more than 50 million records cost an average of US\$392 million.

If you have an Incident Response Team (IRT) in place (discussed below), cybersecurity consultants with expertise in handling cyber breaches may be on call to assist.

Attorney-Client Privilege

To facilitate the most thorough investigations throughout the organisation, it may be best to have attorney-client privilege intact when data mapping, interviewing

1. Ponemon Institute LLC and IBM Corporation (July 2020), "Cost of a Data Breach Report 2020", <https://www.ibm.com/security/digital-assets/cost-data-breach-report/#/>

2. The costs include expenses such as detection and escalation, ex-post response, notification and loss of business.



employees, preparing reports on the system assessment and/or conducting post-breach investigations.

Therefore, engaging lawyers with knowledge of the processes and capabilities to assist in defending cyberattack-related litigation is a key component of an IRT.

Reputation and Client Management

Loss of confidence may be the tipping point between the survival and death of a business reeling from a publicised cyberattack.

Public relations experts may need to be engaged to work with lawyers in the IRT, to manage the reputation of the business, as well as its customer communications, and respond to the grievances of affected customers while complying with the law.

Industry Requirements

Depending on the jurisdiction and the relevant contracts, industries holding confidential and sensitive data (e.g. law firms, banks, hospitals and schools) may be subject to industry-specific rules, codes and guidelines, and failure to comply may result in disciplinary actions.

These may include obligations to notify the relevant regulator and/or the data subjects about the potential breach/unauthorised disclosure of data. Analysis of the obligations and any reporting deadlines should be included in an Incident Response Plan (discussed below) to be prepared by the IRT.

Contractual Requirements

Contracts with clients and customers may call for reporting and mitigation actions pertaining to cyber-breach incidences. Failure to act pursuant to a contract may result in additional civil liabilities.

Such obligations would normally be included in the Incident Response Plan.

Insurance

The terms of the insurance policy should be complied with to keep the coverage in effect. Generally speaking, an insurer should be notified at the earliest possible opportunity. Preparation should be made to ensure timely performance of these obligations, to protect the interests of the organisation, and avoid further liability.

Should You Pay the Ransom?

Where the only way to resume business operations is to pay the ransom, what are the risks in making payment?

Sanctions for Payment

The act of paying the ransom may itself be subject to sanctions in some jurisdictions.



On 1 October 2020, the US Department of Treasury issued an Advisory on Potential Sanctions Risks for Facilitating Ransomware Payments, reminding the public that its Office of Foreign Assets Control (OFAC) will impose sanctions not only on cybercriminals, but also on those who “materially assist, sponsor, or provide financial, material, or technology support for these activities”. This means that those who pay the ransom may be subject to sanctions by the OFAC.³

Furthermore, there is a general prohibition on US persons from engaging in transactions, directly or indirectly, with:

- (a) individuals or entities (persons) on OFAC’s Specially Designated Nationals and Blocked Persons List (SDN List);
- (b) other blocked persons; and
- (c) persons covered by comprehensive country or region embargoes (such as Cuba, the Crimea region of Ukraine, Iran, North Korea and Syria).

Where there are sanction violations, civil penalties may be imposed based on strict liability. In other words, one could be held liable even if the offender did not know, or have reason to know, it was transacting with a person prohibited under related sanctions laws and regulations. The identity of a cybercriminal is usually unknown, so a victim paying the ransom has a significant risk of making payments to persons on the SDN List, or other prohibited persons mentioned above.

3. https://home.treasury.gov/system/files/126/ofac_ransomware_advisory_10012020_1.pdf

The cyberattack can spread to other devices, as well as overseas offices in a multijurisdictional organisation.



Anti-Money Laundering Obligations

In Hong Kong, various ordinances cover money laundering offences [e.g. Drug Trafficking (Recovery of Proceeds) Ordinance (Cap. 405), Organized and Serious Crimes Ordinance (Cap. 455) (OSCO) and United Nations (Anti-Terrorism Measures) Ordinance (Cap. 575)].

These ordinances set out a duty to report knowledge or suspicion that any property (including money), in whole or in part, directly or indirectly, represents any person's proceeds of, was used in connection with, or is intended to be used in connection with, an indictable offence.

A ransomware attack would, *inter alia*, be an indictable criminal offence of blackmail (under section 23 of the Theft Ordinance (Cap. 210)). Ransom payments may be property given in connection with the commission of the criminal activity. Where payment is intended to be paid in satisfaction of a ransomware attack, the reporting obligation may apply. Failure to report could amount to a fine of HK\$50,000 and a three-month imprisonment term.

There is also an obligation not to tip off the cybercriminal about the reporting made, so as not to prejudice any investigation of the crime. Contravention of this obligation may lead to a summary conviction with a fine of HK\$100,000 and a one-year imprisonment term, and conviction upon indictment with a fine of HK\$500,000 and a three-year imprisonment term.

Principles

Certain clientele may abhor the thought of funding criminal activity. Paying a ransom may raise issues of

ethics and morality. Depending on the industry of the organisation, the reputation backlash may need to be considered.

Easy Target

An organisation succumbing to ransom demands may be labelled an easy target. An unwanted reputation may be built and may make way for other (or the same) cybercriminals to attack that organisation.

No Guarantees

There are concerns that even if the ransom payment is made, a decryption key to unlock the system might not be provided. According to a study by Kaspersky, of the 56% of victims who paid the ransom to re-access their files, 17% of those did not see their full data returned.⁴

Since a cyberattack is illegal and the initial infiltration is likely based on dishonest methods, it is not inconceivable that the cybercriminals will make off with the payment without performing their side of the bargain. Furthermore, some believe that cybercriminals have more incentive to write ransomware (which generates profit) rather than to create a decryption key (which is an expenditure).

Not only is there no guarantee that the system will be restored, there is also a risk that the reinstated files may be corrupted.

Be Prepared

When faced with these crises, most people wish they could turn back time. However, turning back time is not the solution – preparation is.

According to the 2020 Report, it takes an average of 280 days to identify and contain a breach, with an average of 315 days when it comes to malicious attacks. While one continues their day-to-day operations, malware may have already infiltrated the systems for months, waiting for the perfect opportunity to strike (i.e. right before the deadline for a big project). Complete prevention is ideal, but even if there is a breach, the chances of containing the breach are better the sooner it is identified. Therefore, at any moment in time, we should take steps to prepare for, and manage, those risks.

Incident Response Team

Building an IRT is one of the most important preparatory works to be done. The 2020 Report showed that while the average cost for companies without an IRT and tabletop exercises was US\$5.29 million, organisations with this preparation spent around US\$2 million less (i.e. US\$3.29 million).

The IRT will likely consist of persons within the organisation, as well as external experts, such as cybersecurity experts.

4. AO Kaspersky Lab (30 March 2021), https://www.kaspersky.com/about/press-releases/2021_over-half-of-ransomware-victims-pay-the-ransom-but-only-a-quarter-see-their-full-data-returned

An IRT will usually prepare an Incident Response Plan and conduct the necessary system assessments, run cyber tabletop preparation exercises (including simulated phishing expeditions) to evaluate weaknesses within the system, and lead the development of training and IT system upgrades. Many of the prevention methods discussed below may be covered by the work of an IRT team.

Incident Response Plan

To best prepare for such incidents, companies are encouraged to have in place an Incident Response Plan in relation to cybersecurity events. This will be a didactic playbook to allow any personnel to follow structured steps to contain a breach and to facilitate recovery works. Typically, this will include step-by-step guidelines listing who to contact in terms of forensic teams, lawyers and public relations and strategic communications companies to facilitate speedy actions.

Such an Incident Response Plan will need to be regularly updated to keep abreast of new forms of cyberattacks.

A hardcopy of this Incident Response Plan should be readily accessible, in the event all systems are locked.

Backup of files should be done frequently and securely stored, to allow business continuity in the event the current systems are locked.

Training

Employees are key assets to a business. They are also usually the gatekeepers and the first to identify and respond to suspicious incidents. Proactive training of employees may help to reduce the chances of a cyberattack.

The training should be regularly delivered, usually by an IRT well versed in the latest cyberattack methods and technologies, to keep employees abreast of developments.

Alternative Secure Communication Channels

One of the most frightening effects of ransomware is that all systems are down, including communication. Failure to immediately inform other colleagues may enable the spread of the cyberattack, and hinder coordination of mitigation actions. Forming alternative secure communication channels to facilitate an investigation and to continue business operations becomes a fundamental aspect to counter the effects of the cyberattack.

Specialised Insurance

Specialised insurances, such as business disruption or cyber insurance, may assist to mitigate potential losses.

It may be necessary to engage external consultants and experts (such as the IRT) to consider the suitability of the policies.



Where the policies call for certain steps to be taken (e.g. notification obligations and settlement restrictions), such steps should be highlighted (e.g. in the Incident Response Plan) to ensure compliance.

Technology and Processes

The need for stronger technological support and well-thought-out processes will help with prevention of a cyberattack. Impact assessments can be conducted to discover weaknesses, for easier reinforcement of the systems.

Data categorisation systems and data mapping may also be helpful for quick identification of the information lost, and to facilitate regulatory reporting.

Backup of files should be done frequently and securely stored, to allow business continuity in the event the current systems are locked.

Concluding Thoughts

Whether or not to pay a ransom is ultimately up to the organisation, having regard to the commercial, legal and financial risks.

The best way to streamline the crunchtime decisions is to ensure that proper preparation has been done. This could either completely prevent a cyberattack, or at least reduce the time needed to conduct investigations, quickly quell the spread of the attack, and facilitate better recovery. ■

Hin Han SHUM

Associate, Squire, Patton, Boggs
Hong Kong (SAR), China
hinhan.shum@squirepb.com

The thoughts expressed are those of the author and do not necessarily reflect the views of the Firm, its clients, or any of its or their respective affiliates. This article is for general information purposes only as to the position of related information as at May 1, 2021 and does not exhaustively discuss the topic. This article is not intended to be and should not be taken as legal advice.



Open data et IA en France : les avocats vigies de l'État de droit

Jérôme GAVAUDAN

↳ In this article, President Jérôme Gavaudan introduces the latest French and European legislative changes regarding open data, and the actions taken by the French National Bar Council for developing digital tools for lawyers, but also for alerting the risks and safeguards concerning the use of AI in justice matters. He explains the French legislative process that has allowed the publication and publicity of court decisions in France as well as the latest regulation proposal on AI published by the European Commission on April 21.

↳ En este artículo, el Presidente Jérôme Gavaudan presenta los últimos cambios legislativos franceses y europeos en relación con el *open data*, las medidas llevadas a cabo por la Abogacía francesa para desarrollar herramientas digitales para los abogados y recuerda los riesgos y las garantías en cuanto al uso de la IA en materia de justicia. Jérôme Gavaudan también menciona el proceso legislativo francés que permitió la publicación y la publicidad de las decisiones de justicia en Francia, así como la última propuesta de reglamento sobre la IA publicada por la Comisión Europea el 21 de abril.

La pandémie a imposé une numérisation de la société, qui porte en elle autant de solutions que de risques.

La crise sanitaire, après avoir privé les citoyens français d'une grande partie de leur liberté, va-t-elle accoucher d'une société hyper numérisée qui va changer la nature de l'accès au droit ?

Les avocats sont vigilants et dans le même temps se préparent pour un virage numérique respectueux de l'humanité de la justice et des droits des citoyens. En effet, en France, pendant le premier confinement, les tribunaux n'ont pas fonctionné, hors urgences. Cette suspension de l'activité judiciaire, liée à l'impréparation et au sous-investissement chronique dans la justice, notamment en matière d'équipements numériques, a provoqué la stupeur des avocats français et a eu des conséquences délétères sur l'État de droit.

Pourtant, notre profession n'est pas en reste sur le numérique : le Conseil national des barreaux (CNB), institution représentative de la profession d'avocat auprès des pouvoirs publics, offre de nombreux services numériques aux avocats. Cette mission est d'ailleurs prévue par la loi : le CNB assure l'exploitation et les développements des outils techniques permettant de favoriser la dématérialisation des échanges entre avocats.

Les outils numériques pour les avocats

À ce titre, nous opérons la plateforme « e-Barreau » qui permet la mise en œuvre de la communication électronique entre avocats et juridictions. Cette communication électronique entre les avocats et les juridictions n'est pas nouvelle en matière civile et administrative. Mais nous avons été plus loin : au mois de mai 2021, nous avons mis en place la communication électronique en matière pénale. Après une année de travail commun avec le ministère de la Justice, nous avons conçu un mode de communication électronique efficient sur l'ensemble du territoire national. Notre objectif ? Permettre aux avocats pénalistes de pouvoir saisir, échanger et recevoir les copies de dossier de procédures pénales de l'ensemble des juridictions. Pour ce faire, nous avons dû modifier les articles D590 et suivants du code de procédure pénale. Nous avons ensuite prévu les modalités pratiques de nos accords avec le ministère de la Justice dans une convention nationale de partenariat signée le 5 février 2021¹. Nous avons enfin travaillé sur les aspects techniques et déterminé le calendrier de mise en œuvre. Le dispositif est entré en vigueur le 12 mai dernier.

Mais notre engagement professionnel et citoyen nous amène également à prendre en considération les impacts de la fracture numérique au sein de la profession et au-delà de la sphère judiciaire. Pour atteindre cet objectif,

1. CNB-Ministère de la Justice, Convention de communication électronique en matière pénale, 5 février 2021.

nous avons donc mis à disposition des avocats des outils numériques leur permettant de :

- signer des actes d'avocat ou des actes sous signature privée ;
- procéder à des transferts sécurisés de fichiers volumineux ;
- de rencontrer des prospects via une plateforme de consultation en ligne (consultation.avocat.fr) dans le respect de la déontologie de la profession ;
- réaliser des visioconférences sécurisées.

Parallèlement, nous nous sommes interrogés sur le monde de demain, celui qu'on appelle aujourd'hui « le monde d'après » : un monde dans lequel l'avocat serait remplacé par une machine, ce monde du fantasme et de la science-fiction.

Open Data et réutilisation de la donnée judiciaire

Très rapidement, nous avons été convaincus sur deux points : l'innovation est un moteur, mais ce moteur ne doit pas être débridé. Il doit permettre d'avancer, dans le respect des droits et libertés fondamentaux. C'est là qu'est la place de l'avocat : entre soutien de l'innovation et sentinelle des libertés.

C'est la raison pour laquelle le CNB s'est naturellement intéressé aux questions relatives à l'ouverture de la donnée publique judiciaire. Et c'est dire si le chantier de l'ouverture

de la donnée publique judiciaire est une saga ! Car en France, quand on parle d'Open Data, on pense de prime abord à la loi Lemaire pour une république Numérique par laquelle le législateur a engagé un vaste mouvement d'ouverture des données publiques.

Le dispositif imaginé a toutefois été complété par la loi du 29 mars 2019 portant programmation de la justice 2018-2022, les impératifs de

protection de la vie privée n'ayant pas été anticipés par le législateur. A ce jour, il est donc prévu que :

- les noms et prénoms des personnes physiques mentionnées dans la décision de justice, lorsqu'elles sont parties ou tiers, sont occultés préalablement à la mise à la disposition du public ;
- lorsque la divulgation de la décision au public est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage, est également occulté tout élément permettant d'identifier les parties, les tiers, les magistrats et les membres du greffe (ci-après l'« occultation complémentaire ») ;

- les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées.

Il aura fallu attendre le décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 pour en apprendre plus sur les rôles et responsabilités de ceux qui prendront en charge la publicité des décisions.

La publicité des décisions de justice a ainsi été confiée au Conseil d'État pour les juridictions administratives et à la Cour de cassation pour les juridictions de l'ordre judiciaire. Cette répartition correspond aux souhaits de l'ensemble des acteurs : le CNB avait d'ailleurs signé une déclaration commune avec la Cour de cassation, d'une part², et le Conseil d'État et l'Ordre des avocats à la Cour et au Conseil, d'autre part³, allant dans le même sens.

Le décret a, en outre, précisé les modalités de l'occultation complémentaire, en deux temps. En premier lieu, le président de la formation de jugement ou le juge ayant rendu la décision en cause ont la possibilité d'apprécier si une occultation complémentaire est nécessaire pour préserver la sécurité des personnes ou leur vie privée, au stade du délibéré. En second lieu, les parties ont la possibilité de saisir le magistrat de la Cour de cassation ou du Conseil d'État désigné par le premier président pour demander une occultation complémentaire, à tout moment.

Le mécanisme est loin d'être parfait. Pourquoi ne pas prévoir de débat contradictoire sur le sujet de l'occultation complémentaire ? Quelle grille d'appréciation pour les magistrats appelés à se positionner sur le risque lié à la sécurité ou à la vie privée des personnes dans la solitude de leur cabinet ? Pourquoi ne pas prévoir une suspension de la mise à disposition de la décision lorsque celle-ci fait l'objet d'un recours en demande d'occultation complémentaire ?

Ces questions ont été posées à la Chancellerie et si de légères évolutions ont été introduites dans le décret final, le principal n'a pas été traité. C'est la raison pour laquelle le CNB a de nouveau pris position⁴ sur ces questions pour :

- inviter les avocats à engager une discussion contradictoire sur l'occultation, dès leurs premières écritures et au plus tard, dans leur plaidoirie ;
- déplorer ne pas avoir été entendu sur la trop importante marge d'appréciation laissée au juge en ce qui concerne l'occultation complémentaire ;
- demander que soient précisées les modalités d'information des parties quant à la décision prise concernant l'occultation, pour leur permettre d'initier, le cas échéant, un recours avant la mise en ligne de la décision.

2. CNB – Cour de cassation, Déclaration commune, 25 mars 2019.

3. CNB – Conseil d'État – Ordre des avocats au conseil, Déclaration commune, 6 juillet 2020.

4. CNB, Motion sur le décret Open Data, 3 juillet 2021.

[...] Notre engagement professionnel et citoyen nous amène également à prendre en considération les impacts de la fracture numérique au sein de la profession et au-delà de la sphère judiciaire.

Le décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 ne fixait pas de calendrier pour la mise en œuvre de l'ouverture de la donnée judiciaire. Dans une décision du 21 janvier 2021, le Conseil d'État a donc enjoint le Garde des Sceaux, ministre de la Justice, de prendre, dans un délai de 3 mois, l'arrêté déterminant la date à compter de laquelle les décisions de justice seront mises à la disposition du public. C'est dans ces conditions que l'arrêté du 28 avril 2021 a fixé le calendrier de cette mise à disposition : au 30 septembre 2021, ce seront donc l'ensemble des arrêts du Conseil d'État et de la Cour de cassation qui seront mis à disposition. Il faudra attendre le premier semestre 2022 pour la mise à disposition des décisions des cours administratives d'appel et des décisions des cours d'appel en matière civile, commerciale et sociale. Pour la matière pénale, les décisions de première instance et d'appel seront respectivement disponibles fin 2024 et fin 2025.

Dans ces circonstances, la mise à disposition au public doit encore être organisée par les responsables de la publicité : voix technique, format des données, type de licence de réutilisation, gestion de l'occultation initiale, gestion de l'occultation complémentaire, éthique de la réutilisation... Tant d'enjeux qui ne sont réglés ni par la loi, ni par le décret, ni par l'arrêté. Dans ce cadre, plusieurs groupes de travail pilotés par la Chancellerie d'une part, et le Conseil d'État et la Cour de cassation, d'autre part, ont vu le jour. Le CNB a été invité à y participer conformément à son souhait avec le souci de la définition d'un cadre éthique de la réutilisation de la donnée judiciaire.

Intelligence artificielle (IA) et respect des droits et libertés fondamentaux

Parce que la donnée est le cœur du réacteur des logiciels d'IA, le CNB a exprimé plusieurs préoccupations relatives à l'utilisation de cette technologie dans la sphère juridique et judiciaire.

Naturellement, nous avons rappelé la nécessité de préserver les droits de la défense et donc le besoin de garantir la transparence des outils. Car le rôle de l'avocat est d'éclairer le juge sur la situation du justiciable, présenter les orientations susceptibles de lui permettre de rendre une décision éclairée et discuter les arguments échangés. Or si le juge s'appuie sur l'IA pour éclairer sa décision, la technologie doit être expliquée à l'avocat pour qu'il puisse remplir pleinement son rôle. Un manque de transparence porterait nécessairement atteinte au principe de la contradiction, les avocats n'étant pas mis en mesure de pouvoir discuter utilement des éléments retenus par le juge à l'aune de l'exploitation d'une technologie d'IA. Tout emploi d'une technologie d'IA doit être exposé aux parties et à leurs avocats, en étant accompagné d'une documentation présentant le fonctionnement précis de l'outil.

Nous avons également appelé au respect du droit à un procès équitable et donc à la lutte contre les biais. Ces



biais peuvent se retrouver tant dans les données exploitées que dans la logique décisionnelle de l'algorithme. Or si l'un ou l'autre est infecté par un ou plusieurs biais, tous les résultats de la solution d'IA contreviendront à l'équité des décisions de justice, et ce sans possibilité de correction immédiate.

Nous avons, en outre, rappelé la nécessité de préserver le respect de l'égalité des armes et donc de lutter contre la fracture numérique. Car si seuls les magistrats peuvent accéder à ces outils, alors les avocats ne seront pas en mesure d'apporter une défense suffisamment efficace et éclairée des justiciables. L'accès aux outils et la formation des professionnels du droit constituent donc des prérequis.

Enfin, nous avons insisté sur le droit d'accès effectif à un juge et donc sur la garantie du maintien de son appréciation souveraine. La conception des décisions de justice ne consiste pas uniquement à appliquer de façon brute la règle de droit. L'application du droit ne se fait pas selon un mécanisme figé : la règle de droit est, par essence, adaptable et – sans cesse – évolutive. Le juge suit le mouvement de la société à rebours du robot dont les décisions se conforment à une justice passiviste et fixe. Lorsque le monde réel se transforme, les systèmes techniques ne valent que dans la mesure où ils sont capables de s'ajuster à lui pour l'informer et l'orienter ; ils ne peuvent rester perpétuellement immuables. C'est pourquoi le CNB a pu relever que l'utilisation de l'IA ne doit, en aucun cas, lier le juge. Si ce dernier doit pouvoir employer ces technologies, il faut assurer que cette utilisation ne substituera pas à son appréciation souveraine.

La nécessaire régulation de l'IA

Compte-tenu de ses préoccupations, le CNB s'est positionné en faveur d'un instrument de régulation européen du recours à l'IA, particulièrement dans le secteur justice.



Dans l'attente, le CNB a conduit une étude sur la jurimétrie qui l'a amené à adopter 14 propositions d'actions visant à assurer au CNB un rôle moteur dans le suivi du développement et de l'utilisation de l'IA. Parmi elles, une

Parce que la donnée est le cœur du réacteur des logiciels d'IA, le CNB a exprimé plusieurs préoccupations relatives à l'utilisation de cette technologie dans la sphère juridique et judiciaire.

Charte sur la transparence et l'éthique de l'utilisation des données judiciaires annexée a été établie pour garantir l'autorégulation des acteurs tant s'agissant des algorithmes utilisés pour l'exploitation de la base de données des décisions de justice que de la réutilisation des informations qu'elle contient. La Charte propose l'adhésion volontaire à 11 principes fondamentaux, dont la vigilance à l'encontre des biais de conception et la garantie

d'équipes de conception comprenant des juristes de droit continental. A date, elle a été signée par 4 acteurs de la jurimétrie en France.

Le 21 avril 2021, la Commission européenne a publié sa proposition de règlement établissant des règles harmonisées sur l'IA. Il est à noter que la Commission a fait le choix de renvoyer à une acception large des systèmes d'IA (comprenant notamment les systèmes auto-apprenants, logiques et statistiques), l'objectif étant d'éviter l'obsolescence programmée d'un instrument de régulation trop ancré dans une vision contemporaine.

Mais ce n'est pas parce que la Commission adopte une définition large des systèmes d'IA qu'elle entend réguler tous les systèmes d'IA. D'une part, le règlement ne s'ap-

plique pas aux systèmes d'IA développés ou utilisés exclusivement à des fins militaires (art. 2, § 3). D'autre part, il ne s'applique qu'à certaines pratiques d'IA. Celles qui sont jugées inacceptables sont interdites (art. 5), celles jugées à haut risque soumises à un strict régime de *compliance* (art. 6 à 51), et quelques-unes jugées à faible risque régies par un principe de transparence (art. 52).

L'utilisation de l'IA dans le secteur justice n'entre pas dans le champ des utilisations prohibées (art. 5). En revanche, les systèmes d'IA destinés à assister une autorité judiciaire dans la recherche et l'interprétation des faits et du droit dans l'application du droit à un ensemble concret de faits sont considérés comme étant à haut risque par nature. De la même manière, les usages de l'IA en matière d'application de la loi et de gestion des flux migratoires, de l'asile et des contrôles aux frontières sont identifiés comme relevant de la catégorie des traitements à haut risque (art. 6 § 2 ; Annexe III (6, 7, 8)).

Le CNB ne peut que se féliciter que la Commission européenne ait pris en considération les préoccupations formulées dans le cadre de sa contribution du 12 juin 2020 dans le cadre de la consultation sur le Livre Blanc IA, organisée en 2020.

En intégrant la catégorie des utilisations à haut risque, les outils d'IA d'aide à la décision, pour les magistrats, se verront soumis à un cadre juridique contraignant (art. 8 et suivants). Une mise en conformité *ex ante* doit ainsi être mise en œuvre, évaluée avant la mise sur le marché ou la mise en service du système d'IA en cause (art. 8, § 2). De même, les traitements à haut risque sont notamment soumis à :

- la mise en place avant et tout au long de la vie du système d'IA d'un processus de gestion des risques (art. 9) ;
- la surveillance, détection et correction des biais par une politique contraignante de gouvernance des données d'entraînement, de validation et de test (art. 10) ;
- l'établissement d'une documentation technique (art. 11) ;
- des obligations d'information à destination des utilisateurs (art. 13) ;
- la surveillance humaine (art. 14).

Cette proposition, amenée à évoluer, n'est pas exsangue de toute critique notamment s'agissant de l'obligation d'information prévue uniquement à destination des utilisateurs directs de la solution et non à l'ensemble de ceux qui pourraient en subir les conséquences. Elle a toutefois le mérite de prendre en compte les enjeux particulièrement impactants pour les droits et libertés fondamentaux notamment en interdisant l'utilisation de l'IA dans le cadre de l'établissement d'un score social, exploité par les autorités publiques, dans un but d'intérêt général. ■

Jérôme GAVAUDAN

Président, Conseil national des barreaux (CNB)

Paris, France

presidence@cnb.avocat.fr



Expectations and Limits of the Use of New Technologies in the Activity of the Legal Profession: Professional Ethics as a Guiding Element

Carlos VALLS MARTINEZ

↳ Avec les nouvelles technologies susceptibles d'améliorer notre capacité à exercer le droit de manière compétente et efficace, de nouvelles questions se posent quant aux problèmes éthiques qui en découlent. Cet article examine si les règles existantes sont suffisantes et si les attentes de ce que peuvent offrir les nouvelles technologies comportent un risque de détérioration infondée de la perception par le public de la prestation actuelle de services juridiques (humains).

↳ Dado que es probable que las nuevas tecnologías mejoren nuestra capacidad para ejercer la abogacía de manera competente y eficaz, surgen nuevas preguntas en cuanto a las cuestiones éticas que surgen de ellas. Este artículo examina si las reglas existentes son suficientes y si las expectativas de lo que pueden ofrecer las nuevas tecnologías conllevan el riesgo de un deterioro infundado en la percepción pública de la prestación actual de servicios legales (humanos).

Expectations and Risks of New Technologies

There is no doubt that human progress in the development of new technologies derived from computer science, including the development of artificial intelligence, robotics, and nanotechnology, has broadened our horizons in an extraordinary manner in terms of our way of conceiving work. This technological progress can and should also be incorporated into the legal profession.

In the face of the exciting expectations of what can be achieved technologically, strong voices have expressed some concern and In the field of autonomous Artificial Intelligence (A.I.) systems, some have been particularly cautious. Stanford University professor Richard Omohundro reminded us already in 2014 that autonomous A.I. systems are programmed to operate in a strictly rational way and can end up acting in an anti-social and harmful manner unless designed with great care. For example, if a computer is programmed as an autonomous system based on self-learning to beat any human opponent in chess, it could transcend the mere game and protect itself even from a possible unplugging, choosing to neutralize the human being who tried it. Other authors such as Eliezer Yudkowsky are of the same opinion as Prof. Omohundro, and insist that the machines of the future must be conceived and created to be "friendly" (i.e. kind) and avoid any risk of them becoming "unfriendly" (i.e. hostile).

Indeed, in the academic community there is a growing call for realism and scientific reasoning about the possibilities of new technologies, since until now it has not been possible to demonstrate how far one can go, with considerations of conscious machines, feeling machines, and moral machines, and there is a very fine line between science and mere belief (Vincent Müller)¹.

Some authors are beginning to raise a concern over the prospects of what a deregulated AI can achieve, and the risk even of degrading democracy and the rule of law. For instance, Mark Cockelbergh calls for a deep reflection on the future of technology and its impact

A.I. systems are programmed to operate in a strictly rational way and can end up acting in an anti-social and harmful manner unless designed with great care.

1. Evgeni Morozov: La locura del solucionismo tecnológico. Madrid: Pub. Katz, 2015; Steve Omohundro: "Autonomous technology and the greater human good", *Journal of Experimental & Theoretical Artificial Intelligence*, 26:3, 2014, pages 303-314; Eliezer Yudkowsky: "Artificial intelligence as a positive and negative factor in global risk", Bostrom, Nick and Circović, Milan (Eds.): *Global catastrophic risks*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008; Vicent C. Müller: "Risks of general artificial intelligence", *Journal of Experimental & Theoretical Artificial Intelligence*, 26:3, pages. 297-301.



on individuals, or our societies, and on humanity as a whole, and the fact that we need to strike a balance between technocracy and democracy². In this sense, José M^a Lassalle³ (a Spanish philosopher) insists that the relationship between humankind and technology has to be a priority that needs to be humanized and ruled, given the processes of concentration and monopolization of digital power. In the same line of thought, the 2021 Update of the ITECH Report on Responsible AI concludes its general reflections in its first chapter by stating that "... it remains critically important that organizations ensure that they thoroughly assess the ethical implications and societal benefit of a proposed AI system as part of a structured responsible AI Impact Assessment prior to its development, deployment or use".

Having stated the risks, the prospects are nonetheless bright, and it seems obvious to state that diligence in business management requires a constant analysis of how innovation and available technology can improve processes and results. This is equally applicable in the delivery of legal services.

The Specificity of Legal Services

In fact, in the last years, there has been an increasingly insistent claim that the legal profession should adapt and embrace significantly more what the new technologies are offering, and in particular what AI will be able to achieve. There are different views on the degree of what machines will achieve in the legal sector. In particular, the questions are if they will do some, most or even virtually all of the work of lawyers, depending on the degree of faith that

each author grants as to what technology will be able to accomplish⁴.

The specificity of our profession is a key element to assess the degree of incorporation of new technologies to our daily work and, in particular, if we should follow the trends that mark the new achievements or maintain a cautious position, a careful look at the consequences that a particular application may involve in the social context in which we are immersed (for example, if it can generate negative externalities).

This specificity of our profession is predicated on the existence of three factors that differentiate us from other professional services. Firstly, the lawyer is in a position of asymmetry of information with respect to his/her client, who cannot verify the efficacy of the legal service rendered. (a fact highlighted by the Harvard Business Professor Ashish Nanda⁵ in the first decade of this century): For example, the lawyer cannot know, for example, whether the recommendation to initiate a lawsuit or to reach an agreement is in his/her best interest (or in the interest of the law firm advising him/her). This leads clients to place their trust in the professional (even if they ask for a second or third opinion, the situation will be similar). Consequently, the quality of the lawyer's recommendation cannot be checked *ex ante* (like that of the advertising creative), nor *ex post* (as it can be done with the private banker, or the architect).

Secondly, the profession is part of the defense of the client's interests against other citizens or government, as an essential part of the rule of law, on whose proper functioning depends the right social coexistence. This social service of the legal profession for the rule of law demands prudence in considering the profession in its purely business aspect. Furthermore, the crucial ethical behaviour and predisposition which asymmetry of information entails also leads us to think that there should be limits to considering our profession as a business exclusively, and even more so if we consider that, for most users, going to the lawyer can be an isolated, though transcendental, experience during the course of their lives.

2. Mark Coeckelbergh: *Ética de la inteligencia artificial*. Madrid: Ed. Cátedra, 2021 (originally published as *AI Ethics*. Massachusetts Institute of Technology, 2020).

3. José María Lasalle: *El liberalismo herido*. Barcelona: Arpa & Alfíl Editores, 2021.

4. One of the most representative and celebrated authors on this subject is Richard Susskind, who explores how human work can be substituted by technology. (Richard Susskind: *The end of lawyers?*. Oxford: Oxford University Press, 2008; Richard Susskind, and Daniel Susskind: *The future of the professions. How technology will transform the work of human experts*. Oxford: Oxford University Press, 2015). Other examples: Benjamin Barton: *Glass half full: the decline and rebirth of the legal profession*. New York: Oxford University Press, 2015 ("*Technology is the best bet for solving these [access to Justice] problems. (...) We are only in the early stages of the technological revolution in law (...) As programmers gain confidence and get creative we may see technology fundamentally reshape the market for legal services*", pages 196-7). Also, James E. Moliterno: *The American Legal Profession in Crisis. Resistance and responses to change*. New York: Oxford University Press, 2013 (pages 206-210).

5. Ashish Nanda: "*The essence of Professionalism: Managing Conflicts of Interest*", Harvard Law School, No 9-903-120, rev 29 December 2003.

Finally, a third factor, not always properly assessed, is that our profession is the only one that is essentially an adversary system, which means in most cases faces an opposing party, who will try to question the work we do, or neutralize it, by defending opposing interests.

New Technologies and the Professional Ethics of the Legal Profession: Raising Issues to be Considered in their Application

Given the characteristics mentioned above, the embrace of technological solutions should be framed in terms of maintaining professional competence, considering the three unique factors of legal practice noted above, while at the same time maintaining compliance with ethical rules at risk of violation of relevant ethical considerations.

Since we can try to guess, but we do not yet know for sure, what technological advancements will be achieved with technology and computer science we reaffirm that new developments and their application to the legal profession should be matched to the essential characteristics of our activity, by formulating the right questions: the nature of our service to the supply structure and the perception of our service by the citizens in three areas.

a) *New Technologies and the Nature of the Profession*

In relation to the essence of the legal profession services, we must ask ourselves, for example, whether advice rendered by A.I. or other advanced technological solutions would be considered more reliable than purely human advice, whether there would be real transparency in the algorithms used by the software provider, whether we would tend towards autonomous A.I. systems that would replace a significant part of our work, whether we will know how to assess the risks of such autonomous systems (as we pointed out at the beginning of our presentation), whether lawyers will also have to be trained in computer science, and whether this may accentuate the risk of professional irrelevance, or even whether we will tend to incorporate robot judges or robot lawyers before human judges, and what social consequences we can predict from this.

b) *The Embrace of Technological Solutions and the Effects on the Supply Structure*

We will also have to analyse the effect of the integration of advanced technological solutions in the supply structure of technology providers and of the supply of legal services themselves. In view of this, we should ask ourselves if there is a possibility that our sector will become capital intensive, and if, in order to do so, we will have to design policies that allow easy access to the profession (by facilitating the corresponding financing) for any potential lawyer, or we will rather accept the consolidation of large legal operators (and how we will avoid the risk of oligopolistic prices in this case), and consequently, if an oligopolistic structure will be produced

in the supply of technological solutions and, among other questions, whether we will have free access to analyse their algorithms and corresponding biases, whether such biases will be found as they are applied (trial and error method in the market), or should they be standardised prior to use. Moreover, how will potential conflicts of interest of the computer systems themselves be resolved (can the same A.I. solution be used for both Plaintiff and Defendant?).

It is interesting to highlight that specific reflections are emerging for the legal sector on this issue, such as the recent ITECH LAW report on Responsible A.I. (2019), with the ambition of establishing a global framework, published during 2019, and which reflects on additional issues to those mentioned, such as: responsibility or professional secrecy, the security and reliability of A.I., or industrial and intellectual property derived from the use of A.I. systems, among other topics or principles.

c) *Risk of Devaluing the Perception of the Added Value of our Services?*

Finally, we should not forget that the very debate on the potential of the applicability of new technologies to our profession may inadvertently generate a risk (an ethical risk, in fact) of an unfounded deterioration in the perception of legal services by the public, in a double sense: on the one side, the technological promises of the future may lead to the idea that we are currently going through a provisional stage of imperfect and, therefore, less reliable, human intervention. On the other side, because there may be a temptation (by some interested parties) to devalue the work of (human) lawyers and consider most of the legal activity as standardisable, that is, as a commodity, in order to try to justify its eventual machine substitution. We must not forget that this ethical risk has its counterpart in its exact opposite, which is that we lawyers continue to consider as value-added activities that have become essentially standardised.

It is possible that, ultimately, the purpose of professional ethics, in this area derived from the integration of new technological applications, is to distinguish at any given time which task of the legal profession has become standard and which part of our activity should not be considered so, in order to preserve and protect it if "human" added value is provided. But this differentiation must be carried out from professional and ethical criteria and not from business criteria exclusively, for the benefit of the rule of law which we must all protect. ■

Note: This article is a derivative translation of an article published in "Otrosi", the magazine of the Madrid Bar Association, February 2020.

Carlos VALLS MARTINEZ
 Partner, Augusta Abogados
 Barcelona, Spain
 c.valls@augustaabogados.com



Why Lawyers Should Care About AI

Bastiaan BRUYNDONCKX

➤ L'intelligence artificielle (IA) envahit notre quotidien à un rythme effréné. Cet article explique ce qu'est l'IA et les défis juridiques et éthiques qu'elle entraîne. En outre, l'article explique comment la Commission européenne propose de traiter ces questions à travers sa proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées sur l'intelligence artificielle, qui a été publiée le 21 avril 2021.

➤ La Inteligencia Artificial (IA) está invadiendo nuestra vida diaria a un ritmo acelerado. Este artículo explica qué es la IA y qué desafíos legales y éticos conlleva. Además, el artículo analiza cómo la Comisión Europea propone abordar estas cuestiones a través de su Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas sobre inteligencia artificial, que se publicó el 21 de abril de 2021.

Introduction

Artificial Intelligence (AI) is invading our daily lives at a fast pace. Nowadays, credit card applications use algorithms to evaluate our creditworthiness. Algorithms evaluating data from physical activity trackers such as Apple Watch® and Fitbit® decide upon health insurance premiums due. Voice assistants integrated in smartphones and tablets and using Natural Language Processing (NLP) assist us in our daily tasks such as checking the weather forecast and consulting our calendars. Autonomous vehicles appear in the streets. In the office, IP lawyers make use of software predicting the chances of success of a claim for trademark infringement. Police departments make use of real-time predictive policing to determine the areas to be

Fairness and non-discrimination refer to the various documented instances where AI systems have been proven to be biased or discriminate against people.

patrolled on a given day at a given time. In the US, algorithms assist courts in making decisions on the granting of parole to prisoners or the granting of bail to detainees. When we arrive home after a hard day of work, Netflix's recommender system suggests movies and series based on our past movie consumption. When checking social media before going to sleep, our timeline is determined by algorithms of the likes of Facebook® and Twitter® and

sophisticated algorithms 'serve' us advertisements based upon our search history and online behaviour. The number of examples is limitless.

Defining AI

How to define 'Artificial Intelligence' is subject to a fierce debate between "minimalists" and "maximalists". Minimalists such as Alan Turing argued that machines are "intelligent" as soon as they can fool a human person into thinking that the machine is a human person. Hence, for a machine to be intelligent, it would be sufficient to mimic human intelligence. Maximalists contend that machines should be able to 'think' as humans before they can be considered "intelligent". For the purposes of this short article, we refer to John McCarthy, the person who first coined the term, to mean "the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs. It is related to the similar task of using computers to understand human intelligence, but AI does not have to confine itself to methods that are biologically observable." He further defines "intelligence" as "the computational part of the ability to achieve goals in the world. Varying kinds and degrees of intelligence occur in people, many animals and some machines."¹

It is important to note that AI is not a new field of science. It has been around since 1942, when Isaac Asimov defined

1. <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf>

his “Three Laws of Robotics”. After a long ‘AI Winter’, AI has made enormous progress during the last years. Today’s phenomenal advances in AI are mainly due to two factors, namely (i) the availability of enormous quantities of data and (ii) the availability of large processing power, two elements that play a vital role in AI.

Machine Learning

Within the field of AI, a lot of today’s excitement is about Machine Learning (ML). “Machine Learning” refers to instances where a machine learns from input data fed into the machine and arrives at conclusions or predictions “that it was not specifically programmed to arrive at.” Within Machine Learning, one can broadly distinguish among three types of learning: supervised learning, unsupervised learning and reinforcement learning.

Supervised learning refers to algorithms learning based on labelled data. The classic example is an algorithm that can distinguish pictures of cats from pictures of dogs. Such model is trained by feeding numerous labelled (“cat”, “dog”) pictures of cats and dogs to the model to train the model to be able to ‘recognise’ cats and dogs when presented with new pictures. Supervised learning is used for classification, referring to models able to map data to a class or a category (e.g., cats vs. dogs). It is also used for regression. In regression learning, the output of the model is a figure and a range around that figure. An example of a regression learning system is a model that predicts second-hand car prices based on historical sales data.

Unsupervised learning refers to models that learn to recognise patterns based on unlabelled data. It is used for clustering input data into groups with similar traits. Unsupervised learning is used, for example, in recommender systems on e-commerce websites (“People who bought this book also bought ...”) and streaming platforms (“Because you listened to ..., you may also like ...”).

Reinforcement learning probably resembles the most the way humans learn. It refers to learning that is based solely on incentivising the model if it gets it right and penalising the model if it gets it wrong. The model will thus use “trial and error” and learn solely from the effect of its behaviour. Reinforcement learning has, for example, been used to learn machines how to play simple computer games (e.g., Pong) without telling the machine how it should play the game. There are exciting movies on YouTube showing how a machine starts playing a game, gradually starts becoming better, and ultimately reaches a level that humans cannot.

Artificial Neural Networks

The recent progress in AI is to a large part also due to the progress made in the development and use of Artificial Neural Networks (ANNs). The extensive use of ANNs presents an important shift in the approach to Machine

Learning from knowledge-based learning to data-driven learning. In the past, computer programs were able to function because programmers basically translated human knowledge into logical instructions (if ... then ...), which enabled the program to perform the task for which it was written. Data-driven learning however consists of feeding the algorithm – the ANN – enormous quantities of labelled data to allow the algorithm to perform certain tasks *without it being specifically programmed for such tasks*. The shift towards data-driven Machine Learning produces several issues, such as the so-called ‘black box’ problem (i.e., the lack of explainability of how the algorithm comes to certain results/outputs).

Legal and Ethical Issues

AI in and of itself presents several legal and ethical issues. These have already been documented in various publications and are centred around six themes: (i) fairness and non-discrimination, (ii) transparency and explainability, (iii) accountability, (iv) privacy, (v) safety and reliability and (vi) fair competition.

Fairness and non-discrimination refer to the various documented instances where AI systems have been proven to be biased or discriminate against people. Indeed, the idea that leaving decisions to AI systems that work based on logic and mathematics removes the risk of biased decisions has been proven inaccurate. In August 2019, for example, Apple ran into major problems when users noticed that its automated credit scoring system seemed to offer smaller lines of credit to women than to men applying for an Apple card. Algorithmic bias results from the fact that algorithms are programmed using real-life data, which data are often biased as they are the result of human decision. The risk of an algorithm being biased is not removed by not coding sensitive data (such as race, religion, gender, etc.) into the algorithm, since algorithms tend to find data that are a proxy for such sensitive data (e.g., domicile).

The issue of transparency and explainability – sometimes also referred to as the issue of replication – is linked directly to the explosive use of Machine Learning and ANNs. In many instances, the output of data-driven machine learning can, even though maybe correct, simply not be explained (the so-called ‘Black Box’). It is the inability of a human to replicate an incorrect decision made by an algorithm and the reason why an algorithm made a given decision. Because AI is increasingly being used in decision-making (e.g., credit application, parole granting, grading students), it is important that those undergoing such decisions understand the reasons for such decision.

Accountability refers to the issue of human control and human oversight and is linked to the autonomy that many AI systems exhibit. Such autonomy may cause an AI system to make decisions that deviate from what was intended by the producers and expected by the users. Autonomous vehicles causing a fatal accident with a



pedestrian because of a wrong decision illustrate this problem well.

The issue of privacy concerns the fact that many AI systems use personally identifiable information – personal data – to function. Take the example of movie recommender systems, which use your personal viewing history as a basis to recommend similar movies or (in the US) court systems which predict the chance of you being a repeat offender based on your personal characteristics. The privacy issue is already partly dealt with in the General Data Protection Regulation (GDPR), which requires, amongst others, transparency on the use of personal data and grants humans a right not to be subjected to automated decisions (including profiling) based upon personal data processing.

The importance of safety and reliability of AI systems – including protection against cyber risks – comes because of the increased reliance of humans on AI. Autonomous vehicles are probably the best example of the need for robust AI systems, which are reliable and guarded from external manipulation.

Finally, the issue of fair competition regards the access to data and AI systems. Both are at risk. Given the enormous investment required to develop advanced AI systems, a

risk exists that such systems will only be within the reach of very large corporations. Even a not-for-profit organisation such as OpenAI, whose stated mission is “to ensure that artificial general intelligence benefits all of humanity”², is currently subject to criticism for lack of openness, transparency, and access to technology. A similar risk exists regarding data, the raw material that is required in large quantities to train and test algorithms. At present, large pools of data are often in the exclusive hands of the likes of Facebook, Google, Amazon. The lack of access to qualitative data may be an obstacle for competitors to develop competing AI-enabled products and services.

Opinions differ whether AI should be specifically and externally regulated, either by way of formal legislation or regulation, or internally by way of self-regulation or other voluntary mechanisms.

Aside from the inherent issues presented by AI, the increasing application of AI will certainly also impact other fields of law (e.g., intellectual property law, tort law, contract law, product liability law). The question arises whether the increasing use of AI in and of itself justifies

2. <https://openai.com/about/>

the development of a whole new body of law regulating AI. As Prof. F. Easterbrook³ once famously said in relation to cyberlaw, there is no more cyberlaw as there is “*law of the horse*”, meaning that it does not make sense to develop rules for a specific asset or phenomenon. Rather, one should resist the urge to develop new regulation for each new technology that comes around and apply the existing well-established principles of intellectual property law, tort law, contract law, etc. on such new technologies. Prof. R. Epstein elaborated further on the issue of over-regulation in this book “*Simple Rules for a Complex World*”.

The Proposed AI Regulation

On April 21, 2021, the European Commission published a Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence⁴ (the *AI Regulation*) based on the White Paper on Artificial Intelligence⁵ that was published in 2020. At the same time, the EC proposed a new Machinery Regulation, designed to ensure the safe integration of AI systems into machinery. When adopted, the proposed AI Regulation is likely to follow in the footsteps of the GDPR and become the *de facto* worldwide standard for regulating AI. The regulation offers its own definition of AI in terms of what it is meant to cover: “‘*artificial intelligence system*’ (AI system) means software that is developed with one or more of the techniques and approaches listed in Annex I and can, for a given set of human-defined objectives, generate outputs such as content, predictions, recommendations, or decisions influencing the environments they interact with.”

The proposed AI Regulation applies to a wide range of actors, including (i) *providers* placing on the market or putting into service AI systems in the EU (irrespective of whether they are established in the EU or in a third country); (ii) *users* of AI systems established within the EU, under whose authority and responsibility the AI system is used; and *EU institutions, offices, bodies, and agencies* when they are providers or users of AI systems.

The broad scope of application is extended further by the extraterritorial effect of the proposed AI Regulation, meaning that actors (providers and users) established in a third country will also be subject to the proposed AI Regulation to the extent the AI systems affect persons located in the EU.

The proposed AI Regulation prohibits certain AI practices that are considered a clear threat to the safety, livelihoods, and rights of people, including:

- AI systems that manipulate human behaviour, opinions or decisions through choice architectures or other elements of a user interface or exploits information or predictions about an individual or group of individuals to target their vulnerabilities or special circumstances;
- AI systems used for indiscriminate surveillance applied in a generalised manner to all natural persons without differentiation; and
- AI systems that evaluate or classify the trustworthiness of natural persons based on their social behaviour or known or predicted personal or personality characteristics, leading to detrimental or unfavourable treatment.

Furthermore, the Proposed Regulation includes several high-risk AI systems which are not prohibited but which use is made subject to strict conditions. High-risk AI systems are listed in Annex II of the proposed AI Regulation and would include:

- AI systems used to dispatch or establish priority in the dispatching of emergency first response services;
- AI systems used to determine the access to education or vocational training;
- AI systems during the recruitment, promotion, or termination process;
- AI systems that evaluate the creditworthiness of persons;
- AI systems used by public authorities to evaluate the eligibility for public assistance benefits and services;
- AI systems used in a law enforcement context to prevent, investigate, detect, or prosecute a criminal offence or adopt measures impacting on the personal freedom of an individual or to predict the occurrence of crimes or events of social unrest with a view to allocate resources devoted to the patrolling and surveillance of the territory;
- AI systems used for immigration and border control, including to verify the authenticity of travel documentation and to examine asylum and visa applications; and
- AI systems intended to be used to assist judges at court.

Under the proposed AI Regulation, providers of high-risk AI systems must comply with several strict requirements, including:

- to use detailed and specific risk management systems and to subject the AI system to a conformity assessment;
- to only use high quality data that does not incorporate intentional or unintentional biases and is representative, free from errors and complete;
- to conduct post-market monitoring of the operation of the system and notify any serious incident or malfunctioning to the relevant national regulator;

The proposed AI Regulation prohibits certain AI practices that are considered a clear threat to the safety, livelihoods, and rights of people [...].

3. F. Easterbrook, *Cyberspace and the law of the horse*, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2147&context=journal_articles.

4. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence-artificial-intelligence>.

5. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf.

- to register the AI system in a public register;
- to keep records and logs, and be transparent to users about the use and operation of the AI system;
- to ensure human oversight through appropriate technical and/or organisational measures; and
- to ensure the robustness, accuracy, and security of the AI system.

Users of high-risk systems will be subject to somewhat more limited obligations. They must ensure use of the technology in accordance with the instructions for use and take appropriate technical and organisational measures to address risks created by the AI system. Users must also monitor the operation of the system and keep records of the description of the data used.

The proposed AI Regulation also imposes specific obligations upon (i) authorised representatives of providers, (ii) importers, (iii) distributors of high-risk AI systems and (iv) other third parties involved in the AI value chain.

The proposed AI Regulation further foresees the creation of so-called 'notified bodies' that will be entitled to control the conformity of high-risk AI systems with the requirements set out above, and national competent authorities responsible for setting up and carrying out the necessary procedures for the assessment, designation and notification of conformity assessment bodies and their monitoring.

Interestingly and in line with the European Commission's ambition to make the European Union a worldwide leader in AI, while the proposed AI Regulation aims at laying down a regulatory framework for AI, it also contains measures in support of innovation. Such measures include (i) AI regulatory sandboxing schemes, (ii) measures

to reduce the regulatory burden for Small and Medium Enterprises (SMEs) and start-ups and (iii) the establishment of digital hubs and testing experimentation facilities.

Finally, the proposed AI Regulation also prescribes transparency obligations for certain other (non-high risk)

Users must also monitor the operation of the system and keep records of the description of the data used.

AI systems (such as emotion recognition systems) and a limited number of obligations for the use of remote biometric identification systems.

Non-compliance with the rules laid down in the proposed AI Regulation would give rise to GDPR-inspired administrative fines up to EUR 20,000,000 or, in the case of an undertaking, up to 4% of the total worldwide annual turnover of the preceding financial year, whichever is higher.

Also, like the GDPR, national supervisory authorities shall be competent for monitoring and enforcing compliance with the proposed AI Regulation. A European Artificial

Intelligence Board (EAIB) composed of representatives of the national supervisory authorities, a representative of the European Data Protection Supervisor (EDPS) and a representative from the European Commission shall be established. The EAIB's main task would be to supervise the consistent application of the proposed AI Regulation.

The proposed AI Regulation is only the start of a lengthy legislative process where adaptations are still likely. Afterwards, it will be applicable one or two years after its adoption. Therefore, the applicability of this Proposed Regulation is not foreseen before 2024.

One will have noted that the proposed AI Regulation deals with most of the legal and ethical issues surrounding AI explained above, be it in respect of so-called "high-risk AI systems". The issue of fair competition is not addressed in the proposed AI Regulation, but is the subject of the Open Data Directive⁶ and two pieces of upcoming EU legislation, namely the proposed Digital Markets Act⁷ and the proposed Data Governance Act⁸.

Conclusion

The rapid development and deployment of AI and its increasing use in almost any aspect of our lives presents lawyers around the world with new as well as old challenges.

Old challenges because lawyers will once again need to think about how to apply well-established principles of intellectual property, tort and contract law to a new technology and phenomenon.

Lawyers are trained in applying old rules to new facts.

New challenges, as AI in and of itself raise several entirely new legal and ethical questions, need to be addressed.

Data protection lawyers, who are used to working with vague concepts such as fairness, transparency, and accountability in connection with personal data, may have a slight advance on other lawyers, but will need to re-train into true data and technology lawyers, acting as an interface between the business, data scientists and the legal departments. But, in the end, any lawyer, be it a real estate law, criminal law, family law or other specialist, will need to get a grasp of AI and the impact it has on their practice areas. ■

Bastiaan BRUYNDONCKX

Partner, Lydian

Brussels, Belgium

bastiaan.bruyndonckx@lydian.be

6. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2019.172.01.0056.01.ENG.

7. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_20_2349.

8. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-european-data-governance-data-governance-act>.



Vers la fin des transferts de données à caractère personnel par les cabinets d'avocats européens vers des pays tiers ?

Jean-François HENROTTE

↳ Has the CJEU Judgement in the Schrems II Case sounded the death knell for internal or external transfers of personal data by law firms to countries outside the EU or the use of the cloud in those countries? Probably, in light of the lack of appropriate additional concrete measures that should be added to the standard contractual clauses under this judgment.

↳ ¿La sentencia Schrems II del TJUE ha dado la puntilla a las transferencias internas o externas de datos personales por parte de los despachos de abogados a países extracomunitarios o al uso de la nube de esos países? Probablemente, ante la falta de medidas adicionales concretas adecuadas que habría que adoptar, en virtud de esta sentencia, a las cláusulas contractuales estándar.

Beaucoup d'entre nous sont concernés par les transferts de données vers des pays tiers au sens du Règlement Général de Protection des données (RGPD).

Les cabinets d'avocats traitent des données à caractère personnel en dehors de l'Union européenne ou par le biais de sociétés étrangères dans de nombreuses hypothèses. Par exemple, il y a l'utilisation du cloud ou d'outils de visioconférence qui hébergent les données à caractère personnel hors de l'Union européenne et/ou qui sont opérés par des sous-traitants étrangers.

On pense également à la consultation de telles données à partir de l'étranger, même lorsque les données sont hébergées dans l'Union européenne et pas un opérateur européen.

Un autre transfert auquel on songe est celui des données de clients et d'adversaires à des confrères établis en dehors de l'Union afin de traiter un dossier dans ce pays tiers.

Il y a aussi les données partagées par un cabinet international pour gérer des dossiers, assurer son marketing, procéder à la vérification des conflits d'intérêts ou utiliser des ressources informatiques communes.

Beaucoup d'entre nous voient donc leurs pratiques remises en cause par l'arrêt Schrems II.

Contexte

Pour mémoire, le transfert de données à caractère personnel hors de l'Union européenne est en principe interdit, afin d'éviter que les données ne soient soumises à un cadre juridique étranger moins protecteur que ne l'est le RGPD (Art. 44.).

Par exception, la Commission européenne délivre un blanc-seing (une décision d'adéquation - Art. 45) à certains pays dont elle estime les garanties suffisantes. À ce jour, figurent sur cette liste blanche : Andorre, l'Argentine, le Canada (pour les organisations commerciales), les îles Féroé, Guernesey, Israël, l'Île de Man, le Japon, Jersey, la Nouvelle-Zélande, la Suisse et l'Uruguay. À la différence du Canada, les États-Unis n'ont pas fait l'objet d'une approbation générale par la Commission européenne, mais un accord a été conclu, dénommé *Privacy Shield*, permettant le transfert de données récoltées dans un pays de l'Union européenne vers les seules entreprises américaines y ayant adhéré.

En dehors de ces mesures visant des pays spécifiques, un transfert hors de l'Union européenne peut également, en vertu de l'article 46 du RGPD, avoir lieu s'il est encadré de garanties appropriées, typiquement la signature de clauses contractuelles types proposées par la Commission européenne ou, au sein d'un cabinet international, des règles d'entreprises contraignantes (REC ou BCR, en anglais).

Portée de la décision

L'examen de la Cour de justice de l'Union européenne (la Cour) dans l'arrêt Schrems II porte sur la validité à la fois de la décision d'adéquation du *Privacy Shield* et des clauses contractuelles types proposées par la Commission

européenne pour le transfert de données à caractère personnel vers des sous-traitants établis dans des pays tiers.

La Cour a invalidé le *Privacy Shield* et donc la garantie qui autorisait les transferts de données vers les entreprises qui y adhéraient. L'invalidation du seul *Privacy Shield* pourrait laisser croire que seules les entreprises autocertifiées en vertu du *Privacy Shield* basées aux États-Unis sont concernées par cet arrêt, mais il n'en est rien, ainsi que nous allons le voir ci-dessous.

Privacy Shield

Selon la Cour, les programmes de surveillance étatiques des traitements des données électroniques aux États-Unis ne tiennent pas compte des principes de proportionnalité, ne se limitent pas à la collecte des seules données nécessaires et les personnes dont les données ont été collectées ne disposent pas de droits

d'action contre les autorités américaines. En outre, le programme du médiateur prévu dans le *Privacy Shield* ne donne aux personnes concernées aucun motif d'action devant un organe qui offre des garanties substantiellement équivalentes à celles exigées par la législation européenne.

Le *Privacy Shield* et la protection des données à caractère personnel aux États-Unis sont donc insuffisants pour assurer un niveau de protection des données à caractère personnel et du droit à la vie privée équivalent à celui garanti au sein de l'Union européenne par le RGPD et la Charte des droits fondamentaux.

Une conséquence indirecte de cet arrêt pourrait être de remettre rapidement en cause la décision d'adéquation Union européenne – Royaume-Uni. En effet, le Royaume-Uni dispose de lois et pouvoirs de surveillance particulièrement étendus et a été condamné à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme pour ne pas avoir respecté les normes de la Convention européenne des droits de l'homme qui, à l'estime de certains, pourraient être en quelque sorte inférieures à celles fixées par la Cour de justice¹.

Il sera donc intéressant de suivre les examens périodiques de la Commission et/ou les éventuelles contestations judiciaires devant la Cour de certaines décisions d'adéquation, en particulier celle conclue avec Israël – un pays qui effectue une surveillance étendue à des fins de sécurité

1. Elle vient encore d'être condamnée récemment par la Cour : CJUE, 6 octobre 2020, C-623/17, *Privacy International contre, e.a. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, <https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-623/17>.



nationale – ce qui pourrait aller à l'encontre de la jurisprudence Schrems II de la Cour.

La conséquence directe de l'invalidation du *Privacy Shield* est que les 5 378 organisations américaines et leurs partenaires commerciaux au sein de l'Union européenne et de l'Espace économique européen se retrouvent sans réelle issue, sachant que l'invalidation déclarée par la Cour a pris effet immédiatement !

Clauses contractuelles types

À défaut d'une décision encadrant les transferts vers les États-Unis (et les autres pays tiers ne bénéficiant pas d'une décision d'adéquation), les cabinets d'avocats vont naturellement se tourner vers l'autre grand outil que sont les clauses contractuelles types pour permettre le transfert de données à caractère personnel vers des responsables de traitement ou des sous-traitants établis dans des pays tiers.

Ces clauses types, aux termes de l'arrêt, restent valides, mais en apparence seulement.

Effectivement, la Cour rappelle que les clauses contractuelles types de protection des données visent uniquement à fournir aux acteurs établis dans l'Union européenne des garanties contractuelles s'appliquant de manière uniforme dans tous les pays tiers où pourraient être établis leurs cocontractants et, dès lors, indépendamment du niveau de protection garanti dans chacun d'entre eux. Dans

la mesure où ces clauses types de protection des données ne peuvent, eu égard à leur nature, fournir des garanties allant au-delà d'une obligation contractuelle de veiller à ce que le niveau de protection requis par le droit de l'Union européenne soit respecté, elles peuvent nécessiter, en fonction de la situation prévalant dans tel ou tel pays tiers, l'adoption par les acteurs situés dans l'Union européenne de mesures supplémentaires afin d'assurer le respect effectif de ce niveau de protection.

À cet égard, le mécanisme contractuel prévu à l'article 46, § 2, c, du RGPD repose sur la responsabilisation des acteurs établis dans l'Union européenne ainsi que, à titre subsidiaire, de l'autorité de contrôle compétente. Il appartient, dès lors, avant tout, à ce responsable du traitement ou à son sous-traitant de vérifier, au cas par cas et, le cas échéant, en collaboration avec le destinataire du transfert, si le droit du pays tiers de destination assure une protection appropriée, au regard du droit de l'Union européenne, des données à caractère personnel transférées sur le fondement de clauses types de protection des données, en fournissant, au besoin, des garanties supplémentaires à celles offertes par ces clauses.

Le Comité européen de protection des données (CEPD) a adopté des recommandations 02/2020 sur les garanties essentielles européennes pour les mesures de surveillance qui guideront les exportateurs et les importateurs de données dans cet examen².

Le rôle confié par la décision de la Commission et la Cour à l'importateur de données d'informer l'exportateur de données de toute incapacité à respecter les clauses types de protection des données est raisonnable : il s'agit après tout de son droit national. Nous trouvons en revanche disproportionnée l'exigence d'évaluation par le responsable du traitement des lois du pays où le destinataire est basé. Rappelons en effet que la Commission européenne et ses juristes spécialisés n'ont pas pu (ou voulu ?) réaliser cette évaluation par deux fois dans le cadre des décisions *Safe Harbour* et *Privacy Shield* invalidées par la Cour !

La commission vie privée et droits de l'homme numérique de l'UIA a en tout cas décidé d'aider les consœurs et les confrères dans cet examen en présentant cette analyse d'un maximum de confrères issus de ces pays tiers de l'Union européenne au cours de sa session lors du congrès de Madrid³. Je vous invite à être nombreux à suivre ces travaux.

Par ailleurs, la Cour n'indique pas quelles seraient ces « mesures supplémentaires ».

2. Recommandations 02/2020 du 10 novembre 2020 sur les garanties essentielles européennes pour les mesures de surveillance, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/recommendations/recommendations-022020-european-essential-guarantees_en

3. Probablement le 30 octobre à 11h (voy. <https://www.uianet.org/fr/evènements/65e-congres-0#program>).

Mesures complémentaires appropriées

Le CEPD a étudié plus en détail en quoi ces mesures supplémentaires pourraient consister dans ses recommandations 01/2020 sur les mesures qui complètent les instruments de transfert destinés à garantir le respect du niveau de protection des données à caractère personnel de l'Union européenne.

Il a examiné les mesures envisageables d'un point de vue technique, contractuel et organisationnel, mais a dû faire avec d'impuissance.

En effet, le CEPD n'envisage que quatre scénarios dans lesquels des mesures efficaces ont pu être trouvées.

Un concerne la recherche avec des données pseudonymisées, ce qui ne concerne pas notre profession.

Un deuxième scénario (marginal) vise à se protéger de l'interception de données transitant par un pays tiers par le chiffrement.

Le troisième, qui peut trouver écho dans notre profession, suggère, dans l'hypothèse d'un stockage de données à des fins de sauvegarde ou pour d'autres finalités qui ne nécessitent pas un accès aux données en clair, l'usage du chiffrement et la maîtrise des clés par le seul exportateur.

Le CEPD reconnaît toutefois que certains pays interdisent l'usage du chiffrement. Nous pouvons pour notre part relever l'exemple de la Tunisie qui interdit certaines méthodes de chiffrement.

Le quatrième scénario est plus intéressant, car il vise explicitement la profession d'avocat. Il vise un exportateur de données qui transfère des données à caractère personnel à un importateur de données dans un pays tiers spécifiquement protégé par le droit national, par exemple dans le but de fournir conjointement un traitement médical à un patient ou des services juridiques à un client, à la condition de chiffrer les données lors du transfert. L'avocat ne peut toutefois utiliser les services d'un sous-traitant d'une manière qui permette aux autorités publiques d'accéder aux données pendant qu'elles sont détenues par le sous-traitant ni transférer les données à une autre entité non protégée au moyen des instruments de transfert visés à l'article 46 du RGPD.

Pour les scénarios le plus courants, le CEPD reconnaît ne pas avoir pu trouver de mesure efficace... Il vise ainsi le transfert à des fournisseurs de services informatiques en nuage (cloud) ou à d'autres sous-traitants nécessitant un accès à des données en clair ou l'accès à distance aux données à des fins professionnelles !

Il [le CEPD] a examiné les mesures envisageables d'un point de vue technique, contractuel et organisationnel, mais devra faire avec d'impuissance.

À défaut pour le responsable du traitement ou son sous-traitant établi dans l'Union européenne de pouvoir prendre des mesures supplémentaires suffisantes pour garantir une protection effective des données à caractère personnel, il sera tenu de suspendre ou de mettre fin au transfert de ces données vers le pays tiers concerné.

Aux États-Unis, nous l'avons vu ci-dessus, la protection n'est pas jugée suffisante. Compte tenu des critères retenus par la Cour pour analyser les lois de surveillance étatiques étrangères, ce sera également le cas pour un certain nombre d'autres pays puisque leur cadre légal sera considéré comme inadéquat. Dit autrement, si les clauses contractuelles types proposées par la Commission européenne n'ont pas été invalidées en droit par la Cour, elles l'ont, selon nous, été en fait.

Règles d'entreprise contraignantes

Les règles d'entreprise contraignantes souffrent des mêmes faiblesses que les clauses contractuelles types, de sorte que les REC ne sont pas non plus la solution pour le transfert de données vers ces pays tiers. Elles n'empêchent pas, du fait de leur nature contractuelle, les gouvernements d'accéder aux données personnelles.

Perspectives

Pour les transferts qui ne peuvent pas être validés par les clauses contractuelles types ou les REC, seules les dérogations prévues par l'article 49 du RGPD, suggérées par la Cour elle-même au § 202 de son arrêt Schrems II, pourraient s'appliquer : en pratique, recueillir le

consentement explicite et spécifique des personnes concernées au transfert envisagé, en justifiant les avoir au préalable informées des risques que ce transfert pouvait comporter pour elles nous semble la seule dérogation envisageable.

Il est donc établi que l'arrêt Schrems II ne concerne pas uniquement les transferts de données à caractère personnel vers les États-Unis, mais remet en cause une très grande majorité des transferts de données à caractère personnel européennes dans le monde. Cet arrêt pourrait avoir comme consé-

quence une relocalisation massive des données au sein de l'Union européenne, alors que sa stratégie pour les données, publiée par la Commission le 19 février 2020, souligne que les flux internationaux de données sont indispensables à la compétitivité des entreprises de l'Union européenne. La pratique commune des cabinets internationaux reposant sur des flux transfrontières de données



pourrait à des conditions très strictes subsister, mais devra fait l'objet d'un examen très sérieux et de garanties techniques exigeantes.

Telle est la situation au regard des recommandations 01/2020 sur les mesures qui complètent les instruments de transfert destinés à garantir le respect du niveau de protection des données. De nouvelles mesures supplémentaires vont-elles être trouvées ? De nouvelles décisions d'adéquation seront-elles négociées et prises par la Commission européenne avec des pays aussi importants pour notre profession que les États-Unis, le Costa Rica ou l'Inde ? Nous l'espérons, car le repli sur soi et le souverainisme s'opposent aux valeurs d'échange et de partage de l'UIA. ■

Jean-François HENROTTE

Directeur de la stratégie digitale de l'UIA

Avocat, Lexing

Liège, Belgique

jf.henrotte@lexing.be

Il est donc établi que l'arrêt Schrems II ne concerne pas uniquement les transferts de données à caractère personnel vers les États-Unis, mais remet en cause une très grande majorité des transferts de données à caractère personnel européennes dans le monde.



La privacidad de los datos biométricos

Héctor GONZÁLEZ BERLANGA

There is a lot of literature and legislation that defines what biometric data is, its use and protection. In the case of Mexico, the legislation is not clear enough. The recent modifications to the Federal Telecommunications and Broadcasting Law that impose the obligation to provide biometric personal data to mobile phone companies, to be subsequently delivered to an administrative authority, in addition to limiting the free development of the personality of individuals, is a violation of the individual guarantees enshrined in the Constitution.

Il existe de nombreuses publications et législations qui définissent ce que sont les données biométriques, leur utilisation et leur protection. Dans le cas du Mexique, la législation n'est pas assez claire. Les modifications récentes de la loi fédérale sur les télécommunications et la radio-diffusion qui imposent l'obligation de fournir des données personnelles biométriques aux entreprises de téléphonie mobile, pour qu'elles soient ensuite remises à une autorité administrative, est une violation des garanties individuelles inscrites dans la Constitution, en plus d'une limite au libre développement de la personnalité des individus.

En el mundo digital actual, en donde el *Derecho al Olvido* es prácticamente imposible aplicar, debido a que todo lo que hacemos y decimos, queda grabado en algún servidor en algún lugar del mundo (haciendo imposible borrarlo), el inalienable *Derecho a la Privacidad* debe de ser defendido a toda costa, ya que les garantiza a las personas, el libre desarrollo de su personalidad.

Las recientes modificaciones en México a la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTR), que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación, el pasado 16 de abril y que entraron en vigor al día siguiente de su publicación, con el pretexto de «combatir al crimen organizado y los delitos que se cometen utilizando

teléfonos celulares», pretende obligar a los usuarios de teléfonos móviles, a proporcionar sus datos biométricos a las compañías prestadoras del servicio, quienes posteriormente, los entregarán al Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFETEL).

En términos de las modificaciones publicadas, se reforman los artículos, 176, y 190, fracciones VI, primer párrafo, y fracción VII; se adiciona una fracción XLII Bis al artículo 15; un Capítulo I Bis denominado «Padrón Nacional de Usuarios de Telefonía Móvil»; al Título Séptimo, con los artículos 180 Bis, 180 Ter, 180 Quáter, 180 Quintus, 180 Sextus y 180 Septimus; un Capítulo II Bis denominado «Sanciones en Materia del Padrón Nacional de Usuarios de Telefonía Móvil», al Título Décimo Quinto, con los artículos 307 Bis, 307 Ter, 307 Quáter y 307 Quintus, de la LFTR.

Las modificaciones que más preocupan se refieren a la creación del denominado *Padrón Nacional de Usuarios de Telefonía Móvil* (PANAUT), para cuya creación, se pretenden recabar los datos biométricos de los usuarios, y en su caso, los datos biométricos de los representantes legales de personas morales, titulares de líneas móviles. El nuevo artículo 180 Quáter de la LFTR, establece la obligación genérica, consistente en que el registro del número de una línea telefónica móvil en el PANAUT, es obligatorio para el usuario, quien deberá proporcionar identificación oficial, comprobante de domicilio y datos biométricos, para la activación y/o continuación de la prestación del servicio de líneas telefónicas móviles, previéndose una obligación específica dispuesta en el Transitorio Cuarto, para aquellas personas que a la entrada en vigor de dicha disposición cuenten con el servicio de telefonía móvil, consistente en que en caso de no realizar dicho trámite, les será cancelado en forma inmediata la prestación del servicio relacionado con la línea telefónica móvil de que se trate, sin derecho a reactivación, pago o indemnización alguna.

Por su parte, de acuerdo con el nuevo artículo 180 Quintes de la LFTR, se determina que los concesionarios de telecomunicaciones y, en su caso, los autorizados, deberán recabar e ingresar la información sobre la

identidad, datos biométricos y domicilio del usuario, así como proporcionar la información con la cual se integrará el PANAUT.

De acuerdo con las modificaciones y reformas publicadas, respecto de las características de la información especialmente delicada para los usuarios de servicios de telefonía móvil, es omisa en cuanto la identificación de la misma, además delega a una autoridad en materia de telecomunicaciones la determinación de ésta mediante *disposiciones administrativas de carácter general*, lo que de suyo implica un acto legislativo en manos de una dependencia de naturaleza administrativa, lo que viola la división de poderes determinados por nuestra Constitución.

De acuerdo con el nuevo artículo 180 Séptimus de la LFTR, la información que eventualmente obre en el PANAUT, pese a tratarse de datos particularmente delicados y sensibles de los usuarios de telefonía móvil, queda a disposición de terceras personas, en franca violación a

los derechos de privacidad, debido proceso y legalidad de los justiciables.

La obligación de proporcionar datos personales biométricos a compañías de telefonía móvil, para ser entregados posteriormente a una autoridad administrativa,

dependiente del Poder Ejecutivo, como lo es el IFETEL, limita el libre desarrollo de la personalidad de los individuos y el simple hecho de que se pretenda que una autoridad federal tenga injerencia en ellos, es violatorio de las garantías individuales consagradas en la Constitución.

El artículo tercero transitorio del decreto de modificación de la LFTR, contempla que el IFETEL, dentro de los 180 días naturales posteriores a la fecha de publicación, deberá de emitir las "*Disposiciones de Carácter Administrativo*" para implementar el PANAUT.

Existe mucha literatura respecto de lo que son los datos biométricos, su uso y protección, por lo que me referiré solamente a dos fuentes.

En cuanto a su definición, la encontramos en la *Guía para el Tratamiento de Datos Biométricos*, publicada en el año 2008 por el *Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales*¹, que señala: «Los datos biométricos son las propiedades físicas, fisiológicas, de comportamiento o rasgos de la personalidad, atribuibles a una sola persona y que son medibles». Adicionalmente, la Guía referida, señala: «Las tecnologías biométricas de reconocimiento de características físicas y fisiológicas consideran parámetros derivados de la medición directa de algún rasgo

estrictamente físico o funcional del cuerpo humano a la hora de identificar personas». La publicación referida, menciona, que, entre los datos biométricos más comunes, se encuentran, la huella dactilar, el reconocimiento facial, reconocimiento de iris, geometría de la mano, reconocimiento de retina, y reconocimiento vascular.

En segundo término, en cuanto los riesgos de su uso, la *Ley de Privacidad de Información Biométrica del Estado de Illinois, Estados Unidos de América*², de modo puntual destaca en su Sección 5. (c): «La biometría es diferente a otros identificadores únicos que se utilizan para acceder a las finanzas u otra información sensible. Por ejemplo, los números de la seguridad social, cuando se ven comprometidos, se pueden cambiar. Los biométricos, sin embargo, son biológicamente únicos para el individuo; por lo tanto, una vez comprometidos, el individuo no tiene ningún recurso, tiene un mayor riesgo de robo de identidad y es probable que se le retire de las transacciones facilitadas por datos biométricos.»

En este orden de ideas, la implementación de la entrega de los datos biométricos de los usuarios de telefonía móvil, conforme los términos de las modificaciones a la LFTR, sin tener la certeza en el buen manejo de dichos datos y su posterior entrega a un ente del Estado Mexicano vulnera la esfera jurídica de los justiciables, y puede resultar en un daño irreparable.

En un régimen democrático, como el nuestro, no cabe la posibilidad que el Poder Ejecutivo, tenga posesión y control de los datos personales sensibles de sus gobernados, ya que su tenencia y control, de ninguna manera ayudará a cumplir con el «*único fin de colaborar con las autoridades competentes en materia de seguridad y justicia en asuntos relacionados con la comisión de delitos en los términos de las disposiciones jurídicas aplicables*», según lo disponen las modificaciones a la LFTR.

Desde el punto de vista constitucional, destacan dos elementos fundamentales para los *Derechos Humanos*, que son reconocidos en el artículo 1° de nuestra Carta Magna: el primero, es que los sujetos de derecho, poseemos bienes básicos protegidos que resultan necesarios para la satisfacción de cualquier plan de vida, y; el segundo, es la libertad.

Dentro de los primeros, están determinadas características que conforman a la persona en su individualidad como un ser único e irreplicable, dentro de los cuales se encuentran las características biométricas que lo acompañarán a lo largo de toda su existencia y que dado el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información podrán ser un elemento para su participación en el mundo jurídico (v.gr. las transacciones bancarias); dentro de los segundos, se encuentra la libertad para reservar los datos personales

Existe mucha literatura respecto de lo que son los datos biométricos, su uso y protección [...].

1. https://home.inai.org.mx/wp-content/documentos/DocumentosSectorPrivado/GuiaDatosBiometricos_Web_Links.pdf

2. <https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=3004&ChapterID=57>



en atención de su propio criterio, sin injerencias de ningún ente gubernamental.

Como bien citó nuestro más alto tribunal de la nación, “Cada ser humano es el mejor juez de sus propios intereses”, y en esa medida, no puede admitirse ser coaccionado en aspectos fundamentales de la personalidad por un Estado que, en principio, no goza de la legitimidad para inmiscuirse en la vida privada de las personas.

El Derecho a la Privacidad emergió como un bloque de protección de las personas en nuestra individualidad, gracias al cual nos permitimos construir y vivir en una esfera propia en la que podemos ser quienes somos, sin afectar, ni ser afectados por terceros. Vulnerar esta esfera de la individualidad, irremisiblemente afecta a la dignidad del individuo dentro de una comunidad.

En toda democracia, al no ser los ciudadanos propiedad del Estado, las personas son seres libres, con derecho a mantener el anonimato cuando así les plazca, bajo las condiciones que autónomamente determinen, gozando plenamente del derecho al libre desarrollo de su personalidad, acorde con sus convicciones y cosmovisión, sin ser intimidados, ni por el Estado, ni por los particulares. Como lo apuntó el Ministro Ortiz Mena³, este es un derecho constitucional cuya dimensión debe de ser extraída y

3. Voto concurrente que formula el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz mena en la acción de inconstitucionalidad 32/2012, resuelto por el pleno de la suprema corte de justicia de la nación, en sesión de dieciséis de enero de dos mil catorce.

reconstruida a partir de otros derechos constitucionales y convencionales como, por ejemplo, el derecho de reunión y asociación reconocido en el artículo 9º; el derecho a la protección de nuestros datos personales, a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, consagrados por el artículo 16.

Sin lugar a dudas, la norma constitucional, en conjunto con los tratados internacionales de los que México es parte que, se encuentran jerárquicamente a nivel superior de las leyes secundarias, tutelan el ámbito de privacidad e intimidad que el Estado debe de garantizar a los gobernados; lo anterior, sin perder de vista que en el contenido de las normas mencionadas, los aspectos de privacidad no tienen un mismo nivel de protección, cuestión que no le es indiferente a la norma constitucional, por lo que debe de analizarse la fuente de la probable vulneración de los derechos de los gobernados, para determinar el *quién* y el *para qué*.

Considerando los distintos *Derechos Humanos* consagrados en nuestra *Carta Magna*, se construye y reafirma el *Derecho a la Privacidad* de los particulares; esto es, conjuntando los derechos constitucionales, como es el caso del derecho de libre asociación amparado por el

En un régimen democrático, como el nuestro, no cabe la posibilidad que el Poder Ejecutivo, tenga posesión y control de los datos personales sensibles de sus gobernados [...].

artículo 9; el derecho de gozar de bienes, posesiones y libertades, amparado por el artículo 14, que además determina la garantía del debido proceso; la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, contenido en los párrafos once y doce del artículo 16, con los derechos contemplados por los artículos 11 de la Convención Americana, que protege al individuo de cara a injerencias arbitrarias o abusivas en contra de su vida, protegiendo, por lo tanto, su honra y dignidad, así como por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que establece el derecho a la protección de la Ley, en contra de injerencias arbitrarias en la vida privada de las personas.

En este orden de ideas, es posible establecer que el derecho a la privacidad en México es aquel que tiene cualquier persona, a resistir cualquier injerencia en su intimidad, en su persona, en su familia, en su domicilio, y en sus papeles o posesiones, cuando no exista un interés legítimo, por parte del Estado o de la sociedad, de recabar y recibir información de los justiciables.

En el caso de las recientes modificaciones a la LFTR, que obligan a los particulares a entregar datos personales biométricos, con el pretexto y "cuyo único fin es el de colaborar con

Surgen muchas interrogantes respecto a los delitos que se pretenden perseguir y combatir, ya que no enumera cuales son.

las autoridades competentes en materia de seguridad y justicia en asuntos relacionados con la comisión de delitos en los términos de las disposiciones jurídicas aplicables", so pena de "...cancelación en forma inmediata de aquellas líneas de telefonía móvil, que no hayan sido identificadas o registradas por los usuarios...", es clara la violación a los Derechos Humanos.

En efecto, las modificaciones incorporadas a la LFTR, con relación a la creación del PANAUT, no contienen ninguna precisión que permita adivinar su constitucionalidad, de tal suerte, que aunque en una primera instancia pudiera creerse que el fin de la norma es la seguridad y la justicia, lo cierto, es que la norma refiere que su único fin es colaborar en asuntos relacionados con la comisión de delitos en los términos de las disposiciones jurídicas aplicables, sin precisar si los datos serán del sospechoso, del imputado, o si se tratará de los datos de la víctima, o sus testigos, etc., por lo que en la especie, no cumple con lo establecido por la norma secundaria, contemplada por el Artículo 18 de la Ley General de Protección de Datos Personales, al no cumplir con la condición de estar justificada por finalidades concretas, y que sean lícitas, explícitas y legítimas, relacionadas con las atribuciones que la normatividad aplicable le confiere a la autoridad competente.

Surgen muchas interrogantes respecto a los delitos que se pretenden perseguir y combatir, ya que no enumera cuales son. La indefinición es tal que, dicho en términos

claros, aniquila la idea de un fin constitucionalmente válido.

Siguiendo los conceptos de *Carlos Bernal Pulido*, en su obra, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*⁴, en la que, al referirse al subprincipio de idoneidad, indica que toda intervención en los derechos fundamentales, debe de ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Las modificaciones a la LFTR, no lo cumplen, puesto que el fin de tales modificaciones es obtener información para "colaborar con las autoridades competentes en materia de seguridad y justicia en asuntos relacionados con la comisión de delitos en los términos de las disposiciones jurídicas aplicables", que aparentemente podría ser considerado como un fin constitucionalmente válido en sentido abstracto, en realidad no lo es, puesto que los delincuentes no se inscriben en ningún registro gubernamental; por el contrario, lo evitan y lo único que sucederá con dicha medida, será una paradoja, porque el valor de los teléfonos móviles incrementarán su valor en el mercado negro, convirtiéndose en un distractor absurdo durante las primeras horas en las que se investiga un delito, ya que lo primero que harán los delincuentes, es desposeerse de cualquier equipo móvil que permita su pronta localización.

Toda medida de intervención de los derechos fundamentales de los justiciables, debe de ser la más benigna, entre el derecho fundamental intervenido y todas aquellas otras que revistan la misma idoneidad para alcanzar el fin propuesto y en el caso concreto, en México, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 303, dota a las autoridades competentes, de los medios jurídicos para el efecto de la intervención de comunicaciones, previa solicitud debidamente fundada y motivada, en la que se mencione específicamente las líneas, números o aparatos que serán intervenidos, sin necesidad de que se imponga la obligación a los particulares de entregar sus datos biométricos para ser incorporados en el PANAUT, ya que además, dichos datos, como regla general, no son esenciales para la investigación y combate de delitos cometidos con equipos de telefonía móvil.

Es evidente la desproporcionalidad y arbitrariedad de la medida legislativa y su eventual implementación administrativa por parte del IFETEL, ya que consiste en no permitir la contratación de una línea telefónica móvil, ó, cancelar las que se encuentren en uso, por no proporcionar datos personales biométricos. La medida es desproporcionada y arbitraria, toda vez que con la existencia de disposiciones aplicables a la investigación de delitos, es decir, aquellas inherentes a la seguridad, en las que se exige la intervención de la autoridad judicial, se comprueba que incluso ésta acción, debe contar

4. El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Carlos Bernal Pulido. Universidad Esternado de Colombia. Cuarta Edición. P. 52.

con estricto control judicial, empero, la nueva norma omite este control y deja libre a cualquier autoridad, independientemente de que se trate de una autoridad policiaca o una autoridad administrativa, para acceder a la información del PANAUT, sin ningún control, ni fundamento, razón por la cual, la medida, claramente resulta inconstitucional.

Las modificaciones de la LFTR también violan el derecho fundamental de "presunción de inocencia", ya que asume que todos los titulares de una línea telefónica móvil, podrían cometer una conducta criminal y por lo tanto, se les presumiría culpables, en el supuesto de que el número telefónico registrado a su nombre, fuese usado para cometer un delito, o se relacione con la comisión de un delito, justificando así, el registro obligatorio de los datos personales biométricos de los usuarios de telefonía móvil (tanto como personas físicas, como en su calidad de representantes legales de las personas morales). Como consecuencia de esto, cuando llegaren a existir conductas delictivas cometidas mediante el uso de líneas telefónicas móviles, la autoridad investigadora, previa solicitud judicial, sin demora alguna, puede acceder en tiempo real a los datos y localización de cualquier línea telefónica, que se presume es utilizada para la comisión de delitos. Por lo tanto, se concluye que, con la obtención de datos personales sensibles, conlleva a las autoridades responsables a considerar que todos los gobernados cometen dichas conductas y por lo tanto, justifica así *ficchar* a sus ciudadanos a través del PANAUT.

Es de resaltarse, que la *presunción de inocencia* es un derecho con significado práctico, que garantiza una protección especial a las personas acusadas de algún

delito y por lo tanto, como derecho de la persona imputada, el respeto y ejercicio efectivos de la *presunción de inocencia*, van más allá de la verdad y de la justicia.

A manera de conclusión, en términos del segundo párrafo del artículo 16 constitucional, que dispone que la ley establecerá los supuestos de excepción a los principios del tratamiento de datos personales, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas, ó, para proteger los derechos de terceros, es un principio que resulta violentado por el contenido de los artículos 180 Bis, 180 Quáter, 180 Quintes y transitorio cuarto del decreto que modifica la LFTR, al suprimir el régimen de excepción y determinarlo como regla general para todo usuario de una línea telefónica móvil y sin explicar las finalidades concretas de la obtención y tratamiento de datos personales sensibles por parte de los concesionarios o autorizados y por parte del IFETEL, cuestión que no se satisface, con la simple mención del *único fin* a que se refiere el decreto, como justificación para la creación del PANAUT.

Los Jueces de Distrito, los Magistrados de los Tribunales Colegiados y los Ministros de la Corte que conozcan de los amparos y acciones de inconstitucionalidad que se han interpuesto, tienen la última palabra y cargarán en su conciencia, la responsabilidad histórica de sus decisiones. ■

Héctor GONZÁLEZ BERLANGA

Abogado, González Berlanga y Asociados
México, D.F., México
hectorg@gbv.com.mx

UIA International Association of Lawyers

www.uianet.org

[WWW.UIANET.ORG](http://www.uianet.org)

#UIAEvents
for legal professionals
2021 Programme



Lawyers Working From Home: A Technological and Social Experiment

Michael LEGG

➤ Le télétravail est devenu une nécessité en réponse à la pandémie de Covid-19 et a donné lieu à une expérience mondiale dans la conduite de la pratique juridique. Le télétravail est considéré comme une évolution prometteuse qui apporte aux avocats une plus grande flexibilité et qui suscite de nouveaux *business models*. Il offre également une nouvelle façon de s'engager auprès des clients et de répondre aux besoins de la communauté. Pour autant, le télétravail soulève des préoccupations quant à son impact néfaste sur la santé mentale, la diversité et les possibilités de développement professionnel.

➤ El teletrabajo se convirtió en una necesidad en respuesta a la pandemia de Covid-19 que dio lugar a un experimento global en la conducción de la práctica legal. El teletrabajo se ha considerado un desarrollo prometedor que brinda a los abogados una mayor flexibilidad y respalda nuevos modelos comerciales. También proporciona una nueva forma de interactuar con los clientes y satisfacer las necesidades de la comunidad. Del mismo modo, el teletrabajo genera preocupaciones sobre su impacto perjudicial en la salud mental, la diversidad y las oportunidades de desarrollo profesional.

Introduction

Moving our desks from the office to home has rapidly changed the way the legal profession works, not just during Covid-19, but potentially, for the future.

More hours can be devoted to doing productive work rather than sitting in a car, bus or train.

Prior to the pandemic, lawyers meeting clients and appearing in court from home would have been considered absurd, even fanciful, with rare exception. But, with an estimated 2.6 billion people – or a third of the world's population – living under some kind of lockdown

or quarantine beginning in March 2020,¹ and for over a year thereafter, the absurd became reality.

However, Working From Home (WFH) is still a technological and social experiment for lawyers and society in general. It offers advantages in terms of flexibility, upskilling and cost reduction, but it also raises concerns, such as fairness in judicial hearings and undermining wellbeing and diversity, that need careful attention.

1. Mia Jankowicz, "More People Are Now in 'Lockdown' than Were Alive During World War II", Business Insider, March 25, 2020, 25.

Remote Working

In the past decade a multitude of approaches to offering legal services have developed, including "New Law" or virtual law firms. A common theme in relation to many of those models was remote working. In a Covid-19 world this has been fully embraced, by necessity for the most part, through the move to working from home.

Remote working is prized for the flexibility it affords lawyers, its ability to cut or end travel time, to reduce office overheads and end the "tyranny of distance". Lawyers can choose when and where they work, subject of course to employer and client needs. More hours can be devoted to doing productive work rather than sitting in a car, bus or train. Alternatively, those time savings can allow for time with family or for recreation. Commercial office space can be replaced or downsized. It also means that the client can be anywhere. Depending on the type of law practiced and having the necessary bar admissions a lawyer could offer their services in multiple jurisdictions without needing to be physically there.

These advantages were experienced by the many, rather than the previous few, engendering greater discussion about how a lawyer could practice. WFH did not just change the physical view, it prompted a change of point of view.

Increased Technology Use

Before the pandemic there was great interest in a range of new technologies, or technologies being used for new purposes, in the legal field, including mobile technology, big data, the internet of things and artificial intelligence (“AI”). New Law or the virtual law firm model was built with technology as a core component. But actual technology use remained uneven across the legal profession.

The pandemic made mobile technology and video-conferencing software apps such as Zoom, Cisco Webex and Microsoft Teams essential business tools. The International Legal Technology Association’s 2020 annual technology survey reported that in 2017, 5% of respondents said they used Zoom for video conferencing while in 2020 that figure was 71%. Microsoft Teams saw a jump from 12% to 48% and Cisco Webex from 24% to 30%.

These apps have been used for internal team meetings, client meetings, negotiations, witness interviews, mediations and even court hearings and trials. The mass adoption of these apps by almost everyone in the profession so as to be able to keep practicing has resulted in broad-based upskilling. Success in mastering this new technology should assist in encouraging lawyers to branch out and try other technologies that can assist their practice.

On the other hand, the use of video-conferencing software apps also introduced new challenges such as security and confidentiality. The most high profile public example of such problems was the advent of “Zoombombing” – uninvited persons attending a meeting on Zoom to either surreptitiously listen in or to disrupt the meeting. For lawyers the concern is that confidential and privileged communications may be accessed, even recorded. Zoom has taken steps to improve security, but lawyers must be aware of the risks in all such software and address them.

Online Hearings

Ranging from the UK’s Nightingale Courts, Luxembourg’s Crisis Councils, Brazil’s Crisis Observatory to Rwanda’s Judicial Taskforces, courts responded with emergency solutions to ensure the ongoing provision of the administration of justice in the face of the Covid-19 pandemic. In addition to rapidly implementing new rules and procedures, judiciaries invested in technological infrastructure, including the ability to hold online hearings.

The concept of an online hearing is not new. Remote technology has been used by some courts going back decades, even before the internet, when closed-circuit television (CCTV) facilitated remote appearances. However, what has changed is that instead of one party or witness participating remotely, the pandemic meant that a hearing was conducted with all participants appearing from remote locations.

Courts were able to continue to function with judges, lawyers, parties and witnesses appearing from home. Nonetheless, the experience highlighted the need for all participants to have access to the necessary technology and infrastructure, such as internet access and computers, and the ability to use that technology. It also became clear that attention needed to be paid to how open justice and procedural fairness were affected by the use of online hearings. The pandemic experience resulted in a better appreciation of what can and cannot be achieved with online hearings, but further data collection is needed.

Online hearings offer the opportunity for a more accessible justice system through reducing cost but also in terms of citizen participation. However, the use of technology in the courtroom is not a neutral insertion. Rather, its use alters the nature of court proceedings, and by changing the medium of the hearing the qualities of the proceeding are inevitably impacted. Courts and lawyers in implementing online hearings need to ensure that key values, such as fairness, are achieved.²

The pandemic experience resulted in a better appreciation of what can and cannot be achieved with online hearings, but further data collection is needed.



2. Michael Legg and Anthony Song, “The Courts, the Remote Hearing and the Pandemic: From Action to Reflection” (2021) 44(1) UNSW Law Journal 126.



Meeting Client Needs

It is commonly accepted that the clients of lawyers, whether corporate, government or individual, want user-friendly legal services that solve problems in a cost effective manner.

Lawyers, whether regional, suburban or city based, gained a new cost-effective way to communicate with clients through the videoconferencing apps that sustained WFH.

Moreover, the Zoom or Teams meeting allows the lawyer to be more responsive to client needs. The lawyer can offer instantaneous face-to face communications without needing to travel, if desired. The client only needs a mobile phone, internet connection and to download the relevant app making videoconferencing much more accessible.

Importantly, though, the lawyer builds trust and obtains an understanding of client needs through engagement and collaboration with the client. Videoconferencing apps can assist here, but they are unlikely to be sufficient alone, as discussed below in relation to wellbeing.

Community Needs

Demand from vulnerable and disadvantaged people for legal assistance continues to grow. The pandemic saw a spike in demand for legal assistance as job losses and business closures meant people needed to know their rights and be able to take appropriate action in relation to a range of matters: employment issues, housing issues,

such as being unable to pay rent, financial issues such as dealing with debt repayments and possible bankruptcy, and civil rights more generally as fines or arrests took place due to contravention of restrictions made pursuant to emergency powers.

Central to addressing community legal need is government funding of legal services. Another is pro bono legal services. Technology offers a further source of solutions.

Internet pages and legal apps (guided do-it-yourself programs that lead a person through a narrow area of law) have been developed. While producing useful tools the assumption is that the user has the ability to meaningfully engage with the web page or app. What if they cannot and need personal assistance? The response here has been the chatbot and helpline.

Lawyers working from home with video-conferencing software apps may provide an additional, personal source of assistance. Working remotely may allow for an expansion in community legal services through linking lawyers and individuals, wherever they may be. Funding will be needed, but less as overheads should decline.

Wellbeing and Professional Development

WFH is not all rose gardens and walks on the beach – in between Zoom meetings. The measures taken to avoid the spread of Covid-19, including isolation, have

impacted the mental health of citizens around the world. People, including lawyers, need personal connections. This is especially the case for the new lawyer who is just starting to build their professional network. This is not just for business contacts, but to be able to share the ups and downs of life in the law.

Equally law firms and in-house corporate groups need to be able to build and maintain their culture, particularly among new lawyers and lateral recruits, as well as disseminate know-how in relation to practical skills. The office may need to be compulsory for some in person training or team building events. But young lawyers undertaking tasks for the first time may worry about how they will get guidance and feedback as they go. Equally, the learning that comes from being in the room with the experienced supervisor and picking up on how they do things are important developmental steps that WFH restricts.

Support for the value of human interactions from an economic perspective comes from the continued concentration of economic activity in particular cities like New York, Paris, Tokyo and Sydney. By allowing knowledge workers to interact there are synergies and serendipity that can arise outside the formal online meeting. The advent of WFH raises whether online communities can provide these interactions. But it seems more prudent to create space for lawyers (and clients and other professionals) to interact informally because this is where valuable, unplanned collaborations can arise.

Diversity

Lawyers continue to be held back from full participation in the profession due to a variety of factors including gender, disability, family status, faith and cultural identity. However, diversity can drive better business outcomes and be a source of innovation.

The pandemic has highlighted the need for a continued focus on this issue. Covid-19 has impacted members of the profession unequally, just as it has impacted particular people and businesses differently. McKinsey & Co has reported that “the virus is significantly increasing the burden of unpaid care, which is disproportionately carried by women” and impacts their ability to undertake pre-existing commitments.³

Being able to work from home can assist with care-giving as it allows a person to be present for the people they are caring for while still being connected to their paid employment. WFH can assist in preventing the loss of a diverse workforce. Equally, WFH can fray the boundary between work and home life so that flexibility actually becomes greater work commitments. This was already

occurring with the ‘always-on’ worker that was tied to their mobile devices, but now employers and clients know work can be completed from home. Expectations need to be managed.

Fuelling the ‘Gig Economy’

A further concern is whether the ability to work remotely will accelerate the spread of “casualisation”, or the “gig economy”, to legal practice. If a lawyer working remotely cuts costs but gets the job done, the law firm may be encouraged to prefer the remote lawyer who can be hired on an “as needed” basis.

The worry is that new members of the profession, while having the flexibility to work when they want to, will face greater precariousness in employment and income, as well as reduced opportunities for professional development. The rise of WFH may create a second-class lawyer who does less sophisticated tasks (unless technology replaces them), for less pay, on an ad hoc basis. There may be no employer concerned about the wellbeing of these lawyers.

Covid-19 has impacted members of the profession unequally, just as it has impacted particular people and businesses differently.

WFH Post Pandemic

The legal profession is now experienced in how to operate effectively when WFH. The recognised benefits can carry over to a post-pandemic profession. Equally lawyers will want to be able to choose between WFH or another way of working, such as collaborating in an office or physically attending a meeting or court, as it is a better way to get things done. Technology’s advantages need to be weighed against its disadvantages for a particular task.

The law firms that get this flexibility right will have an advantage in talent acquisition and retention. New hires will want to know what the policy on WFH is. They will also want to know how training and professional development will operate. Law firms will have to balance the needs of the client, needs of the firm and the needs of the individual lawyer. This is not new, but it is likely to be more pronounced.

Remote working also offers the opportunity for lawyers to better contribute to meeting community needs, including access to justice, in an efficient manner. But there will remain circumstances where face to face advice or representation is needed, such as to achieve fairness, engagement or empathy. ■

Michael LEGG

*Professor, University of New South Wales (UNSW),
Faculty of Law & Justice
Sydney, Australia
m.legg@unsw.edu.au*

3. Anu Madgavkar, Olivia White, Mekala Krishnan, Deepa Mahajan, and Xavier Azcue, “Covid-19 and gender equality: Countering the regressive effects”, McKinsey & Co, July 15, 2020.



Pierre JUNG



Catherine PEULVÉ

Où en est-on de la médiation par visioconférence après la Covid-19 ?

➤ This article takes stock of the practice of mediation by video-conference and its accelerated development due to the health crisis, describes its advantages and notes that mediation by video-conference has become a new reality which has democratized itself and has become an indispensable tool for any mediator. In this context, certified electronic mediation platforms have developed. But, now that face-to-face meetings will once again become possible, the question arises of the future of video-conferencing mediation.

➤ Este artículo hace un balance de la práctica de la mediación por videoconferencia y su acelerado desarrollo debido a la crisis de salud, describe sus ventajas y señala que la mediación por videoconferencia se ha convertido en una nueva realidad que de alguna manera se ha democratizado y se ha transformado en una herramienta indispensable para cualquier mediador. En este contexto, se han desarrollado plataformas de mediación certificadas y desmaterializadas. Pero, ahora que las reuniones presenciales volverán a ser posibles, surge la pregunta del futuro de la mediación por videoconferencia.

Introduction

Les confinements nous ont apporté d'accélérer le déploiement de nos outils et pratiques numériques. La médiation, comme l'arbitrage, n'y a pas coupé. D'abord réticents, médiateurs et parties y ont ensuite vu des avantages – à défaut d'autre chose : poursuivre la résolution des litiges, bienvenue pendant la crise sanitaire. Puis s'est développée une véritable appétence pour la médiation par visioconférence¹, soit pour la conduire en totalité quand la rencontre physique n'est pas possible, soit pour mixer médiation visioconférence et médiation physique et ainsi enrichir chacune de ces pratiques.

Où en est-t-on aujourd'hui, alors que l'on sort de la crise sanitaire, de cette pratique ? Avec quelles perspectives ? Quels effets la crise sanitaire a pu avoir sur le marché de la médiation par visioconférence ? En partant d'un focus

avant/après crise sanitaire sur la pratique de la médiation par visioconférence (I.), nous verrons quels sont les impacts du développement de la médiation par visioconférence (II.)

I. Point sur la pratique de la médiation par visioconférence en 2021

Si la médiation par visioconférence répond au même objectif (aider les parties à trouver, entre elles, une solution au différend qui les oppose), elle s'adapte aux circonstances nouvelles de distanciation physique et doit se structurer différemment pour consolider le processus. Le propos ici n'est pas tant de décrire comment préparer et conduire sa médiation par visioconférence : de nombreux articles, vidéos et podcasts existent sur le sujet². Il

1. Petits points terminologiques préalables : il est plus juste aujourd'hui de parler de médiation par visioconférence que de médiation en ligne. La médiation en ligne, c'est tout support à distance confondu, téléphone compris ; la médiation par visioconférence, c'est par écrans interposés, ce qui permet, à la différence de la médiation par téléphone, de se voir. De même il est plus juste de parler de pratiques et savoir-faire du médiateur dont l'activité n'est pas réglementée que de pratique professionnelle. Le marché quant à lui est l'environnement dans lequel vont évoluer les acteurs de la médiation par visioconférence et où se rencontrent l'offre et la demande.

2. Voir, notamment : *Moving Mediation Online Training*, 25 mars 2020, Gary Friedman et Catherine O'Connor, médiateurs, Center for Understanding in Conflicts (USA-SF) ; *Partage d'expériences pour préparer et conduire sa médiation en ligne*, Catherine Peulvé, avocat et médiateur <https://www.cplaw.fr/publications/partage-dexprience-pour-preparer-et-conduire-sa-meditation-en-ligne> ; *ADR in the time of Covid-19: How Neutrals & Advocates can use Zoom for Mediations and Arbitrations*, 30 mars 2020, Thomas Valentini, médiateur et arbitre ; *Médiation en visio-conférence, premières expériences*, 7 mai 2020, Eric Basso, Marguerite Zauberman, André Magnon-Pujo, David Lutran, médiateurs

s'agit d'identifier comment l'accueil de la médiation par visioconférence a évolué dans les pratiques (A.) et quelles sont aujourd'hui ses perspectives (B.).

A. Les constats en matière de médiation par visioconférence

Les constats diffèrent selon que l'on se situe dans le « monde d'avant » ou dans celui d'« après Covid-19 ».

B. Des réticences au départ

Ce sont d'abord des réticences qui étaient exprimées s'agissant de la médiation par visioconférence, pour les raisons essentiellement d'ordres personnel, technique et d'appréciation générale.

Sur le plan personnel, la médiation par visioconférence génère les phénomènes suivants : perte de contact, absence d'interactions physiques, absence d'accès à la lecture non-verbale, le tout dans un climat d'outils nouveaux, entraînant une difficulté pour le médiateur établir la confiance avec et entre les parties, et pour les parties, se sentir bien dans le processus. Ces contraintes demeurent mais les avantages que l'on peut retirer de la médiation par visioconférence en font aujourd'hui un outil intéressant dont les avantages peuvent contrebalancer ces inconvénients.

Les contraintes d'ordre technique touchaient aux questions d'identification d'une plateforme adaptée à la médiation, de maîtrise de la plateforme, d'efficacité de la bande passante, etc. Même si ce type de contraintes peuvent perdurer, les confinements successifs, la nécessaire adaptation qui a été la nôtre, le déploiement et

le perfectionnement des outils disponibles font de ces contraintes des enjeux aujourd'hui mineurs ne bloquant pas le choix des parties de médier par visioconférence.

Plus généralement, s'agissant du processus, c'est avant tout la question de la confidentialité qui a été discutée, et de savoir comment elle peut être respectée lorsque la médiation se tient par visioconférence. Il s'agit de l'une des préoccupations majeures de cet outil. En effet, selon la plateforme choisie, les impacts ne sont pas les mêmes. Les plateformes sont, toutefois de plus en plus sécurisées, de sorte que le risque qu'un tiers non invité se connecte à la réunion est faible, voire inexistant. S'agissant de la confidentialité renforcée des entretiens séparés, elle est réelle et le médiateur a tout intérêt à proposer aux parties, avant de commencer une réunion plénière, de faire des essais du fonctionnement des sous-salles (plateforme Zoom) ou des liens séparés qu'il aura adressés aux parties en vue de leurs entretiens séparés, pour rassurer sur le fonctionnement de la plateforme choisie.

[...] Au fil du temps et de nos progrès respectifs, c'est un regard positif qui est aujourd'hui porté à la médiation par visioconférence.

Reste que le médiateur ne peut pas garantir la confidentialité absolue des discussions par visioconférence. Il ne peut pas, en effet, garantir qu'une partie n'enregistre pas la réunion avec son téléphone portable par exemple, même s'il a pris le soin de l'interdire dans sa convention de médiation et de bloquer, dans le paramétrage des options de la plateforme, la fonction « enregistrement ». Certes, lors d'une réunion physique, le médiateur peut difficilement interdire tout enregistrement, sauf à demander aux parties de laisser leur téléphone portable à l'en-

CMAP ; *La médiation par visio-conférence*, 10 juin 2020, Jérémy Lack, avocat et médiateur ; *Médiation et Zoom*, Pierre Servan-Schreiber, médiateur CMAP, 4 vidéos sur YouTube : installation de la médiation, organisation de la médiation, apartés, partage d'écran.



trée de la salle de réunion, mais l'inhibition à enfreindre la règle en présence physique apparaît plus forte que par visioconférence.

C. Des constats positifs à l'arrivée

Malgré toutes ces contraintes, certaines diminuant au fil du temps et de nos progrès respectifs, c'est un regard positif qui est aujourd'hui porté à la médiation par visioconférence, à tel point que certains ne pratiquent plus que comme cela et que de très nombreuses plateformes de médiation par visioconférence se sont depuis développées (voir II.) Il est vrai que la médiation par visioconférence, c'est :

- **flexible** : car elle est adaptable à tout type d'appareils : ordinateurs PC ou Mac, tablettes, Ipad, Iphone, Android, téléphone
- **englobant** : car elle accueille tout type de participant, experts compris ; avec des solutions de traduction possibles
- **agile** : car elle s'adapte plus facilement aux contraintes de calendrier

La loi n°2019 du 23 mars 2019 règlemente dorénavant les services de médiation et de conciliation par visioconférence.

- **accessible** : car il est possible de se connecter d'à peu près n'importe où, n'importe quand : de chez soi ; de son bureau ; en déplacements

- **rassurant** : car dans les médiations difficiles, de chez soi ou dans un environnement que l'on maîtrise, on se sent plus protégé

- **riche** : différents formats de réunions ; partage de tout type de document (Excel, PDF, Word, écran, photo)
- **non exclusif** : n'empêche pas de se voir lors d'un rendez-vous physique.

La médiation par visioconférence présente également des perspectives intéressantes.

D. La médiation par visioconférence : une nouvelle réalité et des opportunités certaines

La médiation par visioconférence est devenue une nouvelle réalité tangible et la pratiquer permet de s'apercevoir des opportunités qu'elle apporte.

1. Des nouvelles perspectives

La médiation par visioconférence servait déjà et sert les médiations internationales, puisque le processus est plus facile à organiser, que les distances ne sont plus un frein, ni le caractère multiculturel ou multi-langues de la médiation, certaines plateformes intégrant même des outils intégrés de traduction³.

3. Par exemple : canal d'interprétation sur Zoom ; outil de traduction : www.translate.it/LEIYP.

Mais c'est dans les autres médiations que le développement de la médiation par visioconférence a pris tout son sens, notamment dans les médiations psychologiquement difficiles. Le format « à distance » permet en effet aux médiés qui le souhaitent d'éviter le contact physique lorsqu'ils ne veulent pas se rencontrer. Il permet de créer des conditions de sécurité nécessaires pour que certaines personnes décident de rentrer, participer et s'investir dans le processus. En effet, par visioconférence, l'on se sent dans un environnement sécurisé (chez soi) ou que l'on maîtrise, protégé de l'accès de l'autre à soi, ce qui peut permettre aux personnes plus vulnérables de se sentir moins exposées que si elles devaient se retrouver réunies dans la même pièce. Face à des enjeux personnels mais également économiques forts, le format par visioconférence s'est montré particulièrement adapté aux conflits d'associés, conflits de SCI familiale et conflits de succession.

2. Une nouvelle réalité tangible

Si la médiation par visioconférence existait déjà, elle s'est démocratisée. Ce n'est pas tant le fait qu'elle constitue un type de médiation particulier, mais le fait qu'elle est devenue un nouvel outil, utile aux médiateurs et aux parties pour organiser leurs relations. Un nouvel outil de médiation donc, à intégrer dans la boîte à outils de tout médiateur, et plus seulement réservé à la gestion des conflits internationaux.

En périodes de confinements, il fallait choisir entre médiation par visioconférence ou rien. Aujourd'hui, le choix n'est plus binaire, et les médiations peuvent se construire soit par visioconférence, soit en présence physique, soit en mixant les deux modes.

De façon générale, nos préconisations sont les suivantes : en visioconférence plutôt que par téléphone (pour se voir au maximum) ; par visioconférence plutôt que rien du tout ; par visioconférence si les participants sont nombreux ou si les parties sont séparées géographiquement, ce qui améliore les contingences matérielles et financières.

Mais si la réunion physique des parties est possible, cela reste notre préférence.

II. Impact du développement de la médiation par visioconférence

Le recours à la médiation et, du fait de la crise sanitaire, à la médiation par visioconférence a été accentué depuis le 1^{er} janvier 2020 par l'obligation de justifier d'une tentative de médiation ou de recourir à la procédure participative pour tout litige inférieur à 5 000 €.

Dans ce contexte, les plateformes de médiation dématérialisées certifiées se sont développées (A). Mais, maintenant que les réunions physiques vont redevenir possibles, la question se pose de l'avenir de la médiation par visioconférence (B).



A. L'institutionnalisation de la médiation par visioconférence en France

En parallèle de leur développement, les plateformes dématérialisées sont dorénavant soumises à une obligation de certification.

1. Le développement des plateformes de « médiation » dématérialisées

De nombreuses organisations professionnelles, des centres de médiation ou des associations ont dans un premier temps mis par visioconférence des outils destinés aux médiateurs et au public afin d'expliquer et faciliter la médiation. Peu à peu, ces entités suivies par des sociétés privées ont développé des plateformes qui donnent accès à des médiation par visioconférence.

Ainsi, sans pouvoir tout citer, des réseaux d'avocats et d'huissiers proposent aux particuliers et aux entreprises de résoudre des conflits par visioconférence. Le cercle Montesquieu, l'AFJE et le barreau de Paris sous l'égide du Tribunal de commerce de Paris ont mis en place un dispositif d'aide aux entreprises pour résoudre à l'amiable des situations potentiellement contentieuses liées à la crise sanitaire⁴.

Des solutions proposées par des sociétés privées promeuvent notamment des médiations collectives pour résoudre des litiges en matière de consommation. D'autres offrent des services de médiation par visioconférence pour résoudre des conflits dans les domaines, commercial, administratif, de la famille, du travail, de la consom-

mation, des assurances. Certaines sont spécialisées dans les petits litiges.

Les plateformes qui proposent une médiation par visioconférence fonctionnent le plus souvent selon le schéma suivant : ouverture d'un dossier avec paiement de frais d'ouverture, contact par la plateforme de l'autre partie et en cas d'accord de cette dernière sur le recours à une médiation, paiement par les deux parties des frais de médiation à parts égales et désignation d'un médiateur qui prend contact avec les parties pour mener la médiation. En cas de désaccord sur la médiation ou si celle-ci n'aboutit pas, la plateforme peut délivrer un certificat qui atteste de sa saisine afin de permettre au justiciable de justifier du respect de cette formalité, lorsque que la médiation est un préalable obligatoire.

Face au développement de ces plateformes dématérialisées, les autorités ont réglementé leur organisation pour sécuriser le public.

2. Une réglementation récente

L'article 4-1 à 4-7 de la loi n°2019 du 23 mars 2019 réglemente dorénavant les services de médiation et de conciliation par visioconférence. Ils peuvent faire l'objet d'une certification délivrée par un organisme accrédité dans des conditions fixées par une série de décrets et un arrêté⁵. Le législateur français a fait le choix de ne pas imposer la certification mais de laisser les plateformes accomplir elles-mêmes cette démarche vertueuse.

4. « Qui sont les plateformes de résolution amiable des différends ? » Nathalie Hantz, Village de la Justice, 16 juin 2020.

5. Décret n°2019-1089 du 25 octobre 2019 ; Décret n°2020-1682 du 23 décembre 2020 ; Arrêté du 23 décembre 2020 du Ministère de la justice ; Décret n°2021-95 du 29 janvier 2021 ; Portail de la Justice 20 janvier 2021.

En substance, les services de médiation, de conciliation ou d'arbitrage par visioconférence peuvent obtenir une certification auprès d'un organisme certificateur sur la base d'un référentiel d'exigences. L'organisme certificateur est lui-même accrédité par une instance nationale d'accréditation.

C'est ainsi que le ministère de la Justice a créé la marque Certilis (voir note de bas de page 5 *in fine*), que les plateformes certifiées par un organisme certificateur, peuvent utiliser. Cette certification atteste notamment de ce que le service rendu est compétent, diligent, impartial, indépendant et confidentiel. Elle garantit également la protection des données et – point essentiel – que la prestation n'a pas qu'un fondement algorithmique : l'algorithme ne se

Les médiations par visioconférence et en présence coexisteront et s'imposeront en fonction de la nature du litige, des parties et du médiateur.

substitue pas au médiateur personne physique. La certification est valable 3 années.

Les médiateurs de consommation, ou ceux inscrits sur les listes des cours d'appel, reçoivent une certification de plein droit de la part de leur organisme de tutelle.

B. Après la crise sanitaire, que va-t-il rester de cet élan de dématérialisation structurée ?

Les effets de la crise sanitaire sont tels que le recours à la médiation, particulièrement par visioconférence, va se développer. Mais au-delà des plateformes elles-mêmes, c'est la pratique classique de la médiation qui est impactée.

1. Le recours à la médiation par visioconférence va s'imposer au-delà de la crise sanitaire

Outre que la crise sanitaire a limité l'accès aux tribunaux, elle est à l'origine de conflits nouveaux. Ces phénomènes vont probablement se prolonger à l'issue des confinements, du fait notamment de l'arrêt des aides de l'Etat et du stock important auquel les tribunaux font face. Ainsi, l'accès à un médiateur qualifié en quelques « clics » va continuer à s'imposer comme une solution adaptée. C'est l'intérêt des justiciables, comme des pouvoirs publics.

De plus avec l'expérience, les plateformes vont devenir de plus en plus performantes et les médiateurs, comme les médiés, vont mieux maîtriser l'outil numérique, qui fait déjà moins peur, tant nous l'avons tous utilisé pendant les confinements. Il est dès lors certain que la médiation par visioconférence, telle que réglementée par les autorités, va devenir un mode sûr de résolution de nombreux litiges.

D'autres conflits, peut-être plus techniques, ou plus confidentiels, ou avec de très forts enjeux, nécessiteront que les interlocuteurs se retrouvent dans une même pièce avec le médiateur.

Il semble ainsi que les médiations par visioconférence et en présence coexisteront et s'imposeront en fonction de la nature du litige, des parties et du médiateur.

En revanche, la place croissante prise par la médiation par visioconférence ne va pas être sans influence sur la médiation classique.

2. La pratique classique de la médiation va être impactée par la médiation par visioconférence

Lors des confinements, beaucoup de médiateurs ont été contraints de recourir à la médiation par visioconférence. Certains avec bonheur, d'autres avec beaucoup de frustration ou de doute. Ces derniers attendent avec impatience de pouvoir réunir les médiés autour d'une même table. Ils ont néanmoins pris conscience que certains moments du processus de médiation ne nécessitaient pas de présence physique.

Ainsi, les premiers contacts du médiateur, certains apartés, des allers-retours entre les médiés lors de la phase de solution, peuvent se faire à distance.

L'autre impact de la médiation par visioconférence sera sans doute de remplacer le simple appel téléphonique préalable, très impersonnel, par une visioconférence tant cette pratique s'est banalisée.

La formation des médiateurs devra également s'adapter afin notamment de trouver comment ne pas perdre par visioconférence la communication non verbale, les ressentis émotionnels ou les interactions entre les médiés.

Au-delà de l'aspect technique, la certification étatique s'est invitée dans l'organisation de la médiation, à l'occasion de la régulation des plateformes par visioconférence. Ce mouvement ne va-t-il pas s'étendre à toute les pratiques de la médiation, notamment par la création d'un titre protégé et plus tard d'une profession réglementée ? Certains appellent cette régulation de leurs vœux, d'autres, en particulier en matière commerciale, craignent une surréglementation susceptible de faire perdre à la médiation créativité, capacité d'adaptation et la confidentialité de son existence même, chères aux entreprises.

Quoi qu'il en soit, en présence ou par visioconférence, la médiation poursuit son développement en montrant sa capacité à s'adapter aux contraintes et aux évolutions de notre société. ■

Pierre JUNG

Avocat médiateur, NGO Jung & Partners
Paris, France
p.jung@njopatners.com

Catherine PEULVÉ

Avocat médiateur,
CPLAW, Catherine Peulvé Avocat,
Editrice adjointe du Juriste International,
Paris, France
cpeulve@cplaw.fr



Big Data and Threats to Free Speech

Thomas R. JULIN

↳ Les États-Unis, contrairement à l'Europe, ont adopté des principes de liberté d'expression qui ont favorisé la croissance des entreprises de *Big Data* apportant ainsi des avantages importants, mais constituant aussi de graves menaces pour le bien-être général. Cela a entraîné aux États-Unis des appels à l'adoption de lois et de règlements qui violeraient probablement le premier amendement de la Constitution des États-Unis. Ces appels viennent maintenant de nombreux milieux différents et pourraient miner le premier amendement lui-même s'ils étaient pris en compte. Cette crise constitutionnelle pourrait être évitée si un regard nouveau était porté sur l'approche ancienne de la loi anti-monopole. Il semble probable que cela se produise.

↳ Estados Unidos, a diferencia de Europa, ha adoptado principios de libertad de expresión que han fomentado el crecimiento de empresas de *Big Data* que aportan grandes beneficios, pero también que plantean graves amenazas al bienestar general. Esto ha dado lugar a llamamientos en los EE. UU. para la adopción de estatutos y reglamentos que probablemente violarían la Primera Enmienda de la Constitución de los EE. UU. Estos llamamientos ahora provienen de muchos sectores diferentes y podrían socavar la propia Primera Enmienda si se les presta atención. Esta crisis constitucional podría evitarse si se revisa el antiguo enfoque de la ley antimonopolio. Parece probable que esto suceda.

A theory raised following the 2016 election was that the Russian Government colluded with Donald Trump to influence U.S. voters to elect Donald Trump President of the United States. The Russians and Trump supposedly achieved this coup through the use of social media.

The theory was not proved to the satisfaction of the independent counsel Robert Mueller, but when the theory first surfaced, it sparked calls for extensive European-style privacy regulation in the United States of social media. These calls added to previous attempts to spread European data regulation to the U.S. in the name of protecting consumers from an amalgam of harms that the aggregation and control of large troves of data were claimed to cause.

The power of U.S. authorities to regulate data is limited by the First Amendment of the U.S. Constitution's protection of freedom of speech and of the press. But this has not stopped legislators from drafting and debating and even adopting laws to control social media sites.

In response, social media companies have tried to get their own houses in order. "Self-regulation" is a tried and true strategy that powerful industries have employed for eons to block real regulation. One idea Facebook implemented in November 2018 was putting

US\$ 130 million in trust to fund a 20-member "Oversight Board" to improve Facebook's fairness, accountability, and transparency. The board started accepting cases on October 22, 2020, just 12 days before the November 3, 2020, presidential election¹.

The theory resurfaced in claims that Russia again used U.S. social media sites in 2020, including Facebook, to try to secure the re-election of Trump, but failed. Trump himself then took to social media to claim the election had been stolen, and to alert millions of followers that a rally would be held in Washington on January 6, 2021, to "StopTheSteal!"

The world watched in horror on that day as the U.S. Capitol was overrun by a throng waving Trump campaign flags. While contemporaneous reporting exaggerated or misstated certain events, the events led to the second impeachment of President Trump, based on a claim that he had incited an insurrection

Facebook removed several Trump posts and, on January 7, 2021, blocked Trump from posting anything further

1. FB-691QAMHJ, Case Decision 2021-001-FB-FBR <https://oversight-board.com/decision/FB-691QAMHJ/>.

“indefinitely and for at least the next two weeks until the peaceful transition of power is complete.” It then asked its new Oversight Board to review its decision.

On May 5, 2021, the Board “upheld” Facebook’s decision to block Trump posts. It also criticized Facebook’s “indeterminate and standardless penalty of indefinite suspension” and directed Facebook to review its decision within six months and recommended implementation of “clear, necessary, and proportionate policies that promote public safety and respect freedom of expression.”

It should also be noted that the First Amendment applies to government regulation; courts have held that as private companies, social media outlets can restrict who they allow to use them.² This is just another manifestation

of how the largest U.S. social media companies, with some exceptions, are welcoming the opportunity either to be shackled by complex and expensive governmental restrictions on their content decisions or to don shackles of their own creation.

This course is attractive to them because smaller companies cannot afford to do the same. That means they won’t be able to compete. U.S. Congressional legislators generally have welcomed Facebook’s willingness to constrain itself. In short, an alliance has developed between the largest, privately-held media companies and governmental entities, which alliance is now threatening to undermine the United States’ commitment to freedom of speech and of the press.

Protection of Online Defamation

The alliance has its origins in the unusual approach to Internet regulation the United States pioneered in the mid-1990s. When commercial use of the Internet first began, U.S. courts treated interactive website as similar to a bookstore, telephone line, delivery truck, or pipeline. The owners were not regarded as content creators and thus could not be liable under traditional common law concepts for harm that the content of others might cause.³

Soon, however, those operating websites realized that they would have a hard time retaining readers if they delivered any information that others wanted to send because many users sent obscenity, pornography, defamation, threats, and other types of offensive material. Some operators concluded that they could maximize their profits by promising users that

they would try to make sure content on their websites would not be harmful. They described their objective as allowing only “family friendly” content to get through.

In order to do this, website operators had to screen content created by posters. They devised policies for posters to follow and for screeners to enforce. This initially was manageable. Mistakes were bound to be made and they were.

Lawyers soon began to develop a theory that website owners who advertised to users that they screened out harmful content, but failed to do so through negligence, could be held liable for the harmful content posted by users. The theory was not novel. It applied time-tested common law principles to hold companies accountable for what they advertised they would do.

Eventually, one New York state trial judge accepted that theory in *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs. Co.*⁴, sending shockwaves through the still-emerging Internet industry. The decision was viewed as one which, if it gained widespread acceptance, would make commercialization of interactive websites impossible because it would force owners to choose between a hands-off approach or a hands-on approach. Both seemed impractical.

An intense lobbying effort ensued for a federal law that would protect website owners from tort claims based on content posted by others. The campaign succeeded in just one year and the result was Section 230 of the Communications Decency Act, 47 U.S.C. § 230. It became effective on February 8, 1996 as a federal law.

The law provided, with a few exceptions, that the operator of an “interactive computer service” no longer would be regarded as a publisher of content that a third party posted. It also provided that such an operator could not be sued for any harm caused by its efforts to screen tortious content even if those efforts were unsuccessful. Most welcomed the new law as ensuring the commercial success or interactive websites and both enlightenment and empowerment of the users of those sites. Courts used the new statute to extinguish hundreds of claims against website operators.⁵ The decisions distressed and enraged some, but inspired no significant changes to the law.

Protection for Online Anonymity

The operation of Section 230 soon interacted with a First Amendment principle that protects anonymous speech. “Anonymous pamphlets, leaflets, brochures and even books have played an important role in the progress of mankind,” the Supreme Court held in pre-Internet days.⁶ The Court recognized that “in the field of literary endeavor, the interest in having anonymous works enter

The law provided, with a few exceptions, that the operator of an “interactive computer service” no longer would be regarded as a publisher of content that a third party posted.

2. See, e.g., *Prager Univ. v. Google LLC*, 951 F.3d 991, 996-97 (9th Cir. 2020).

3. *Cubby, Inc. v. CompuServe Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

4. 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. May 24, 1995).

5. See, e.g., *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997); *Doe v. America Online, Inc.*, 783 So. 2d 1010 (Fla. 2001).

6. *Talley v. California*, 362 U.S. 60, 64 (1960).



the marketplace of ideas unquestionably outweighs any public interest in requiring disclosure as a condition of entry.”⁷

This principle made courts reluctant to require website owners to identify those who post anonymous messages. Typically, courts will not even try to force a website owner to reveal the identity of an anonymous poster unless the plaintiff has tried to notify the poster of the suit, set forth a prima facie cause of action; brought forth sufficient evidence of the claim; and shown damage.⁸ Even when a party succeeds in meeting these standards, a court order compelling a website owner to identify the poster may be useless unless the owner maintained identifying records.

Consequently, the First Amendment principle which protects anonymous speech operates in tandem with Section 230 to allow defamatory material to be published and to inflict harm for which there is no real judicial remedy. This feature of the American system has great economic value for Internet social media companies because nothing is quite so empowering as a mechanism that allows harm to be inflicted on one’s enemies without much concern that the enemy will be able to retaliate.

Protection of Online Targeted Marketing

Throughout the period during which interactive websites were under development, a small number of companies such as Facebook and Twitter grew into the behemoths

that we know, love, and hate today. And as they grew, they and search engines owners such as Google became increasingly sophisticated in their abilities to collect and analyze website user data. Barack Obama’s presidential campaigns in 2008 and 2012 demonstrated that use of social media could have a major impact on voters.

Not only did politicians take note of the power of data analysis and targeted marketing, so too did commercial enterprises of every type. They saw that data could be used to target advertising based on individual consumer profiles. In *Sorrell v. IMS Health Inc.*⁹, a case in which I served as counsel to IMS Health, the Supreme Court held the First Amendment protects this type of targeted marketing from much government regulation even though it sometimes causes harm. In the words of the Court: “Many are those who must endure speech they do not like, but that is a necessary cost of freedom.”¹⁰

Fear now exists that although Big Data has delivered many desirable changes, its desire to increase profits for shareholders eventually will harm the public.

Exploitation by and of Big Data

The combination of Section 230 with First Amendment protections of anonymous speech and targeted marketing allowed American entrepreneurs to build companies of

7. *McIntyre v. Ohio Elections Comm’n*, 514 U.S. 334, 342 (1995).
8. See, e.g. *Dendrite Intern., Inc. v. Doe No. 3*, 775 A. 2d 756 (N.J. App. Div. 2001).

9. 564 US 552 (2011).
10. *Id.* at 575.

unprecedented size, complexity, and power. Many believe this has hugely advanced the general welfare. But it also is undeniable that power is now concentrated over the economy and speech in a small number of American companies that broadly are referred to as Big Data.

Fear now exists that although Big Data has delivered many desirable changes, its desire to increase profits for shareholders eventually will harm the public. That fear has made many open to heavy regulation of social media companies, including regulation which would run afoul of basic First Amendment principles.

The 2016 U.S. presidential election created an additional fear that Big Data could be exploited by others, such as the Russians, to undermine elections. This increased interest in

laws that would wrest some content control from Big Data companies or break them up. To avoid these alternatives, Facebook created its own aforementioned complex mechanism to review its own content decisions. But, when the system was put to the test, it allowed the banning of Trump to stand while condemning Facebook's actions as standardless. This

probably proves that self-regulation, as well-intended as it might be, cannot be effective. And that means the calls for heavy Big Data regulation will grow louder. Many already have argued the U.S. should follow Europe's lead in the field of Big Data regulation.

The GDPR gives EU citizens power over information about them even though they voluntarily have shared that information with commercial enterprises.

European Data Regulation

Data aggregation and misuse has been a distinctly European concern since the Holocaust demonstrated that a powerful central organization can become an existential threat to any class of citizens deemed undesirable. As technological abilities to aggregate data grew throughout the decades following World War II, Europe and countries adopted an array of privacy regulations designed to prevent commercial entities from compiling data which might fall into government hands and be used for irrational discriminatory purposes. Ultimately, the Data Protection Directive 95/46/EC was adopted to harmonize these data privacy laws.

On April 14, 2016, the EU Parliament replaced the Directive with the General Data Protection Regulation (GDPR) and it became effective on May 25, 2018. Perhaps its most significant feature is the heavy fines it imposes on violators. The GDPR gives EU citizens power over information about them even though they voluntarily have shared that information with commercial enterprises.

It is far more comprehensive than the amalgam of U.S. state and federal laws that, for example, restrict banks from disclosing customer financial information or

healthcare providers from disclosing patient healthcare information. The GDPR almost certainly would violate the First Amendment if it had been adopted in the U.S. because many of its core provisions do not directly advance what U.S. have deemed important governmental interests are not narrowly tailored to serve interests, as First Amendment principles require for content restrictions.

Big American companies nevertheless might actually welcome a U.S. GDPR because only a few could comply and that would limit competition. So far, Congress has held off doing that while Big Data has tried a different form of self-regulation that would provide access to the EU market, yet preserve the economic gains the U.S. has made due to the lack of a GDPR. This self-regulation is known as the "Privacy Shield," a means by which a company can certify its voluntary compliance with the GDPR. Publicly that certification vests the U.S. Federal Trade Commission ("FTC") to charge a company with making false claims if it fails to adhere to the certification. Although the FTC lacks authority to protect "privacy" rights, the Privacy Shield gives the agency a backdoor entry into privacy regulation.

This scheme became undone, however, on July 16, 2020, when the Court of Justice of the European Union declared the Privacy Shield "invalid" due to risks that U.S. government authorities could seize data from American companies through law enforcement investigations, irrespective of agreements to keep data about EU citizens private. This development increases pressure for the U.S. to adopt laws that violate the First Amendment.

American States

While the U.S. Congress ponders whether to enact a U.S. GDPR, several states already have charged ahead with their own GDPR-type laws.

California was the first state to enact a GDPR-type law. The California Consumer Privacy Act became effective on January 1, 2020. The law likely violates the First Amendment. It is a 25-page, single-spaced law which, like the GDPR, is filled with intricate definitions, exemptions, and exceptions. Its length and complexity shows how difficult a task legislators face when they try to regulate Big Data companies.

Vermont, too, has enacted a weak GDPR-type law. Its law provides data brokers must disclose whether consumers may opt-out of their data collection, retention, and sale practices, and if so, how they may do so. It also requires disclosure of a process to "credential" purchasers of data, and the number of security breaches.

Illinois enacted a prohibition on the use of biometric data without consent and just recently reached a settlement with Facebook to pay each of 1.6 million claimants \$350 of a total \$6.5 million settlement for maintaining a facial template without consent. The class had contained 7 million users in Illinois where only 1.5 million users submitted claims.

In May, 2021, Florida passed a law that prohibits social media companies from knowingly "deplatforming"



political candidates. Suspensions of up to 14 days are allowed, and a service could remove individual posts that violate its terms of service. Under the law, company can be fined \$250,000 a day for violations involving statewide candidates and \$25,000 a day for violations involving other candidates. It also requires companies to disclose why they have removed content.

Suits challenging all of these laws may be filed on First Amendment grounds. Some states already have litigation pending.

Antitrust to the Rescue?

Given the confluence of interests seeking greater regulations, there is a danger that U.S. courts might agree that the First Amendment must yield to a GDPR-type regulatory scheme. U.S. Supreme Court Justice Clarence Thomas, agreeing that a challenge to Trump’s blocking of users from his Twitter page became moot when he lost re-election, observed that “the more glaring concern [is] the dominant digital platforms themselves [...] The right to cut off speech lies most powerfully in the hands of private digital platforms. The extent to which that power [...] could lawfully be modified raise interesting and important questions.”¹¹

If the Supreme Court were to uphold Big Data regulation, either to protect consumer privacy or to secure elections, this could cripple both the U.S. and world economies by substituting a complex bureaucratic governance structure for private enterprise efficiencies that, in a competitive environment, keeps the price of goods and services low and facilitates free speech.

11. *Biden v. Knight First Amendment Institute at Columbia University*, no. 20-197 (U.S. Apr. 5, 2021).

But many say a truly competitive environment does not exist and worry that U.S. antitrust laws can do nothing to change that because Big Data companies do not charge consumers for their services. Big Data also has brought infrastructure for other companies to lower the price of their goods and services. The regular operation of U.S. antitrust laws actually fosters further enlargement and concentration of Big Data companies and that, in turn, enflames the desire for greater regulation of which conflicts with the First Amendment.

A Yale law student, Lina M. Khan, recently offered a different view of antitrust law.¹² She contends the exponential growth of companies is reason enough to treat them as violating antitrust laws. The U.S. Federal Trade Commissioner hired Khan as an adviser in July 2018, and her impact on the agency thinking can be seen in antitrust claims filed against Facebook on December 9, 2020. Forty states joined that suit. On October 20, 2020, the U.S. Department of Justice also filed a massive antitrust case against Google. On April 30, 2021, the European Union charged Apple with antitrust violations for allegedly abusing its control over the distribution of music-streaming apps, broadening the battle over the tech giant’s App Store practices ahead of a federal trial in the U.S. brought by “Fortnite” maker Epic Games. All of these lawsuits bear watching closely. They may determine not only the fate of many Big Data companies, but also whether the U.S. can continue to protect freedom of speech and of the press.

Conclusion

U.S. statutory and First Amendment principles combined to allow large, powerful Internet companies to emerge. The companies have delivered amazing and desirable products and services. But those companies also have frightened consumers and have themselves proven vulnerable to bad actors. This has inspired legislators in Europe and America to adopt new laws controlling the content of speech. As these laws proliferate, there is a danger that government control of speech will become essential and justifiable, undermining how the First Amendment operates. Antitrust law holds out the hope that the ills created by big Internet companies can be eliminated through competition instead of regulation. Let’s hope that works. ■

Thomas R. JULIN¹³

Shareholder, Gunster, Yoakley and Stewart P.A.
Miami, FL, United States
tjulini@gunster.com

12. See *Amazon’s Antitrust Paradox*, 126 Yale L. J. 710 (2016-2017).

13. Mr. Julin is chair of the First Amendment Litigation practice of Gunster, Yoakley & Stewart, P.A., a law firm in Miami, Florida. This article is a derivative of a white paper Mr. Julin presented at the UIA Congress on Porto, Portugal in 2018.



Covid-19 Effects on Real Estate: Now and for the Future

Steven J. SHORE

➤ En réponse à la pandémie de Covid, la plupart des pays ont mis en place des politiques de relance et de subventions. Ces politiques ont aidé à maintenir leurs économies en marche pour éviter un effondrement économique mondial historique. Les transactions immobilières ont subi des changements majeurs. Des fermetures à distance et des modifications importantes sur le marché ont eu lieu dans le monde entier. Cet article présente certains des changements ayant affecté l'immobilier.

➤ En respuesta a la pandemia de Covid, la mayoría de los países han implementado políticas de estímulo y subsidios. Estas políticas ayudaron a mantener sus economías en marcha para evitar un colapso económico global histórico. Las transacciones inmobiliarias conocieron cambios importantes. Se han producido cierres remotos y cambios significativos en el mercado en todo el mundo. Este artículo presenta algunos de los enfoques que afectaron el sector inmobiliario.

Spain

Countries that lacked cash assets, like Spain, opted to implement cost cutting policy measures. Businesses open to the public and devoted to nonessential services were forced by the government to close. The government also authorized such business to temporarily suspend employment agreements. The government publicized that salaries would be paid by the state, but ended up not covering 100% and some of the workers affected have only collected part, if any, since March 2020. As the pandemic continued, the lack of cashflow available to small and medium enterprises hindered solvency and resulted in various governmental actions. From March 14, 2020 to June 21, 2020, the government enacted a number of Royal Decree laws declaring an alert state, that had a direct impact on the real estate industry, particularly in housing and retail property.

Among such laws was the suspension of eviction proceedings for delinquent rent payments when lessees were categorized as "vulnerable tenants." Vulnerable tenants were also given the right to renew the lease of their primary residence where the term was about to end. Vulnerable tenants were also able to request a 50% rent reduction or a rent deferral of up to four months of rent in the lease of their primary residence from "large real estate owners." Interest on arrears mortgage payments was also derogated for "vulnerable homeowners."

Also, "vulnerable owners of businesses premises" were given the right to request a moratorium in the payment of their mortgage as agreed upon by the lender. Additionally, a law enabled small and medium enterprises to request "large real estate owners" a 50% rent reduction or four months rent deferral when closed due to the alert state or having suffered a reduction of business by 75% when compared to the same month the preceding year. Another law approved a rent deferral of 70% to tenants under hotel leases. On October 25, 2020, the government extended deadlines and in December, the government passed additional laws to increase protections. Eviction proceedings were suspended for vulnerable tenants until January 31, 2021 and extended the right of these tenants to request a rent reduction or a moratorium.

As we struggle through the Covid pandemic, there are indications that circumstances may become worse. On December 22, 2020, the government proactively suspended eviction proceedings until the end of the new alert state and committed to establish a form of compensation to the benefit of the owners. The foreseeable consequences of such governmental actions being that the financial problems have simply been deferred to a later date.

Czech Republic

Life has changed significantly in the Czech Republic because of Covid. At the onset of the pandemic, the government successfully contained the pandemic through implementation of strict restrictions. But in the fall, there was an alarming increase in the number of infections, because of the relaxation of restrictions during the summer. Closed restaurants and bars, limited numbers of customers in shops, a curfew, postponed court proceedings, working



from home and online education were the norm for a significant part of 2020. Although the pandemic and the related government-imposed restrictions have impacted almost every sector of the economy, the real estate market appears to be one of the most affected, especially in Prague's historic centre. It became a ghost town.

For businesses leasing properties that were impacted by the restrictions, the government will pay 50% of their monthly rent during the lockdown. This assistance is provided on the assumption that such tenants have paid at least 50% of the rent for the decisive period before the compensation application was submitted. To further protect tenants during the pandemic, legislation was adopted on commercial leases prohibiting landlords from serving eviction notices on their tenants who were unable to pay rent. Such protection, however, is time-limited and landlords may still serve eviction notices on their tenants for other reasons. Many tenants have attempted to bargain with their landlords, requesting reductions or deferrals of rent payments. This has caused increased numbers of vacant offices and other commercial spaces. But, landlords have had to become more flexible. The absence of foreign tourists will likely result in the sales of hotels and properties used for Airbnb accommodation and that such buildings will be converted into apartments.

In contrast, there is a boom in the residential sales market. Mortgage interest rates offered for home loans reached historic minimums, and the tax on real estate purchases was repealed retroactive to December 2019. There was also legislation enabling loan and mortgages arranged before March 2020 to be deferred for up to six months, until the end of October 2020 at the latest. From data published by the Czech National Bank, in September 2020, banks received almost 400,000 applications for loan repayment deferrals, of which 358,000 were approved. Lastly, the government has supported the private rental sector. A special act on residential leases helped safeguard tenants. The new law is designed to prevent tenants from being served with eviction notice for rent arrears. The protection under this act is also time-limited. The landlord is entitled

to receive all payments accruing during the protection period by the end of 2020. Both for commercial and residential leases, landlords may claim for termination of the lease agreement if they suffer because of an unfair loss of income, especially if their livelihoods would be jeopardized.

The residential markets have been affected by people escaping from towns and cities and moving to the countryside, causing an increase demand for property in the countryside. Commercial real estate has been impacted by employers needing less space because employees are working from home.

England and Wales

In England and Wales, property lawyers are significantly busier than most expected. Despite the three-week period in March 2020 when all viewings and removals were banned there were more transactions taking place at the end of 2020 than in late 2019. This momentum is being driven in part by the government's decision to implement a Stamp Duty Land Tax (SDLT) 'holiday' on the first £500k of the price. There has also been a booming market for houses in the countryside driven by home working, a second wave of home schooling and a desire for more space. Average prices in the country house market grew 5.5%. According to recent reports, Londoners bought homes outside of London worth £27.6 billion in 2020.

Meanwhile, there has been a decline in the London residential rental market and a 3.9% drop in average purchase prices in prime central London. In summer 2020, the government increased the notice period required to evict tenants in the majority of situations from two to six months.

For the first time Covid clauses are being used in many residential transactions. The most recent return to full lockdown measures in England, announced on 4 January 2021, stopped short of closing the residential property market with the government advising that people can still move but should do so in accordance with social distancing measures. The housing Minister has warned that a return to a ban on viewings and house removals is still possible, but for now real estate agents remain open for business.

In contrast to the residential tenancy provisions, the government directed a moratorium on forfeiture of commercial property for non-payment of rent. This moratorium is due to expire on 31 March 2021, although it may be extended. Generally, the commercial market is a more varied picture. Both domestic and international investors appear to still see London property as a viable investment in the long term and are looking to invest. This suggests investors are confident that the work from home

[In England] For the first time Covid clauses are being used in many residential transactions.

experiment which has had such a substantial impact on the residential market will not reduce the need for London office space.

Landlords and their tenants in the retail and leisure markets are facing significantly greater challenges. Most hotels, shops and all gyms are currently closed by the government's measures. Restaurants have once again been reduced to takeaway service only, and pubs have been banned from selling takeaway alcohol. With the exception of the 'Eat Out to Help Out' policy in August 2020 there has been very little good news for hospitality, and it is difficult to foresee a rosy future for many. The latest set of restrictions were accompanied by £4.6bn package to support retail, hospitality and leisure including grants worth up to £9,000 per property, which will ease some of the short-term pain but are unlikely to provide much, long term support for tenants.

The events of 2020 accelerated an already significant decline in the fortunes of Britain's biggest name retailers and also saw some large restaurant and retail groups begin insolvency proceedings, altering the commercial property landscape as well as the physical look of England's busiest streets. The return of workers to cities will reinvigorate hospitality and retail around those offices, but it is not yet clear how the long-term impact of the pandemic will influence consumer behaviour which will ultimately funnel landlord returns (or losses) in commercial property.

Germany

The "first wave" of Covid during spring 2020 did not hit Germany quite as hard as many other countries. By the end of May, approximately 182,000 cases of Covid were reported in all of Germany. The "second wave" reached Germany in October 2020, and it was far more severe than the first wave. October alone saw more than 220,000 new cases of Covid, a number that was more than doubled during November 2020. By February 7, 2021, more than 2.2 million cases of Covid had been reported in Germany. A second lockdown was announced on December 13, 2020. Shops, restaurants and theatres

were closed. The Government provided approximately €750 billion of financial aid to help the economy during the Covid-crisis. Consumers, not businesses, were allowed by special legislation to suspend payments on loans for three months. The termination of leases, commercial and residential, based on non-payment during this time was prohibited if non-payment was due to Covid. But no special provisions would be made regarding the reduction of rent payments during the crisis. Nevertheless, many property owners agreed to reduce the rent for some time.

[In Germany] The termination of leases, commercial and residential, based on non-payment during this time was prohibited if non-payment was due to Covid.

By the end of 2020, the government's approach changed. The provisions to exclude the termination of leases made in the spring were not renewed. Instead, it was stipulated by law that administrative measures to fight Covid, might frustrate the foundation of a commercial lease contract (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*). Prices for office buildings went down in many cities, as many employees worked from home. Combined with a trend of more flexible workplace structures, this meant that less office space was necessary than expected only one or two years ago. While some businesses like restaurants and entertainment venues suffered extreme losses and were at a high risk of insolvency, other branches of the economy did quite well. The German Trade Association even expected higher sales than in 2019, thanks especially to online sales. All in all, Germany's economy is doing comparably well. The European Commission's Economic Forecast Autumn 2020 expects Germany's GDP to decrease by 5.6% in 2020, while the GDP for the whole euro area is expected to decrease by 7.8%. However, it is still unclear how long the current lockdown will last, and if it will have a lasting effect on the real estate industry.

USA – Maine

Ironically Covid has benefited the Maine real estate market. Being a relatively rural and isolated state in the U.S., Maine shares a large border with Canada. The incidents of Covid infection in Maine have been very low relative to the rest of the U.S. This has led to substantial sales of homes along Maine's 3,000 miles of shoreline and along several lakes.

Year-over-year residential closings are up over 31.2%. This number is dramatically higher along Maine's long coastline. These record-breaking sales have led to a substantial increase of home prices, especially for oceanfront homes. The Portland Press Herald reported that 33.6% of these closings arise from buyers outside the State of Maine. According to real estate professionals along the coast, virtually all sales were to out-of-state buyers. These experts also report that these out-of-state purchasers are buying properties for cash, waiving inspection contingencies, and are generally buying properties "sight unseen."

Charles Colgan, former Maine state economist and a professor emeritus at the University of Southern Maine's Muskie School of Public Service, is quoted in the Portland Press Herald as saying that "the pandemic disrupted traditional commuting patterns where people live in a dispersed sprawling pattern around the dense employment center. Remote working changed that, and vaccine are not, we are not likely to revert to the old ways anytime soon."

Because of lockdowns and pandemic-related concerns in more urban areas, many of America's professionals are currently working remotely. Wealthier people are often taking the opportunity to work in more scenic and less infected areas of the country. This has created a "trickle down" effect on Maine's non-real estate product markets. The professionals who are crowding into Maine bring with them all of the sales and other business opportunities which accompany living in Maine. For example, real estate litigation has increased more than two-fold in less than six months in coastal Maine counties.

Depending on how the new residents adapt, economists are predicting a continued economic boom arising from new businesses and growth spearheaded by increasing populations (especially among business elites). Real estate lawyers, along the coast of Maine, are busier than any other time keeping up with legal work from these growing sales.

Covid, on the other hand, has been less positive on Maine's commercial properties. While Maine's businesses are still generally open and operating from offices, roughly half of office employees are working remotely. Commercial office prices, which were on the rise prior to 2020, have fallen slightly as sales and rents have reduced. In addition, operating expenses for commercial properties have increased due to a much higher demand for better quality filters, HVAC systems, and increased cleaning. On the other hand, hotel demand is mixed. With fewer people flying internationally, Americans are flocking to Maine hotels on weekends. But, weekday occupancy has decreased. Store front retail is also down. Maine's emergency Covid laws limit the number of people who can be in one store at a time. This encourages more people to shop on-line. While restaurants are open throughout the state, bars and tasting rooms are closed, and restaurant occupancy has also been limited by Maine's emergency orders. In sum, Maine is benefiting from the flight out of urban spaces. Remote working is here to stay. Covid, hopefully, is not.

USA – New York City

The practice of real estate law in New York City has been significantly altered by the Covid pandemic. From March until June, the State of New York was in a mandated lockdown. All real estate closings, both residential and commercial, were executed remotely. In-person property showings were prohibited, but virtual tours were permitted. The governor of New York State decided that attorneys were not "essential workers," and as such were prohibited from working in their offices. Even when the governor decided to include real estate as an essential service, most attorneys still worked remotely. When the lock-down ended, remote working and remote closings for the most part continued. Real estate litigation has also gone "remote" as many court conferences, depositions, arbitrations and mediations are now held remotely.

Another area significantly affected by Covid related matters are the number of commercial leases that have necessitated "work-outs". Many businesses suffered severe losses during the lock-down and since due to occupancy restrictions. There has also been a general reluctance by consumers to frequent brick and mortar establishments. Restaurants were not permitted to have indoor dining for much of the summer. Even when indoor dining was permitted occupancy was limited to 25%. Many tenants have gone to their landlords seeking relief and landlords have reacted in various ways. Some landlords have refused to compromise and filed lawsuits. Actions to dispossess and foreclosures at this point, are precluded by government directive. More frequently, landlords have

agreed to rent deferrals or rent abatements. The New York City Government has stepped in to help individuals who guaranteed their businesses leases under so called "Good-Guy Guarantees" and enacted a law declaring them unenforceable during this time period.

With respect to the residential rental and sales market, people have been fleeing the city. Prices for cooperatives and condominiums have significantly declined. The rental market has also suffered, and vacancy rates are up. Many landlords are offering free rent and other incentives to entice their tenants to stay and attract new tenants. Meanwhile, prices in the suburbs and nearby vacation areas have risen significantly. People fled to larger spaces in less populated areas where they can work remotely in more spacious surroundings. However, there are people who feel it is a good time

to buy or upgrade to larger spaces with room for a home office or two and space for the kids to set up their devices for remote learning. On the commercial side, there has probably been an even bigger drop in sales and rental prices. Many businesses have permanently closed, and others are seeking to downsize to permit more workers to work remotely, thereby increasing the vacancy rate. In addition, rent deferrals, abatements and non-payments are affecting the profitability of the commercial buildings.

The governor of New York State decided that attorneys were not "essential workers," and as such were prohibited from working in their offices.

Conclusion

It seems likely that in the post-Covid world there will be significant differences in the practice of real estate law and real estate markets. Remote work and closings will continue. As a result, businesses will need less space and commercial real estate values and rental prices will likely decline. Urban areas will likely continue to see an exodus to the countryside. ■

Steven J. SHORE

*Partner, Ganfer Shore Leeds & Zauderer LLP
New York, NY, United States
sshore@ganfershore.com*

Contributors

- **Czech Republic – Erwin Hanslik**, Lawyer, Taylorwessing EINI/WIC Advokáti V.O.S., hanslik.direct@taylorwessing.com
- **Germany – Steffen Kircher**, Lawyer, Menold Bezler Partnerschaft mbB, steffen.kircher@menoldbezler.de
- **Spain – José Antonio Pérez Brevia**, Lawyer, JAP, jap@japladyer.com
- **UK – Laura Conduit**, Partner, Farrer & Co., Laura.Conduit@farrer.co.uk
- **USA – Sandra Jacobus**, Lawyer, Ganfer & Shore LLP, sjacobus@ganfershore.com
- **USA – David Soley**, Lawyer, Bernstein, Shur, Sawyer & Nelson, P.A., dsoley@bssn.com

Le principe de l'égalité des parties : pilier ou frein de la procédure arbitrale ?



Chiraz ABID



Christophe LAPP

➤ The principle of equality between the parties is well established in international arbitration. Nevertheless, it has led to abuses, as some parties often depart from it to introduce delaying tactics into the proceedings thus leading to a cost and time inefficiency. Despite this fact, arbitrators have shown reluctance to dismiss such tactics, fearing a potential challenge of their award on the basis of a violation of a party's right to fully present its case. In order to limit such abuses, several legislations and institutional rules have granted arbitrators extensive powers in the conduct of the proceedings allowing them to establish a balance between a strict (and cautious) application of the principle of equality and the efficiency of the arbitration process.

➤ El principio de igualdad entre las partes está bien establecido en el arbitraje internacional. Sin embargo, ha dado lugar a abusos, ya que algunas partes a menudo se imponen para introducir tácticas dilatorias en los procedimientos, lo que conduce a una ineficacia de costes y tiempo. A pesar de este hecho, los árbitros se han mostrado renuentes a descartar tales tácticas, por temor a una posible impugnación de su laudo sobre la base de una violación del derecho de una parte a presentar plenamente su caso. Para limitar tales abusos, varias legislaciones y normas institucionales han otorgado a los árbitros amplios poderes en la conducción de los procedimientos, permitiéndoles establecer un equilibrio entre una aplicación estricta (y cautelosa) del principio de igualdad y la eficiencia del proceso arbitral.

Le principe de l'égalité des parties est la clé de voûte du procès équitable. Les protections procédurales consistent en des principes fondamentaux du droit de la défense, qui comprennent notamment le droit à l'égalité de traitement (CJUE, 14 septembre 2010 Aff. C-550/07 P - *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd contre Commission européenne*) ou des armes (CEDH, 16 juillet 1968, *Struppat c/RFA*, req. No 2804/66) et le droit d'être entendu (Art. 41-2 a) Charte des droits fondamentaux de l'UE). Plus particulièrement, le principe d'égalité des parties est proclamé par la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre à son article 6-1 le droit à un procès équitable. Dans la même lignée, l'article 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 proclame un principe d'égalité procédurale devant les tribunaux et les cours de justice.

Le droit de l'arbitrage international reconnaît également le principe de l'égalité entre les parties dans la procédure

arbitrale mais s'abstient de le définir. En effet, l'égalité entre les parties est une notion difficilement définissable tant sa portée est vaste. Elle englobe plusieurs autres notions telles que l'égalité dans le choix des arbitres, dans la présentation de sa cause ou encore dans la preuve. Elle est communément appréhendée comme la possibilité pour les parties de s'assurer une égalité de traitement et de présenter leurs causes de manière à ce qu'elles ne soient pas dans une situation considérablement désavantageuse (G. Born, *Arbitrage commercial international*, 2^{ème} édition 2014, Chapitre 15: Procédures d'arbitrage international, pp. 2172-2173). L'égalité s'applique depuis la notification de la requête d'arbitrage et se poursuit tout au long de la procédure jusqu'au prononcé de la sentence (G. Born, *op.cit.*, p. 2173).

Ce principe protecteur des parties a toutefois abouti à des dérives puisque certaines parties l'instrumentalisent par le biais de tactiques dilatoires afin d'en tirer un avan-

tage procédural. Cela a conduit les arbitres à développer une *paranoïa* du procès équitable, définie par la doctrine comme « *une réticence perçue des tribunaux à agir de manière décisive dans certaines situations par crainte que la sentence arbitrale soit contestée au motif qu'une partie n'a pas eu la possibilité de présenter pleinement sa cause* » (Traduction libre: R. Oldenstam, "Ch.8: *Due Process Paranoia or Prudence?*" in *Stockholm Arbitration Yearbook* 2019, 121, Kluwer Law international 2019).

Pour y faire face, les législations et juridictions nationales ont reconnu un pouvoir étendu aux arbitres dans la conduite de la procédure qui permet de limiter l'utilisation abusive du principe de l'égalité des parties.

Il conviendra donc d'analyser le principe de l'égalité des parties et ses diverses applications (I) pour appréhender les conséquences de la rupture dudit principe sur la procédure arbitrale et la validité de la sentence rendue (II).

I. Le principe de l'égalité des parties et ses diverses applications

En matière arbitrale, le principe de l'égalité des parties a été affirmé au stade de la constitution du tribunal arbitral et également au cours de l'instance arbitrale.

A. L'égalité des parties au stade de la constitution du tribunal arbitral

Le principe impose que chacune des parties puisse désigner un arbitre dans les mêmes conditions. Ce principe s'applique différemment selon que la constitution du tribunal arbitral est le fait d'un tiers ou le fait des parties (E. Loquin, « A la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *Gaz.Pal.* 2 juil. 2008, GP20080702002. pp.1-3).

Dans la première hypothèse l'institution arbitrale et le juge judiciaire en qualité de juge d'appui sont amenés à intervenir.

D'une part, l'arrêt *Dutco* illustre le cas de l'immixtion de l'institution arbitrale dans la constitution du tribunal : la Cour de cassation française a énoncé que « *le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public* » (Cass., civ.1, 7 janvier 1992, *Rev. Arb.* 1992, 470). Elle a jugé qu'une institution arbitrale ne pouvait imposer, dans un arbitrage multipartite à deux défendeurs présentant une communauté d'intérêts, la désignation par ces dernières d'un arbitre unique, alors que le demandeur unique avait pu désigner un arbitre à lui seul en toute liberté. En application du principe dégagé par l'arrêt *Dutco*, la Cour d'appel de Paris a considéré que « *la désignation d'un seul co-arbitre pour deux parties dont le sort est lié, ayant signé la convention indivisément et solidairement et n'ayant pas d'intérêts divergents ne constitue pas une rupture d'égalité entre les parties* » (CA Paris, 10 octobre 2002, *Rev. arb.* 2003. 1277).

Le principe de l'égalité entre les parties dans la nomination des arbitres a également été exprimée par les tribunaux italiens et suisses (C. Cassazione, *Coop Vigili Fuoco Bor-*

gotari v. Mariani, July 5, 1995, (1995) I Foro pad 206 in « *Chapter 1: The Contractual Perception of Arbitral Jurisdiction as Trigger of Multi-Fora Disputes* », in M. Pika, *Third-Party Effects of Arbitral Awards: Res Judicata Against Privies, Non-Mutual Preclusion and Factual Effects*, Kluwer Law International 2019, p.25) qui ont retenu de manière restrictive qu'une partie composée de plusieurs personnes ne peut être obligée à nommer conjointement un arbitre que si les personnes en question ont des intérêts identiques. Par conséquent, seul un « *accord entre un groupe de parties pour désigner conjointement un arbitre* » pourrait être admis (Meier in Arroyo (ed.), *Arbitration in Switzerland* Ch. 13 [57]. Voir également : TF, *République arabe d'Égypte v. Westland Helicopters Ltd et al*, May 16, 1983, [1984] ASA Bull. 203 on ICC Case 3879). A défaut d'accord et d'intérêts communs, le choix du tribunal est confié aux institutions pour que les parties soient traitées sur un pied d'égalité (art. 8(1) LCIA ; art 17(5) SCC ; art 12(2) SIAC ; art 8(2)(c) HKIAC).

Dans le cas où le juge d'appui est saisi par l'une des parties pour la constitution du tribunal, celui-ci doit respecter le principe d'égalité entre les parties sous peine de voir ses ordonnances frappées de nullité pour excès de pouvoir. Ainsi, le principe l'oblige à inviter au préalable la partie récalcitrante à nommer son arbitre. Ce n'est qu'en cas de silence ou de refus de cette partie qu'il sera dans l'obligation de se s'y substituer et de nommer un arbitre.

La seconde hypothèse est celle de la constitution du tribunal arbitral par accord des parties. En principe, lorsque le tribunal est constitué par la volonté des parties, celui-ci ne peut être que l'illustration du principe de l'égalité. Pourtant, il existe une exception lorsque les parties désignent au préalable le mode de constitution du tribunal par le jeu de la clause compromissoire, et conviennent de rompre le principe d'égalité. En effet, la clause peut prévoir qu'un tiers procèdera à la désignation (CA Paris, 30 janvier 2013, n°11/08593) ou prévoir une liste d'arbitre prédéfinie (CA Montpellier, 12 octobre 2017, n°17/00269 *Bouygues travaux publics régions France*, confirmé par l'arrêt de la CA de Versailles 4 juin 2019, n°17/06632, SA S.M.B c/ SASU Bouygues Bâtiment Grand Ouest, *Rev. arb.*, 2019, n°3, p.975: « *dès lors que les parties ont signé le contrat contenant la clause compromissoire prévoyant que la partie demanderesse en arbitrage soumette à son gré le différend à l'un des arbitres désignés dans une liste de 11 noms d'arbitres classés par ordre alphabétique sans que l'une d'elles rapporte la preuve de circonstances particulières qui se seraient opposées à ce qu'elle-même propose un certain nombre d'arbitres lors de la négociation de la convention, la preuve d'une rupture d'égalité des parties dans la désignation de*

En matière arbitrale, le principe de l'égalité des parties a été affirmé au stade de la constitution du tribunal arbitral et également au cours de l'instance arbitrale.

l'arbitre n'est pas rapportée, d'autant plus qu'au moment de la signature du contrat, le réclamant, par définition ne peut être connu et que chacune des parties aurait parfaitement pu prendre elle-même l'initiative de soumettre un différend »).

Ainsi, les exigences du principe d'égalité reculent à l'instant où les parties y portent atteinte d'un commun accord.

B. L'égalité des parties dans l'instance arbitrale

Le principe d'égalité des parties dans l'instance implique que : « *le tribunal arbitral ne doit pas accorder plus de droit à une partie qu'à l'autre* » (Redfern. Hunter. Smith, « *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international* », LGDJ.1994. p.238. Voir ég. : l'arrêt de la CA de Paris du 6 mai 2003, *Rev. arb.* 2004, p.220).

Ce principe trouve illustration dans l'Article 18 de la Loi type de la CNUDCI qui prévoit que « *Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité* et chaque partie doit avoir

toute possibilité de faire valoir ses droits ». Certaines règles institutionnelles sont rédigées différemment et prévoient que « *le tribunal statue de façon juste et impartiale et veille à ce que chaque partie ait une « raisonnable possibilité de présenter son cas* » (G. Born, *op.cit.*, p. 2172). C'est notamment le cas des règles de la CCI, SIAC, LCIA et CIETAC : art. 22(4) du règle-

ment CCI 2017 et du nouveau règlement CCI 2021 ; art. 14(4) du règlement LCIA 2014 ; article 35(1) du règlement de la CIETAC 2015 ; art. 19(1) du règlement SIAC 2016.

Pourtant, l'observation du droit positif montre que le principe d'égalité des parties est présenté conjointement avec celui du respect du contradictoire (CA Paris, 16 juin 2020, n°18/09616) ou le principe de l'indépendance ou de l'impartialité de l'arbitre sans véritablement s'en distinguer. Le rare cas où le principe est invoqué indépendamment des autres principes est lorsque l'une des parties considère que son adversaire a bénéficié de plus de temps pour soutenir son argumentation. Dans ce cas, il y aura violation si une rupture d'égalité « *inéluçtable* » ou « *décisive* » est établie (E. Loquin, « *À la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage* », *op.cit.* p.5). Cette solution indique qu'aucune des parties ne devrait bénéficier d'un traitement de faveur et qu'elles doivent être traitées avec « *équité* » (G. Born, *op.cit.*, p. 2174, 2175). C'est pourquoi les règles du procès équitable n'imposent pas au tribunal de traiter les parties avec une égalité arithmétique au cours de l'instance arbitrale ; il doit tenir compte des circonstances de l'espèce (G. Born, *op.cit.*, p. 2174), tout en s'efforçant de ne pas créer de « *net désavantage* » entre elles (CA Paris, 12 juin 2003, *Rev. arb.* 2004, 894, D.Bensaude). Ainsi, les auditions des témoins ou des experts dans une procédure peuvent être de durée inégale, sans

que cela constitue une atteinte au principe de l'égalité. Il a en effet été jugé que « *l'égalité procédurale entre les parties n'exige en rien d'étendre à l'une les mesures prises à l'égard de l'autre* » (CA Paris, 23 juin 2005, *Rev.arb.*, Vol. 2005, p.799).

II. Conséquences de la rupture du principe de l'égalité entre les parties

La rupture du principe de l'égalité peut avoir des conséquences sur l'appréciation de l'impartialité de l'arbitre et sur la validité de la sentence, ce qui a conduit à un phénomène chez les arbitres, communément appelé par la doctrine : *due process paranoia*. Face à ce phénomène, les arbitres ainsi que les juridictions nationales ont réagi afin de garantir un équilibre entre le respect du principe de l'égalité entre les parties et l'efficacité de la procédure arbitrale.

A. La rupture du principe de l'égalité entre les parties par le tribunal arbitral peut faire présumer sa partialité

L'article 12§2 de la loi type de la CNUDCI exige de l'arbitre non seulement l'indépendance, mais aussi l'impartialité (voir ég. : les Codes de procédure civile néerlandais (art 1033, §1) et tunisien (art 57) et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (art 14, §1)). De ce fait, des violations significatives et répétées du principe d'égalité des parties par le tribunal peuvent constituer des faits concrets propres à caractériser sa partialité. Le lien existant entre le principe d'égalité des parties et l'impartialité du juge a souvent été constaté par la doctrine (Th. Nagel, *Egalité et partialité*, PUF, 1994 ; S. Jossierand, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, LGDJ, 1988, n°133, p.134) puisque les manquements au principe d'égalité sont autant d'arguments qui viennent au soutien d'une demande de récusation d'un arbitre.

B. La rupture du principe de l'égalité entre les parties par le tribunal arbitral peut-elle faire annuler la sentence arbitrale ?

La question qui s'est posée était de savoir si la violation du principe d'égalité des parties dans la constitution du tribunal pouvait donner lieu à une annulation de la sentence.

Sur ce point, la jurisprudence distingue l'hypothèse où « *le tribunal arbitral est tronqué en raison de la démission d'un arbitre et celle où le délibéré ne réunit pas tous les arbitres en raison de l'abstention de l'un d'entre eux* » (E. Loquin, « *À la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage* », *op.cit.*, p.8).

Dans le premier cas, la démission d'un arbitre peut illustrer une rupture du principe de l'égalité des parties. Dans un arrêt du 1^{er} juillet 1997 (CA Paris, 1^{er} juillet 1997, *Rev. Arb.* 1998, 131), la Cour d'appel de Paris a déclaré « *qu'il est constant que l'arbitre a démissionné au cours du délibéré de la sentence de sorte qu'au moment où il a statué le tribunal arbitral n'était plus constitué que du seul arbitre désigné par l'une des parties et du président du tribunal*

La rupture du principe de l'égalité peut avoir des conséquences sur l'appréciation de l'impartialité de l'arbitre et sur la validité de la sentence.

arbitral. Il en résulte, qu'à la différence des hypothèses où la sentence reste valide parce que prononcée par le tribunal choisi par les parties, même si l'un des arbitres n'a pas participé au délibéré ou s'il a refusé de la signer dès lors qu'en continuant d'assumer sa mission, il a bien été mis à même d'en assumer les prérogatives, la décision présentement contestée a été rendue par un tribunal arbitral amputé de l'un de ses membres et dont la constitution n'était plus conforme à la convention fondant et légitimant son pouvoir juridictionnel ». Cet arrêt a été confirmé par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 janvier 2005 (CA Paris, 23 juin 2005, *Rev. Arb.*, p.799). Il est intéressant de citer à cet égard, l'article 11.5 du Règlement CCI de 2017 ainsi que du nouveau Règlement CCI de 2021 qui prévoit que l'arbitre s'engage à accomplir sa mission jusqu'à son terme. Dans le second cas, le fait pour un arbitre de refuser de signer une sentence pour montrer son désaccord avec la solution choisie à la majorité ne porte pas atteinte au principe d'égalité à condition que l'arbitre qui a refusé de signer ait participé au délibéré.

En outre, les cas où la violation du principe de l'égalité entre les parties entraînerait l'annulation d'une sentence pour violation de l'ordre public international sont envisagés de manière stricte par les juges de l'annulation (Rejet par les juges nationaux des demandes d'annulation de sentence fondée sur une violation du respect de l'égalité des parties et de l'égalité des armes : CA Paris, 21 mars 2017, n°15/17234 ; CA Paris, 14 mai 2019, n°16/16502 ; CA Paris, 28 mai 2019, n°17/03659), et ce en dépit du fait que le principe d'égalité entre les parties « représente un élément de la notion de procès équitable protégée par l'ordre public » (CA Paris, 6 mai 2003, *Rev. arb.*, 2004.720). C'est en effet souvent « sous le couvert » de l'atteinte aux droits de la défense, notamment le principe du contradictoire, que heurter le principe de l'égalité peut éventuellement être sanctionné (M. Boisseson, « *Post-scriptum critique sur les principes de la procédure arbitrale en droit français* », *Rev. Arb.*, 2018, issue 4, p.723).

Néanmoins, de rares décisions visent expressément la rupture de l'égalité des parties ou des armes à l'état pur, et en font une composante à part entière de l'ordre public international, sans la rattacher aux droits de la défense :

Par exemple, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 23 mars 2013 que « si le refus par le tribunal arbitral d'examiner les demandes reconventionnelles peut être de nature à porter atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties, c'est à la condition que celles-ci soient indissociables des demandes principales. Dès lors, manque de base légale au regard de l'article 1520 5°, du code de procédure civile une cour d'appel qui annule une sentence pour atteinte à ces droits sans rechercher, comme il le lui était demandé, si tel était le cas en l'espèce » (Cass, 1^{ère} civ., 28 mars 2013, n° 11-27.770 ; Cass, 1^{ère} civ., 17 octobre 2018, n°17-21.411). Par conséquent, le refus par le tribunal d'examiner les demandes reconventionnelles peut être de nature à porter atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les



parties à la condition que celles-ci soient indissociables des demandes principales. Dans cette hypothèse, un tel refus caractériserait une violation de l'ordre public international entraînant l'annulation de la sentence sur le fondement d'une atteinte au principe d'égalité entre les parties et d'accès à la justice.

Aussi, le 8 novembre 2016, la Cour d'appel a considéré que « le défaut de production d'éléments de preuve en défense ne doit pas avoir pour effet de priver la partie demanderesse de son droit de faire juger le bien-fondé de ses prétentions; que, toutefois, la mise en œuvre de ce principe doit s'apprécier au cas par cas, en respectant l'égalité des armes qui est un élément du procès équitable protégé par l'ordre public international; qu'il est constant que le débat s'est lié sur les seuls éléments de preuve produits par les sociétés allemandes, [...], la seule faculté laissée à l'IRAK de contester les documents qui lui étaient opposés, sans être en mesure d'apporter une preuve contraire, n'assurant que de manière purement formelle le respect des droits de la défense et consacrait une inégalité réelle des parties dans l'administration de la preuve; [...] l'IRAK s'est trouvée placée dans une situation substantiellement désavantageuse par rapport à ses adversaires; que la reconnaissance ou l'exécution en France d'une sentence rendue en méconnaissance du principe de l'égalité des armes, composante essentielle du droit à un procès équitable, heurte l'ordre public international; que l'annulation [...] doit être prononcée ». (CA Paris, 8 novembre 2016, n°13/12002).

C. Réaction des arbitres et des juridictions nationales face au principe de l'égalité entre les parties

Les risques de dérives et d'abus ont vu le jour depuis quelques années. Le principe de l'égalité est instrumentalisé par certaines parties qui l'utilisent pour alimenter

les tactiques dilatoires (L. Reed, *Ab(use) of Due Process: Sword v. Shield*, 33(3) *Arb. Int'l* 361, 365 (Sept. 2017) in Ch. Liebscher, „*Teamwork Approach in Arbitration: A New Perspective*», *Journal of International Arbitration*, 2020, vol. 37, issue 3, p.311).

Ces tactiques trouvent leur place aussi bien dans les procédures d'arbitrage que dans les procédures judiciaires en tentant d'obtenir l'annulation de la sentence ou le refus de sa reconnaissance et de son exécution : demande de prolongation de délai ; preuves soumises après l'expiration de la date limite ; nouvelles demandes tardives ; reprogrammation d'une audience (K. Peter Berger & J. O. Jensen, *Due Process "Paranoia and the Procedural Judgment Rules : A Safe Harbour for Procedural Management Decisions by International Arbitrators"*, 32 *Arb. Int'l* 415, 425-428 (2016) in Ch. Liebscher, 'Teamwork Approach in Arbitration: A New Perspective', *JIA*, 2020, vol. 37, issue 3, p.312).

Cette utilisation excessive du principe de l'égalité entre les parties a créé un phénomène de la part des arbitres, communément appelé par la doctrine : *due process paranoia*.

Ce phénomène comprend 3 éléments caractéristiques : « (i) un tribunal qui prend des décisions de gestion de cas qui font preuve d'une déférence excessive à l'égard des considérations de procédure régulière, protégeant les

intérêts d'une partie plutôt que ceux de l'autre [...], (ii) la conviction du tribunal qu'une attitude prudente est nécessaire pour se prémunir contre le risque que la sentence soit autrement annulée et/ou que son exécution soit refusée, et (iii) le caractère erroné de la perception exagérée du tribunal selon laquelle ce niveau de prudence est justifié

» (traduction libre : J. Feng, B. Teo, "*Judicial Support against Due Process Paranoia in International Arbitration*", (Debevoise & Plimpton)/June 16, 2020).

Cette *paranoïa* affecte la capacité des arbitres à identifier les véritables enjeux procéduraux, et entraîne des conséquences en termes d'augmentation des coûts et de délais de l'instance arbitrale ou post-arbitrale ou encore d'atteinte à l'efficacité de la procédure dans son ensemble. C'est pourquoi il est nécessaire que l'arbitre puisse user de son pouvoir discrétionnaire pour contrer les tactiques des parties compromettant la procédure arbitrale.

Le Secrétariat de la CNUDCI illustre ce pouvoir discrétionnaire de l'arbitre dans son commentaire de l'article 19 de la Loi type :

« Cela permet au tribunal arbitral de répondre aux besoins du cas particulier et de choisir la procédure la plus appropriée lors de l'organisation de l'arbitrage, de la conduite d'audiences individuelles ou d'autres réunions et de la détermination des particularités importantes de l'obtention et de l'évaluation des preuves.

Concrètement, les arbitres seraient en mesure d'adopter les caractéristiques procédurales familières, ou du moins acceptables, aux parties (et à elles) ». (Remarks 5 and 6 on art. 19, "*Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration*", United Nations document A/CN.9/264, reproduced in Holtzmann, Neuhaus, "*A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*", Kluwer 1989, p. 584).

Ce pouvoir discrétionnaire permet à l'arbitre de mettre en balance le respect du principe de l'égalité entre les parties et la conduite de la procédure de manière efficace et raisonnable.

Par ailleurs, les tribunaux nationaux reconnaissent les conséquences négatives que la paranoïa de l'égalité entre les parties peut avoir sur le processus arbitral, et il a été explicitement déclaré que « le droit de chaque partie à être entendue ne signifie pas que le tribunal doit sacrifier toute efficacité pour répondre aux demandes procédurales déraisonnables d'une partie » (*Triulzi Cesare SRL v. Xinyi Group (Glass) Co. Ltd* [2014] SGHC 220, para. 151 (Singapore High Court 2014) citing Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, "*A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary 551*" (Kluwer 1989).

Il est donc nécessaire pour les arbitres de trouver un équilibre entre le respect du principe de l'égalité entre les parties et l'efficacité de la procédure arbitrale. En attribuant un pouvoir discrétionnaire étendu au tribunal dans la conduite de la procédure arbitrale, les juridictions nationales peuvent se retrancher derrière ce pouvoir pour rejeter des demandes d'annulation intempestives fondées sur des violations alléguées du respect de l'égalité des parties.

Conclusion

Tantôt bouclier protecteur des droits des parties, tantôt arme procédurale au service des parties mal intentionnées, l'égalité des parties est un principe qui continue à alimenter les débats dans la sphère arbitrale.

Face à une *due process paranoia*, les arbitres doivent user de leurs prérogatives afin de mettre un terme aux tactiques dilatoires des parties. Ils doivent trouver un équilibre entre le principe cardinal de l'égalité des parties d'une part et leur devoir de diligence d'autre part, et pouvoir compter sur une jurisprudence audacieuse et libérale, récalcitrante à annuler « à tout va » les sentences arbitrales. ■

Chiraz ABID

Docteur en droit, Avocate Collaboratrice, Altana
Paris, France
cabid@altanalaw.com

Christophe LAPP

Avocat Associé, Altana
Paris, France
clapp@altanalaw.com

Les entreprises canadiennes seraient-elles responsables de **leurs actions à l'étranger** ?



Pierre Gilles BÉLANGER



Kami TEMISJIAN

↳ While 75% of the world's mining companies are headquartered in Canada, there is no law in Canada holding Canadian corporations liable for acts committed on foreign soil. However, in February 2020, Canada's highest court issued a ruling that could change the practices of Canadian private companies operating abroad, ruling that, unless otherwise stated by law, customary international law - the Common Law of the international legal system - is automatically part of Canadian law.

↳ Aunque que el 75% de las empresas mineras del mundo tienen su sede en Canadá, no hay una ley sobre la responsabilidad por actos cometidos por corporaciones canadienses en territorio extranjero. En febrero de 2020, la Corte Suprema de Canadá dictó un fallo que podría cambiar la práctica de las empresas privadas canadienses que operan en el extranjero, estableciendo que, a menos que una ley particular disponga lo contrario, el derecho internacional consuetudinario, la *Common Law* del sistema jurídico internacional, forma automáticamente parte de la ley canadiense.

Au mois de février 2020, l'état du droit s'est clarifié davantage quant aux litiges transnationaux en matière de droits humains et de responsabilité des sociétés canadiennes à l'étranger. La décision de la Cour suprême du Canada (Cour suprême), impliquant la société canadienne Nevsun Resources (Nevsun), est considérée fondamentale pour le traitement du droit international coutumier au Canada, d'autant plus qu'elle ouvre des perspectives en matière de responsabilité des entreprises en vertu du droit international.

Historique

Les faits remontent à 2008, avec la construction de la mine de Bisha, en Érythrée. Nevsun, une société constituée sous le régime du *Business Corporations Act* de la Colombie-Britannique détenait, par l'intermédiaire de filiales, 60% de la société dénommée Bisha Mining Share Company, propriétaire de la mine¹. Segen Construction (Segen), société d'État était en sous-traitance avec l'entreprise gestionnaire de l'ingénierie, de l'approvisionnement et de la construction de la mine. Segen appartenait au seul parti politique de l'Érythrée, le Front populaire pour la démocratie et la justice. Aux termes du jugement de la Cour suprême, cette société figurait parmi les entreprises de construction qui employait des conscrits dans le cadre du programme de service national de l'Érythrée. Ce programme de service national était alors en vigueur en Érythrée, obligeait tous les érythréens de dix-huit ans à suivre un entraînement militaire d'une durée de six mois, suivi d'un « service de perfectionnement militaire » d'une durée de douze mois. Ces soldats nouvellement recrutés étaient assignés soit au service militaire direct ou à la construction de « projets publics d'intérêt national² », telle que l'exploitation minière. En 2014, trois ressortissants érythréens et aujourd'hui réfugiés déposent une demande contre Nevsun, une société

La majorité a aussi noté que les violations des normes impératives sont des violations graves des droits qui sont importants pour tous [...].

1. Para 7 du jugement Nevsun Resources LTD c. Araya 2020 CSC 5.

2. Para 9.

canadienne dont le siège social se trouve en Colombie-Britannique. Ils allèguent que la compagnie canadienne Nevsun s'est fait complice de son sous-traitant, la tenant responsable d'esclavage, de travail forcé, de traitements cruels, inusités ou dégradants et de crimes contre l'humanité. Il s'agit, selon les demandeurs, de violations du droit international coutumier. Selon les témoignages, les conscrits devaient travailler pour des sociétés appartenant soit à des représentants du parti au pouvoir, soit à des officiers de l'armée érythréenne; ils étaient résignés à des salaires de subsistance et exposés à des conditions de travail dures et dangereuses, qui plus est sans durée définie et en subissant de surcroît des châtiments corporels s'ils n'obéissaient pas aux ordres. De plus, ils étaient confinés dans des camps desquels ils ne pouvaient pas sortir lorsqu'ils n'étaient pas au travail et ceux qui décidaient de quitter le camp sans permission se faisaient punir, battre et voyaient leurs familles se faire menacer. Les demandeurs affirment que le droit international coutumier fait partie du droit canadien, ce qui veut dire que les tribunaux canadiens devraient être en mesure de tenir Nevsun responsable des torts qu'ils ont subis.

Pour sa part Nevsun conteste ces allégations, et demande le rejet de la demande initiale en faisant valoir la doctrine du *forum non conveniens*. Entre autres, Nevsun allègue que l'Érythrée est un forum plus approprié que le Canada pour juger de ce dossier.

Nevsun a aussi fait valoir que la doctrine de l'acte de gouvernement ne permet pas à un tribunal d'examiner la demande des plaignants et que seul un pouvoir exécutif pouvait se prononcer sur la légitimité d'un acte étranger. Ainsi, Nevsun a soutenu que le gouvernement de l'Érythrée était, en fin de compte, responsable des actes à l'origine des réclamations des intimés.

Nevsun a également fait valoir que les dispositions pertinentes du droit international coutumier ne pouvaient pas s'appliquer aux sociétés. Le tribunal de première instance ainsi que la Cour d'appel de la Colombie britannique ont rejeté les arguments de Nevsun. Nevsun a interjeté appel devant la Cour suprême du Canada.

La décision de la Cour suprême du Canada

Après six ans de contentieux devant les tribunaux, la Cour suprême a jugé qu'il n'y avait aucun obstacle à ce que la cause soit entendue par un tribunal canadien.

Cet arrêt est fondamental parce qu'il affirme 1) que le droit international coutumier fait partie du droit canadien devenant ainsi automatiquement partie intégrante du droit canadien, contrairement au droit des traités qui oblige le Parlement à adopter une loi pour le mettre en vigueur, 2) étant donné que le droit international coutumier fait partie du droit canadien, les tribunaux peuvent dans certains cas juger les entreprises canadiennes responsables d'avoir violé le droit international coutumier.

La majorité a aussi noté que les violations des normes impératives sont des violations graves des droits qui sont



importants pour tous, et qu'en tout temps elles doivent être fortement découragées.

D'entrée de jeu, au paragraphe premier une juge de la majorité affirme que : « Le présent pourvoi porte sur l'application du droit international moderne des droits de la personne, le phénix qui est né des cendres de la Deuxième Guerre mondiale et qui a lancé la lutte mondiale contre les violations des droits de la personne. Ce droit visait à empêcher les violations des normes acceptées à l'échelle internationale. Ces normes ne se voulaient pas des aspirations théoriques ni des extravagances juridiques, mais bien des impératifs moraux et des nécessités juridiques. La conduite portant atteinte aux normes devait être cernée et traitée. »³

3. Para 1.



Les conséquences de la décision

Faut-il rappeler que l'exploitation minière est une partie importante de l'économie canadienne : environ 75 % des sociétés minières mondiales ont leur siège social au Canada et 60 % sont cotées à la Bourse de Toronto⁴. Les investissements miniers canadiens à l'étranger sont particulièrement importants en Amérique latine et dans les pays africains.

L'intérêt de la décision Nevsun réside dans ce qu'il s'agit de la première décision dans l'histoire du droit canadien, qui plus est de la Cour suprême, jugeant que le droit coutumier international fait partie de la Common Law canadienne.

Les sociétés canadiennes déployant des opérations dans des juridictions étrangères ayant de mauvais antécédents en matière de droits humains sont particulièrement concernées par cette décision. Il est important de noter qu'en l'espèce, Nevsun n'a jamais participé directement aux abus. C'était l'une de ses filiales qui gérait les opérations à l'étranger.

Néanmoins, les motifs de la majorité des juges sont articulés autour de l'existence d'une responsabilité de surveillance, voire de « complicité », de la part de Nevsun.

Toutefois, tel que mentionné par les juges de la dissidence, les juges de la majorité ne proposent aucune méthode précise pour établir la responsabilité d'une société comme Nevsun. Il reviendra donc aux juges de première instance d'établir une méthode afin d'évaluer de telles responsabilités d'une société.

Concrètement, cette décision emportera plusieurs conséquences impliquant des sociétés canadiennes ayant des opérations à l'étranger. Clairement, elles devront être plus diligentes face à leur responsabilité potentielle mais aussi par rapport au choix de leurs partenaires et de leurs affiliations. Ce sujet sensibilisera probablement aussi les investisseurs, qui voudront s'assurer du respect des normes internationales en exigeant des niveaux plus élevés de diligence et à l'égard des risques pouvant découler de l'exercice par une société de droit canadien à l'étranger. ■

En bref, une société canadienne pourrait être jugée pour les violations de droits humains commises contre des personnes en sol étranger.

Il est à noter que quatre des juges étaient dissidents dont deux au motif que les tribunaux canadiens ne peuvent pas entendre les affaires dans lesquelles on allègue qu'un État étranger a violé le droit international, soulignant que le droit international sur les droits humains ne s'applique pas entre les particuliers et les entreprises.

Cette décision ne conclut pas à la responsabilité de la société Nevsun. Essentiellement, cette décision est importante car elle reconnaît à des individus alléguant des violations de droit international coutumier commises à l'étranger par des sociétés canadiennes la possibilité de se prévaloir de recours, et par conséquent, que ces sociétés peuvent être tenues responsables.

Pierre Gilles BÉLANGER

Professeur, Université d'Ottawa
Ottawa, ON, Canada
pbelange@gmail.com

Kami TEMISJIAN

Étudiante à la maîtrise en droit international
et droits humains (LL.M.)
Montréal, QC, Canada
ktemi047@uottawa.ca

4. Voir : <https://www.rncan.gc.ca/nos-ressources-naturelles/mines-matériaux/faits-mineraux-métaux/les-mineraux-et-leconomie/20604> ou sur le site même de la Bourse de Toronto TSX : <https://www.tsx.com/listings/listing-with-us/sector-and-product-profiles/mining?lang=fr>.



Zakaria BENLAHRECH

Harraga et immigration irrégulière durant la pandémie de la Covid-19

➤ Illegal immigration, designated in the Maghreb countries by *harraga*, is a serious and uncontrollable major phenomenon. Although the borders were closed during Covid-19, illegal migratory movements have not stopped and have increased to worrying proportions. This raises the question of the responsibility of the countries concerned and their role in reducing this phenomenon. There is also the question of which path to choose in order to regulate and limit this situation since international legal mechanisms have proven ineffective, just as the Algerian legal system has as well.

➤ La inmigración ilegal, denominada en los países del Magreb con *harraga*, es un gran fenómeno grave e incontrolable. Aunque las fronteras se cerraron durante el Covid-19, los movimientos migratorios ilegales no se han detenido y han aumentado a proporciones aterradoras. Esto plantea la cuestión de la responsabilidad de los países afectados y su papel en la reducción de este fenómeno. También está la cuestión del camino a seguir para regular y limitar este fenómeno, los mecanismos legales internacionales resultan ineficaces, como la ley argelina.

Le Pacte mondial sur les migrations (PMM), officiellement appelé « Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières », a reçu le 19 décembre 2018 le soutien de l'Assemblée générale des Nations Unies après avoir été approuvé par 152 pays.

Un des objectifs du PMM est de rassembler pays de départ, pays de transit et pays de destination des personnes migrantes autour d'une vision commune des mouvements migratoires et flux de réfugiés, et promouvoir un renforcement de la coopération internationale dans ces domaines.

Les objectifs du PMM incluent aussi la lutte contre les problèmes structurels qui poussent les migrants à partir, la facilitation de leur retour, de leur réadmission et de leur réintégration dans leur pays de départ / d'origine.

Cette initiative internationale de bon augure, qui n'est pas juridiquement contraignante, mais qui a des conséquences en termes de responsabilité internationale, n'a cependant pas pu réduire ou contrôler le phénomène migratoire.

Depuis 2018 en effet – année d'adoption du PPM – l'immigration irrégulière s'est poursuivie et les chiffres en attendant ont considérablement augmenté, puisqu'au moins 1 750 personnes auraient perdu la vie au cours de leurs voyages clandestins entre l'Afrique de l'ouest et de l'est et les côtes africaines de la Méditerranée en 2018 et 2019, soit un minimum de 72 décès par mois selon l'Agence des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR) et le Centre de recherche sur les migrations mixtes (MMC) du Conseil danois pour les réfugiés.

Pendant la pandémie de la Covid-19, l'on imaginait que les restrictions imposées aux voyages et la fermeture des frontières par certains pays allaient retarder ou à tout le moins réduire les migrations irrégulières en Afrique et hors d'Afrique, mais en réalité, le nombre de ces migrations a augmenté, les migrants utilisant un autre moyen plus risqué pour rejoindre l'Europe, le *harraga*.

Le *harraga* – ou *harraga* en dialecte maghrébin – veut dire « brûler » toutes les étapes d'une migration régulière en voyageant par mer depuis un pays du Maghreb (Algérie – Tunisie – Maroc – Libye) sur des embarcations de fortune appelées « boti », pour rejoindre illégalement l'Europe, plus précisément la Sardaigne, les côtes andalouses, Gibraltar, la Sicile, les îles Canaries, les enclaves espagnoles de Ceuta et Melilla, les îles italiennes de Lampedusa, Linosa et Pantelleria ou encore Malte.

Ce phénomène ne cesse d'augmenter, avec des vies humaines prises par la mer sans distinction d'âge, de sexe ni de religions. A titre d'exemple, les *harragas* algériennes empruntent souvent le couloir ouest de la mer Méditerranée qui, selon une étude du HCR, est la plus meurtrière au monde, comptabilisant en 2014 plus de 207 000 traversées et 3 419 morts.

Le code pénal algérien a institué le *harraga* comme un délit prévu à l'article 175 bis 1 (issu de la loi n°09-01 du 25 février 2009) qui dispose : « Sans préjudice des autres dispositions législatives en vigueur, est puni d'un emprisonnement de deux (2) mois à six (6) mois et d'une amende

de 20 000 DA à 60 000 DA ou de l'une de ces deux peines seulement, tout algérien ou étranger résident qui quitte le territoire national d'une façon illicite, en utilisant lors de son passage à un poste frontalier terrestre, maritime ou aérien, des documents falsifiés ou en usurpant l'identité d'autrui ou tout autre moyen frauduleux, à l'effet de se soustraire à la présentation de documents officiels requis ou à l'accomplissement de la procédure exigée par les lois et règlements en vigueur. La même peine est applicable à toute personne qui quitte le territoire national en empruntant des lieux de passage autres que les postes frontaliers ».

Durant l'année 2020, 190 affaires ont été traitées lors des différentes opérations de lutte contre le *harraga* par la juridiction de la *wilaya* d'Oran à l'ouest de l'Algérie, une région très convoitée par les *harragas* algériennes.

Mais ni les lois ni les restrictions pour la lutte contre la Covid-19 imposées par le gouvernement algérien, notamment la fermeture des frontières, n'ont réussi à stopper le phénomène du *harraga*. Son chiffre a encore flambé au cours de l'année 2020.

Le ministère de la Défense nationale a publié un communiqué le 2 janvier 2020 indiquant que l'armée, dans le cadre de la lutte contre l'immigration clandestine, avait arrêté plus de 8 000 candidats à l'émigration clandestines à partir des côtes du littoral algérien *via* des embarcations de construction artisanale, et intercepté 3 085 migrants en situation irrégulière de nationalités différentes.

L'ONG espagnole « Caminando Fronteras » a recensé 23 naufrages sur la route menant des côtes algériennes vers les côtes des îles Baléares et d'Almeria. Au total, 2 170 migrants sont morts en tentant la traversée vers l'Es-

pagne, soit une hausse de 143 % par rapport à 2019 où leur nombre était de 893. L'Espagne a enregistré l'arrivée sur son sol de 41 000 migrants en 2020, loin devant l'Italie qui a enregistré un débarquement de 34 100 migrants et la Grèce 15 000 migrants.

Selon une étude d'experts auprès du Fonds monétaire international, la population des pays émergents et des pays en développement (en particulier en Afrique subsaharienne) continuera d'augmenter au cours des 30 prochaines années et il est probable que les pressions migratoires vers les pays avancés s'accroîtront. C'est pour cela qu'il faut considérer ce flux migratoire comme un phénomène économique et social majeur, mais aussi un processus humain fondamental qui comprend très souvent des mouvements précaires de populations. Il arrive que l'interaction entre ces deux aspects de la migration constitue des défis dans le contexte de la gouvernance mondiale de la migration. C'est seulement si elle est envisagée en termes de droits de l'homme que la migration peut réaliser son potentiel, en tant que facteur de développement, pour les migrants comme pour les États. ■

Ce phénomène ne cesse d'augmenter, avec des vies humaines prises par la mer sans distinction d'âge, de sexe ni de religions.

Zakaria BENLAHRECH

Avocat

Alger, Algérie

zakaria.benlahrech@gmail.com





Bruce LANDAY

US Corporate Transparency Act

➤ Une nouvelle loi fédérale aux États-Unis vise à aborder la transparence concernant les sociétés écrans offshore. Cet article explore les éléments clés de cette législation qui entrera en vigueur en 2022.

➤ Un nuevo estatuto federal en los Estados Unidos busca abordar la transparencia con respecto a las empresas fantasmas en el extranjero. Este artículo explora los elementos clave de esta legislación que entrará en vigor en 2022.

Introduction

American politicians have often complained about the use of offshore shell companies for purposes of tax evasion, crime and laundering the proceeds of crime. However, entities formed in the US may often be used in the same way. It is relatively easy for bad actors to hide behind their US companies because, for the most part, there is no public registry of owners' identities. For law-enforcement agencies, plaintiffs, creditors, prospective lenders and contracting parties, the only way to determine ownership is through voluntary disclosure by the owners, legal compulsion, or a private due-diligence or "know-your-customer" ("KYC") review in which the owners cooperate.

Of course, there are exceptions. Publicly traded companies report their significant shareholders. Any company that has opened a bank account in the US in recent years has also provided ownership information for KYC purposes, which information is effectively accessible to bank regulators. But no centralized database of company ownership exists. This is not only because entity formation is a matter of state law, but also because registrars of companies (in states, this is usually the secretary of state) generally do not collect such information.¹

1. In at least a few places, including New York and Washington, DC, recently enacted laws require disclosure of ownership of entities that own real estate. DC's law, in its final form, applies to all companies (whether or not they own real estate). These laws were intended both to expose money-launderers and to pressure slumlords into compliance with building codes.

The Corporate Transparency Act

A new federal law, the Corporate Transparency Act (the "Act"), will change this situation to some extent. Once the law comes into effect in 2022, "reporting companies" will be required to submit "personally identifiable information" of their "beneficial owners" to an office of the US Treasury called the Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN). Companies that are not "reporting companies" will be required to make filings stating that they are exempt. Starting in 2022, all newly formed companies will be required to make a filing; and all existing companies will be required to file within two years. Many details must still be worked out in implementing regulations, which FinCEN must promulgate by the end of 2021.

FinCEN will maintain a database of the reported information. This database will not be available to the public. However, information from the database will be shared with (a) federal government agencies engaged in national security, intelligence, or law enforcement, upon request; (b) state, local, or tribal law enforcement agencies, with court authorization; (c) federal agencies on behalf of authorities of other countries under treaties or conventions (or, in the absence of a treaty or convention, to a "trusted" country for the limited purposes of a specific investigation or prosecution); (d) banks for purposes of complying with KYC requirements and with the consent of the reporting company; and (e) federal agencies regulating banks.

What is a "Reporting Company"?

The "companies" subject to the Act include corporations and limited liability companies formed in the US and similar foreign entities that register to do business in a US state (i.e., that establish a branch office). The Treasury may add more entity types, such as limited partnerships, in the regulations. But not all companies will be "reporting companies". Since the aim of the Act was to target shell companies (i.e., entities with no real business activity of their own and, often, no tangible assets or employees), the Act exempts many categories of companies that are otherwise regulated (e.g., publicly traded companies, banks, registered broker-dealers) and companies that have

a certain minimum scale of operations and are therefore unlikely to be shells.

The exemption, based on scale of operations, will be the most frequently invoked and the most troublesome to interpret. The Act defines these companies as having (a) more than 20 full-time employees in the US, (b) more than \$5,000,000 in gross revenue (together with its subsidiaries, as reported on its US federal tax return for the previous year) and (c) a physical office in the US. This raises several questions. How and when should one count full-time employees (e.g., at year-end or a yearly average)? Will all newly formed companies be “reporting companies” merely because have not yet had to file a tax return? Such details will need to be addressed in the regulations to be promulgated by FinCEN.

There is also a temporary exemption for dormant companies, i.e., companies that (a) have existed for more than a year, (b) are not engaged in active business, (c) are not foreign-owned, (d) have no assets (tangible or intangible) and (e) have not, for at least 12 months, undergone a change in ownership or sent or received more than \$1,000. If the company ceases to meet any of these criteria, it must make a filing within one year.

Who is a “Beneficial Owner”?

Under the Act, a “beneficial owner” of a company is an individual who, directly or indirectly: (a) owns 25% or more of the equity of the company; or (b) exercises substantial control over the company. There are exclusions for creditors (unless they have contractual rights to exert control), heirs, nominees, children (whose parents’ or guardians’ information is provided) and “an individual acting solely as an employee . . . and whose control over or economic benefits from [the company] is derived solely from the employment”. Again, there are important questions to be addressed in the regulations, such as what “ownership” and “substantial control” mean.

A Special Twist with Respect to “Applicants”

In addition to its “beneficial owners”, reporting companies must identify their “applicants”. The “applicant” is the person who filed the initial application to form the company or to register a foreign company in a US state. These documents are often signed by lawyers or other agents authorized by the owners to file on their behalf. Will the personal information of such professionals really need to be submitted? What about companies formed long ago that no longer have any relationship with their “applicants”? Once again, we must await the regulations for guidance.

What Information must be Provided?

For each “beneficial owner” and “applicant”, the reporting company must provide the name, date of birth, business

or residential address, and driver’s license or passport (US or foreign, as applicable) number. Updates will need to be filed within one year after any change in beneficial owners. Civil and criminal penalties will apply for any willful non-compliance.

Next Steps

Companies will not be required to begin filing reports until final regulations are issued and FinCEN has set up a reporting system (which will almost certainly be on-line only). It remains to be seen whether FinCEN can get all of this done by the end of 2021. Companies can begin to think about whether they will be deemed “reporting companies” and whether they have “beneficial owners”. In the case of companies whose equity is held by funds or other entities, the cooperation of those entities will be necessary to determine who, if anyone, is a “beneficial owner”. As noted, final determinations cannot be made without guidance from the final implementing regulations.

For now, it may be advisable to revisit stockholders’ agreements and limited liability company operating agreements. Each stockholder or member should agree to provide to the company such updated personal information as may be required by the Act, at any time such stockholder or member is (or is owned or controlled by) a “beneficial owner” of the company. Confidentiality agreements should be double-checked to ensure that the company is not contractually prevented from complying with the Act.

In the case of newly formed companies, care should be taken in selecting the “applicant” and ensuring that the “applicant” has agreed to provide his or her personal information for purposes of reporting under the Act.

Finally, “reporting companies” that are contractors or subcontractors to the federal government should be aware that they will eventually be required to include the same information in their bids or proposals for contracts above the simplified acquisition threshold (currently \$250,000 in most cases). To this end, the Act requires the amendment of the Federal Acquisition Regulations by the end of 2022. ■

The exemption, based on scale of operations, will be the most frequently invoked and the most troublesome to interpret.

Bruce LANDAY
Lawyer, Landay Leblang Stern
 Boston, MA, United States
 bruce@llslex.com

Comprendre le Congrès des Nations unies sur la prévention du crime et la justice pénale¹



Romina BOSSA ABIVEN

➤ The United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice has been held every five years since 1955. It gathers State representatives, intergovernmental organizations, civil society, experts and academics to address different topics related to crime prevention and criminal justice and seeks to identify priorities, achieve consensus and obtain commitment from the participant States. Many of the instruments adopted at the Congresses have influenced standards, policies and practices at the national and international levels. The 14th UN Congress was held in Kyoto last March.

➤ El Congreso de Naciones Unidas para la prevención del delito y la justicia penal se celebra cada cinco años desde 1955 y reúne a políticos, organizaciones intergubernamentales, sociedad civil, expertos y académicos para debatir sobre diferentes temas relacionados con la prevención del delito y la justicia penal, buscando identificar prioridades y lograr consenso y compromiso de parte de los Estados. Muchos de los instrumentos adoptados en este marco han dejado su impronta en normas, políticas y prácticas a nivel nacional e internacional. El 14^o Congreso tuvo lugar en Kioto el pasado marzo.

Le quatorzième Congrès des Nations unies sur la prévention du crime et la justice pénale a eu lieu du 7 au 12 mars 2021 à Kyoto. Reporté en 2020, puis organisé sur un format hybride - pandémie de Covid-19 oblige - il a réuni, selon les chiffres officiels, plus de 50.000 participants du monde entier. Premier congrès ayant eu lieu après l'adoption des objectifs pour le développement durable, il a eu

comme thème général « *Faire progresser la prévention de la criminalité, la justice pénale et l'État de droit : vers la réalisation du programme 2030* ». Le principal résultat du congrès a été l'adoption par acclamation de la Déclaration de Kyoto² compilant en dix-sept pages les engagements pris par les gouvernements sur un ensemble de sujets en matière de prévention du crime, de justice pénale, d'État de droit et de coopération internationale, dans le contexte de la pandémie, notamment.

Sous l'impulsion de l'UIA-IROL, l'UIA a activement participé au Congrès et coorganisé, et/ou sponsorisé différentes réunions auxiliaires. L'UIA a également contribué au symposium parallèle organisé par la Fédération des barreaux japonais (JFBA) qui s'est tenu le lendemain du Congrès.³

Le Congrès des Nations unies sur la prévention du crime et la justice pénale est le rassemblement le plus important et le plus diversifié du monde qui convoque, tous les cinq ans sous les auspices de l'Assemblée générale des Nations unies (AG), des responsables des États et des organisations intergouvernementales, ainsi que des représentants du monde universitaire, des organisations non gouvernementales et d'autres experts, pour discuter de manière approfondie sur de sujets relatifs à la politique pénale.

Célébré depuis 1955, le Congrès est la plus ancienne des conférences thématiques organisées dans le cadre de l'ONU. Il est donc une plateforme pour que des décideurs politiques, praticiens et experts échangeant et confrontent leurs vues et expériences notamment sur le développement et l'évaluation des politiques en matière de prévention du crime et justice pénale et étudient les défis, enjeux et nouvelles tendances dans ce domaine d'expertise, en promouvant la coopération internationale.

À partir d'un thème général⁴, les points à l'ordre du jour de chaque Congrès sont examinés en séances plénières et

1. Principales références bibliographiques :

Joutsen, Matti, « *The Evolution of the United Nations Congresses on Crime Prevention and Criminal Justice* », The Thailand Institute of Justice (TIJ), 2019. Laborde, Jean-Paul, « *Chronique des Nations Unies* », ERES, Revue internationale de droit pénal 2006/1 - Vol. 77, pages 353 à 369, disponible sur <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2006-1-page-353.htm> Tennant, Ian, « *The road to Kyoto. The evolving influence of the UN Crime Congress* », The Global Initiative Against Transnational Organized Crime, Septembre 2019.

2. Toute la documentation relative au Quatorzième Congrès des Nations unies pour la prévention du crime et la justice pénale est disponible sur <https://www.unodc.org/unodc/en/crimecongress/documents.html>

3. Pour plus d'informations sur les activités de l'UIA à l'occasion du Quatorzième Congrès voir <https://www.uianet.org/en/news/uia-14th-un-crime-congress-united-nations-congress-crime-prevention-and-criminal-justice-march>

4. Pour en savoir plus, voir notamment A/CONF.203/15 (2005), « Cinquante années de congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale : réalisations passées et perspectives d'avenir », Rapport du Secrétaire général du Congrès

au sein de commissions. Sont également prévus un segment de haut niveau, des ateliers portant sur des aspects plus pratiques, et un nombre croissant de riches réunions appelées subsidiaires ou auxiliaires – *ancillary meetings* – proposées notamment par des ONG et les différents instituts présents.

Les discussions tenues pendant le Congrès et, par conséquent, les documents et déclarations adoptés à leur occasion, reflètent l'évolution dans la compréhension de la criminalité et de la justice pénale en général au fil des ans. À titre d'exemple, les débats ont porté sur le traitement réservé aux délinquants et aux détenus mineurs, le recrutement et la formation du personnel pénitentiaire, la prévention de la délinquance juvénile, la réinsertion des détenus remis en liberté, le besoin d'assistance technique et l'importance du renforcement de la coopération internationale, la relation entre la criminalité et le développement, les nouvelles formes et dimensions de la criminalité, et notamment la criminalité transnationale organisée, le trafic des migrants, la traite de personnes, la corruption et la cybercriminalité, le rôle des victimes et l'État de droit.

Plusieurs textes de *soft-law* importants – résolutions, recommandations, déclarations et accords types – sont nés à l'issue du Congrès notamment entre 1955 et 1990. Ainsi, par exemple, le premier Congrès de Genève de 1955 adoptait l'Ensemble des règles minima pour le traitement des prisonniers, instrument de référence concernant les normes minimales applicables en matière de gestion des établissements pénitentiaires et de traitement des détenus, connu, à la suite de sa révision en 2015, comme les « Règles Nelson Mandela ». Au cinquième Congrès de Genève de 1975, la Déclaration pour la protection des personnes contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants posera les bases pour le travail de la Commission des droits de l'homme pour la rédaction de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984. Parmi d'autres nombreux textes adoptés se trouvent notamment l'Ensemble de règles minima concernant l'administration de la justice pour mineurs, la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir et les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature - tous issus du septième Congrès de Milan de 1980 – ainsi que les Principes directeurs la prévention de la délinquance juvénile, les Règles pour la protection des mineurs privés de liberté, les Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet et, bien entendu, les Principes de base relatifs au rôle du barreau – « le cadre normatif international le plus approfondi visant à garantir le droit d'accès à l'assistance d'un défenseur et l'indépendance de la profession d'avocat » - issus du huitième Congrès de la Havane de 1990.

Si la contribution et l'influence du Congrès à l'établissement des priorités et standards de l'ONU dans sa matière d'expertise est considérable, la nature même du Congrès, son rôle et sa portée ont progressivement évolué depuis 1955.

Le Congrès a pris la relève de la pratique de conférences périodiques instituée par la Commission internationale pénale et pénitentiaire (CIPP) dissoute en 1951, organe qui abordait la thématique de la criminalité au sein de feu la Société des Nations. Appelé pendant ses premières 50 années d'existence « Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants », il a été organisé jusqu'à 1971 par un Comité consultatif spécial d'experts, en charge du suivi des décisions, puis jusqu'à 1992 par le Comité pour la prévention du crime et la lutte contre la délinquance. Il rendait alors directement compte de ses travaux à l'AG.

Son mandat est resté essentiellement le même jusqu'à la fin des années 1980 lorsque des voix se sont levées demandant la restructuration du Programme de l'ONU contre le crime. Le débat politique culmine avec l'adoption en 1991 de la résolution A/RES/46/152⁵ qui va notamment créer la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale (CCPCJ) et définir le mandat de cette dernière en tant que principal organe directeur des Nations unies en matière de criminalité. Parmi les attributions de la CCPCJ se trouvent désormais la préparation du Congrès (elle décide sur proposition du thème, les points à aborder et les sujets des Workshops) et le suivi à donner à ses résultats. La fonction purement consultative du Congrès est clairement établie : c'est la CCPCJ qui soumettra au Conseil économique et social puis à l'AG des projets de résolutions. Dirigé plutôt par des experts jusque-là, le Congrès deviendra ainsi très lié à la CCPCJ et, à la suite de la création de l'Office de l'ONU contre la Drogue et le Crime (ONUDC) en 1997, au cercle diplomatique – et donc politique – de ce dernier. Plus tard, la résolution A/RES/56/119 de l'AG de 2002 a revu le rôle, fonctions, périodicité et durée des Congrès, et décidé d'adapter l'intitulé de ces derniers qui deviendront alors « Congrès pour la prévention du crime et la justice pénale », le premier étant le Congrès de Bangkok de 2005.

Le Congrès de Kyoto de 1970 a été le premier à être précédé de réunions régionales préparatoires et le premier également à adopter un texte final sous la forme d'une déclaration politique. Par la suite, chaque déclaration soulèvera différentes thématiques en fonction des orientations de l'ONU du moment et, comme indiqué précédemment, la nature et le mandat du Congrès. Conformément à la résolution A/RES/56/119, chaque Congrès adoptera une déclaration unique contenant les recommandations issues des délibérations des participants, aux tables rondes et aux ateliers, qui sera soumise à la CCPCJ pour examen. Les déclarations sont négociées et adoptées par consensus.

Célébré depuis 1955, le Congrès est la plus ancienne des conférences thématiques organisées dans le cadre de l'ONU.

5. Toutes les résolutions de l'Assemblée générale mentionnées sont disponibles sur <https://undocs.org/>

Dès lors les sujets sur lesquelles la communauté internationale est divisée - telles que la peine de mort - ou certaines réponses à donner aux problématiques telles que la migration ou la cybercriminalité sont vaguement abordées mais plus souvent exclues des textes finalement approuvés. La Déclaration de Doha en 2015 comme celle de Kyoto en 2021 ont été prénégociées et finalisées par les délégations gouvernementales lors des réunions préparatoires régio-

nales et de manière informelle à Vienne, et adoptées sans changement lors de la séance d'ouverture du Congrès.

Romina BOSSA ABIVEN

*Assistante Projets Droits de l'Homme et de la Profession
d'Avocat de l'UIA
Paris, France
rbossa@uianet.org*

What Are the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights?



Steven RICHMAN

The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights are standards and principles to be applied by public and private actors in relation to human rights considerations. The United Nations Human Rights Council endorsed the Guiding Principles in its resolution 17/4 of 16 June 2011. This year marks the ten-year anniversary.

They are considered "soft law" but can have broader, and legal, impact, if adopted by contract or treaty, or provide the basis for legislation. The structure is that there are three pillars - "protect, respect and remedy" - which each have their own foundational and operational principles.

The first pillar (protect) addresses the state's duty to protect human rights, with two foundational principles that set forth their duty to protect human rights within their territory through prevention, investigation, punishment and redress, and make clear the expectations for businesses operating in their territory. The operational principles address regulatory and policy functions, regulations of state-run businesses, oversight, commercial conduct, supporting businesses in these regards, ensuring policy coherence, maintain appropriate investment criteria, and incorporate such practices in their international dealings.

The second pillar (respect) addresses business responsibility to respect human rights; its foundational principles emphasize that these obligations apply regardless of size, and essentially to take responsibility for human rights with appropriate policies. The operational principles provide more specificity as to what those policies, due diligence, and conduct should entail, as well as providing for appropriate accountability and remediation.

Finally, the third pillar (remedy) requires states in its foundational principle to ensure that those affected by human rights abuses have appropriate remedies. The operational principles address state-based judicial and non-judicial mechanisms, and non-state-based grievance mechanisms, with protocols for establishing effectiveness criteria.

While non-binding in themselves, they have become part of the social and legal fabric of the business environment. For example, the California Transparency in Supply Chains Act requires reporting of qualifying entities to disclose its efforts to address slavery and human trafficking in their supply chains. By way of another example in the international sphere, the United Kingdom's Modern Slavery Act 2015 criminalizes slavery, servitude, and forced or compulsory labor as well as human trafficking, and exploitation related to the same, but also provides for reparation orders issued by the court and specifically addresses transparency in supply chains and requires qualifying commercial organizations to prepare a slavery and human trafficking statement each financial year.

Steven RICHMAN

*Deputy Editor in Chief, Juriste International
Lawyer, Clark Hill PLC
Princeton, NJ, United States
srichman@clarkhill.com*

Technology Day, in Summary:

The Legal Profession in a Digital World

➔ Dans le cadre du premier #UIAMidyear virtuel de l'UIA, s'est tenue début juin, une journée de panels virtuels organisés par LexisNexis et consacrés à l'utilisation de la technologie dans la sphère juridique : emails, visioconférences, e-courts, éléments d'intelligence artificielle. Cet article présente un compte-rendu des sessions de ce *Technology Day*, ainsi que les leçons à tirer et les principales conclusions formulées par les experts présents.

➔ En el marco del primer #UIAMidyear virtual de la UIA, se celebró a principios de junio, una jornada de paneles virtuales organizada por LexisNexis y dedicada al uso de la tecnología en el ámbito jurídico: correos electrónicos, videoconferencias, e-short, elementos de inteligencia artificial. Este artículo presenta un resumen de las sesiones de este Día de la Tecnología, así como las lecciones a extraer y las principales conclusiones formuladas por los expertos presentes.



Reis WHITE



From June 7 to 10, UIA members and other lawyers from around the world participated in the first ever UIAMidyear conference. From fascinating webinars to speed-networking events to language-based discussion forums, participants were exposed to a host of incisive insights and differing perspectives on the modern legal profession. As a part of this program, our partners at LexisNexis sponsored a successful series of three talks on the subject of law in a digital world – the Technology Day series.

The goal of this series was to allow legal experts to share their crucial input and advice on the intersection of technology and law. The Covid-19 pandemic has shone a spotlight on how important it is to harness the power of technology for the sake of efficiency and accessibility. Now more than ever, lawyers must adapt to an ever-changing technological landscape to stay well-suited for their profession. This series provided a window into experts' advice on how best to achieve that goal.

The first day of the Technology Day series saw a presentation entitled *Technology and the Legal Practitioner – Ethical Concerns & Best Practices*. This talk was conducted by: Caren Silverman, Esq., a Subject Matter Advisor based in Philadelphia at LexisNexis; and Kevin Yoegel, partner at Lewis Brisbois, also based in Philadelphia. Caren and Kevin facilitated a comprehensive discussion on technological aptitude and privacy within the legal profession. Caren kicked things off with a set of important guidances on the fundamental digital platforms that lawyers use on a daily basis (email, word, Acrobat, etc.). Kevin followed up with an elucidating explication of potential cybercrimes

and suggestions for the best data protection practices. This webinar really drove home the duty of technological competence in an increasingly digitalized profession.

The second session focused on digital marketing strategies for law firms. This discussion was conducted in French and was facilitated by Sophie Coin-Deleau, Director of Lawyer's Activity at LexisNexis Paris. The esteemed speakers of this event were: Agnès Salfray, Director of Marketing, Strategy, and Development at Allen & Overy LLP in Paris; Nicolas Mourot, Director of Strategy and Development at Lexavoué Law Firm in Paris; and Cyrille Gueniot, partner at ACD Avocats in Nancy and Paris. Conducted in a round-table style discussion, our speakers each gave their input on the state of digital marketing, especially in light of the Covid-19 pandemic. They shared their own experiences adapting to a fully digital marketing style during the pandemic, the challenges of maintaining a close relationship with clients in a remote setting, and the tough balance between short-term and long-term goals in the midst of a volatile time for us all.

The final session of Technology Day was titled *Technology-Driven Marketing Strategy: the Key to Success in a Post-Covid Market*. As part of this talk, we heard from: Nadine Leighton, Head of Marketing, EMEA and APAC at Lexis Nexis; and Roy Sexton, Director of Marketing at Clark Hill, based in Detroit, Michigan. Much like Session 2, a large part of this session's discussion centered around our speakers' personal experiences managing their company's marketing during the Covid-19 pandemic. They discussed the benefits of call-to-action marketing, their lessons learned from the past year and a half, driving new business opportunities while keeping an eye on the bottom line, and many more fascinating topics. One lesson that really

INSIDE THE UIA



resonated with us was the reminder that it is equally—and sometimes even more—important to build relationships with colleagues and peers within our profession as it is with current and future clients. These relationships can only grow into stronger bonds that will blossom in the spirit of connectivity and collectivity.

And it is that kind of relationship that we are so grateful to our partners at LexisNexis for having. We would like to thank them again for their participation in our first UIAMidyear event.

Thank you as well to all who attended these wonderful and informative webinars. If you were not able to attend the Technology Day series, you can still watch them on our Youtube channel. Stay tuned on our social media and our website www.uianet.org for updates on future events and programming to come!

Reis WHITE, UIA Communication & Membership Intern, Princeton University, Princeton, NJ, United States, stagiaire@uianet.org



29^e Forum mondial des centres de médiation : toujours au rendez-vous !

↘ The health crisis did not slow down the organization of the World Forum of Mediation Centers. Its agenda was maintained, and the Forum continues to meet every 9 months without postponement, adapting its format according to the circumstances: the science program is organized in the form of videoconference sessions.

↘ La crisis sanitaria no ha frenado la organización del Foro Mundial de Centros de Mediación. El programa de trabajo se ha mantenido, y el Foro sigue reuniéndose cada 9 meses, sin aplazamiento, adaptando su formato a las circunstancias: el programa científico se organiza en forma de sesiones de videoconferencia.



Fabienne VAN DER VLEUGEL

Le 28^e Forum de septembre 2020 qui devait prendre place en Australie n'a pas pu être organisé en présentiel et a été remplacé par 4 webinaires. Nous nous retrouverons en Australie plus tard, une fois les effets de la crise sanitaire disparus.

Le 29^e Forum de juin 2021 qui devait se tenir en Allemagne a aussi été organisé en visioconférence : En 2 jours (24 et 25 juin 2021), 4 sessions successives d'1h30 ont réuni un grand nombre de participants intéressés par le développe-



ment des méthodes alternatives de résolution des conflits, des praticiens reconnus dans leur domaine d'expertise et des conférenciers de divers pays (notamment, Allemagne, États-Unis, Australie, Dubaï). Les intervenants ont eu l'occasion, de façon posée et interactive, d'exposer un sujet d'actualité et les participants ont eu le temps de poser leurs questions en direct.

Le Forum acquiert un succès grandissant par la simplicité avec laquelle ces rencontres se font et le professionnalisme des échanges : deux caractéristiques que le Forum a toujours réussi à combiner. Le Forum constitue donc une façon

agréable de parfaire ses connaissances, de développer son réseau, et de passer, de surcroît, un bon moment.

Le Forum de juin 2021, sponsorisé par JAMS - Local Solutions. Global Reach.TM (www.jamsadr.com) et l'AMIDIF (Association des Médiateurs d'Île de France, www.amidif.com), se présentait sous de bons auspices. Le Président de l'UIA, Jorge Martí Moreno, était présent à l'ouverture.

Le programme scientifique avait été conçu en équipe, sous l'impulsion et la constance du Prof. Dr. Renate Dendorfer-Ditges et de ses associés du bureau Ditges (Allemagne) qui ont soutenu le Forum, contribuant sans nul doute à la qualité exceptionnelle des sessions qui avaient été mises en place :

- **Session 1** : «*Conflict resolution and Trade Agreements*», sujet d'actualité traité notamment par Philipp Wilhelm (Ditges) et Lorraine M. Brennan (JAMS, New York), et modéré par le Prof. Dr. Renate Dendorfer-Ditges.
- **Session 2** : «*Mediation of High profile Construction Disputes*», sujet d'importance développé par le Prof. Stefan Leuperts (Allemagne), Christopher MIERS (Dubai) et Steve Nelson (USA), tous reconnus dans cette matière, et modéré par Patricia H. Thompson (JAMS, Miami).
- **Session 3** : «*Baby boomer vs. Millennials – Mediate Multi-Generational Conflicts*», sujet original, traité par l'incontournable Ross W. Stoddard (USA), aux côtés du Prof. Dr. Renate Dendorfer-Ditges (Allemagne), de Stefano Pavlectic (Italie), de Cezary Rogula (Pologne) et de Cecily Zhu (Australie).
- **Session 4** : «*Results from the ABA Task Force Mixed Mode*», sujet de pratique, quia été développé par, notamment, Hiro N. Aragaki (JAMS, Los Angeles) et le Dr. Dorothee Rucktescheler (Allemagne).

La crise sanitaire n'a pas empêché le développement de la médiation, mais elle ne lui a pas non plus réservé un essor extraordinaire. On aurait pu, pourtant, imaginer que le confinement provoquerait une prise de conscience définitive sur la qualité des médiations organisées en visioconférence et la nécessité d'y avoir recours, au moins pour les médiations internationales. Ce n'est pas le cas. En tout cas, pas encore.

Pourtant, les instruments existent bel et bien et sont fort utiles. Ils assurent confidentialité et qualité. Déjà, en juin 2013, le Forum UIA mondial des centres de médiation, organisé en République Tchèque, avait sensibilisé les professionnels sur l'intérêt de la médiation en ligne. Au cours du Forum de septembre 2020, le premier organisé entièrement en ligne, Nathan Polito a pu exposer le fonctionnement et les avantages du système Modron, dont les caractéristiques générales avaient été dévoilées lors du Forum UIA mondial des centres de médiation organisé à Singapour en octobre 2017.

En réalité, plusieurs techniques existent pour organiser une médiation en visioconférence, que le médiateur choisit ou propose aux fins de conduire sa médiation.

Il revient en effet au médiateur de s'organiser et de s'adapter. C'est à lui qu'il incombe de se former aux nouvelles technologies et de parfaire sa pratique. S'il maî-

trise les outils de réunions à distance, il permettra aux parties médiées – et à leurs avocats respectifs – de garder confiance tout au long du processus.

Certes, les émotions diverses des parties médiées qui se dévoilent durant le processus de médiation, et qui participent à la co-construction de la solution négociée – rancœur, rage, honnêteté, franchise, timidité, audace, etc. – semblent de prime abord « passer mieux » en présentiel. Mais la médiation reste, avant tout, un processus choisi volontairement par les parties médiées pour aboutir à une solution négociée. Si elles souhaitent vraiment une solution, elles y arriveront – à distance ou en présentiel. Et ce n'est pas toujours parce qu'elles prennent la voiture, le train ou l'avion pour une réunion physique qu'elles sont plus – ou moins – axées vers la solution.

De toute évidence, aucune vérité n'est absolue et chaque médiation est particulière. Mais une chose est certaine : l'évolution des technologies modernes ne peut simplement pas être ignorée. Les circonstances extraordinaires et imprévisibles de la Covid-19 qui ont impacté le monde en 2020-2021 ont évidemment exercé un impact sur toutes les procédures judiciaires et les procédures arbitrales en cours. Elles ont aussi, inmanquablement, eu un impact sur les médiations en cours. Certains médiateurs ou certaines parties médiées ont décidé de reporter purement et simplement la continuité de la médiation jusqu'à ce que la situation s'améliore – mais il a fallu du temps pour qu'une sérénité retrouvée puisse autoriser les réunions en présentiel. D'autres médiateurs ont sensibilisé les parties médiées sur la possibilité de poursuivre, sans s'arrêter, les négociations par des réunions en ligne, en osant agir sans subir. C'est aussi cela, la médiation : agir pour apporter une solution, sans subir le litige.

Chaque médiateur – du processus qu'il gère – fixera la méthode la plus appropriée. Aucune technique n'est à imposer de façon générale.

Le médiateur gardera son autorité naturelle tout au long de la médiation qu'il organise s'il se sent lui-même confiant – en visioconférence ou en présentiel.

Le système de la médiation continue à évoluer avec le temps qui passe et c'est une bonne chose. Cette méthode alternative de résolution de conflit (« MARC ») est riche en opportunités et en créativité, grâce à sa souplesse et son adaptabilité. L'audace des médiateurs et la volonté des parties médiées de coconstruire une solution négociée avec l'aide de leurs avocats respectifs constitue un cocktail explosif efficace, qu'il se fasse en ligne ou en présentiel.

Le Forum UIA mondial des centres de médiation, tous les 9 mois, permet d'échanger de façon constructive sur tous ces points de développement de la médiation, en autorisant les personnes intéressées par cette MARC d'échanger leurs idées, et de parfaire leurs pratiques.

Les rendez-vous au Forum sont à noter dans vos agendas. Le Forum fêtera, en mars 2022, son 30^e anniversaire, et celui-là sera encore plus fantastique que les autres.

Fabienne van der VLEUGEL, Présidente du Forum UIA mondial des centres de médiation, VDV Avocats, Serris, France, fabienne@vdrvocats.com





Après un congrès 2020 entièrement virtuel, le temps est venu de nous revoir en personne et de renouer avec l'hospitalité légendaire de l'UIA !



SAVE THE DATE

UIA 2021 CONGRESS Madrid, October 28-30

#UIAMadrid

Why Madrid?

Madrid is the ideal destination for an international congress. The city is connected to 70 countries with more than 200 direct flights. It offers a comfortable and safe setting, with a nice climate and abundant artistic and natural heritage. Madrid boasts a state-of-the-art transport network, quality accommodation, excellent cuisine and the passion with which the people of Madrid enjoy both the day and the night. Together these qualities make the capital of Spain one of the most attractive cities in the world. Madrid in autumn has a special charm and it is an ever-changing city. Landmarks, museums, parks, medieval squares, stately homes, shops, restaurants, entertainment: Madrid's offerings for both culture and leisure are endless – and the options for enjoying Madrid are just as infinite!

Ce qui vous attend

- ▶ Un congrès à petite échelle conservant les éléments familiers auxquels vous êtes attaché, dans un environnement sûr pour tous.
La santé et la sécurité des participants restent notre priorité absolue.
- ▶ Des contenus juridiques qualitatifs qui vous permettront de renforcer vos connaissances dans différents domaines de pratique.
- ▶ Le retour des opportunités de networking en face à face
- ▶ Des conseils pratiques et des discussions animées par des experts du monde entier.
- ▶ Un format hybride qui permettra à la fois une participation en présentiel à Madrid et une participation virtuelle pour ceux qui ne pourront malheureusement pas nous rejoindre.
- ▶ La douceur de vivre, la culture méditerranéenne et la chaleur espagnoles.
Nous avons à cœur que la communauté UIA puisse prendre largement part à cet événement !

Useful links

- www.uianet.org
- www.riu.com/en/hotel/spain/madrid/hotel-riu-plaza-espana
- <https://riu.cld.bz/RIU-COVID19-Health-Protocol>
- www.spth.gob.es
- www.consilium.europa.eu/en/policies/coronavirus/covid-19-travel-in-the-eu
- www.covidlawlab.org



Scientific Programme

October 28

5 Language Forums

Deutsch - Español - Français - Português - العربية

4 Regional Forums

Africa - Asia - Central and Eastern European Countries - Latin America

1 Common Law Forum → *New!*

October 29

Main Theme

- Forgeries and Fakes in the World of Art and Fashion

15 Working Sessions of Commissions

- Arbitration and ADR: from a Vertical to a Horizontal Approach
- Online Hate Speech
- Our firms' practices in response to the restrictions on public and individual freedoms, and the limitations on international transactions through heightened surveillance of the risks of money laundering during a pandemic: temporary or permanent legislation?
- International Contracts in Times of Crisis
- Second Marriages and Inheritance
- Sustainability and Green Deal. Europe and United States.
- Transparency of Public Bodies during the Pandemic
- The Use of Artificial Intelligence to Provide Medical Care
- Group Litigation and Funding
- Regulators' Enforcement Procedures: The Obligation to Cooperate and the Right to Remain Silent
- The Future of Globalization: How technology and the pandemic are forever changing our health and food supply
- Bankruptcy Law: Key Issues and Challenges in a Global Economy that is Facing an Unprecedented Crisis
- The Future of Football, Projected Changes in FIFA RSTP
- Environment Law and Sustainable Development / Human Rights
- Current Corporate and Tax Trends in Post-Pandemic M&A Deals

3 Special Sessions

- International Bar Leaders' Senate / Collective Members' Forum
- Young Lawyers' Session
- UIA-IROL Session



October 30

Main Theme

- Transparency and Confidentiality: Finding the Right Balance

14 Working Sessions of Commissions

- Enforcement: New Directions in Private International Law
- From Seed to Fruit Stall: Research, Protect, Market and Enforce
- Brexit: Old Friends, New Beginnings
- Human Rights and 2030 Agenda for Sustainable Development
- International Transfers of Personal Data: Complex Legal Maneuvers
- The Enforcement of Arbitral Awards and International Public Policy in the OHADA Zone
- The Right to Counsel of Immigration Clients – Advancement or Retreat in a Post-Covid World?
- Women Entrepreneurs
- Cross-Border Labour Law and Related Distribution Law Matters
- The Law Firm of 2031
- Covid and the World of Real Estate Law: Immediate and Long-Term Changes
- Alimony. Comparative and International Law.
- The Impact of Covid-19 on Shipping-Related Contracts, Transport Risks and Insurance Policies
- Impact of the Pandemic on the Management of Law Firms and the Practice of Law

3 Special Sessions:

- Session of the Women's Committee
- The UIA-LexisNexis LegalTech Barometer – 2021 Results
- UIA-ABA Joint Session



Patrocinadores

LexisNexis • Consejo General de la Abogacía Española • Mutualidad de la Abogacía • Iberdrola • Cuatrecasas • Gómez-Acebo & Pombo • IE Law School • Ilustre Colegio de Abogados de Valencia • Acosta y Asociados • Asociación Nacional de Abogados de Empresa (ANADE) • Barra Mexicana • CMS Albiñana & Suarez de Lezo • Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona • Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México • Ius+Aequitas • Kudisch Abogados • Monereo

Meyer Abogados • Munger, Tolles & Olson LLP • Palacio y Asociados • Pérez-Llorca • Pueblita Abogados • Toda & Nel-lo • Vázquez Aldana, Hernández Gómez & Asociados • Alion Abogados • Barreau de Paris • Ernesto Díaz-Bastien & Asociados • Abreu Advogados • Conseil national des barreaux • UGGC Avocats • Uría Menéndez • International Monetary Fund • Alvarez & Marsal • Ilustre Colegio de Abogados de Madrid • Ayuntamiento de Madrid • Comunidad de



Madrid • Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Madrid

Une nouvelle recommandation dans la pratique professionnelle des avocats français

Depuis le 18 décembre 2020, les avocats français voient leur Règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN) modifié à la suite d'une décision prise à la majorité au sein du Conseil national des Barreaux français sous l'impulsion d'un groupe de travail dont le rapport a été soutenu par Me Catherine Peulvé, dans l'objectif de renforcer les MARD dans les axes de développement de la profession d'avocat en France. Désormais, « *Lorsque la loi ne l'impose pas, il est recommandé à l'avocat d'examiner avec ses clients la possibilité de résoudre leurs différends par le recours aux modes amiables ou alternatifs de règlement des différends préalablement à toute introduction d'une action en justice ou au cours de celle-ci, ou lors de la rédaction d'un acte juridique en introduisant une clause à cet effet* » (article 6.1 du RIN).

China & Africa: Partnering for Commercial & Investment Disputes Settlement

The Chinese-Africa Joint Arbitration Centre (CAJAC) has been created pursuant to the ambitious Chinese project "Belt & Road Initiative". The objective of the Centre is to roll out a neutral and accessible mechanism for settling disputes that may arise between the African and the Chinese parties. However, a few prerequisites must be met prior to enforcing this mechanism, notably the harmonization of business practices and arbitration systems, as well as the training of arbitrators on African and Chinese cultural standards.



The Implications of Law & Technology in Socio-Economic Development Policies & Strategies

The Global Forum on Law Justice and Development (GFLJD) is a World Bank Legal Vice Presidency's initiative designed to provide innovative solutions to intricate legal and development challenges which the international community is facing while pursuing Sustainable Development Goal (SDG16). Within that framework, The Law and Technology Working Group has been established to generate thought leadership and knowledge on the legal and development implications of emerging technologies such as Artificial Intelligence (AI), blockchain, 3D printing, virtual and augmented reality, Internet of Things (IoT), among others.



Onzième Réunion des ministres de la Justice (dit REMJA XI)

Les 18 et 19 mai 2021 s'est tenue virtuellement la Onzième Réunion des ministres de la Justice (dit REMJA XI), sous la présidence de l'Équateur. Le processus REMJA est le principal forum politique et technique au niveau continental sur les questions liées au renforcement et à l'accès à la justice et à la coopération juridique internationale dans les domaines de, notamment, l'entraide judiciaire en matière pénale, extradition, les politiques pénitentiaires et pénitentiaires, la cybercriminalité et les sciences médico-légales.

Cette XI^e édition a fait ressortir l'intérêt que revêt l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC) pour une administration efficace de la justice et pour la coopération juridique internationale, en particulier à des moments critiques comme ceux auxquels tous les États du continent américain et du monde ont dû faire face en raison de la pandémie de la Covid-19.

Vaccination Passport EU

The European Union (EU) is all set to issue COVID-19 passports to EU citizens, EU residents and specific categories of travelers from third countries as of July 1, 2021. All regulatory processes within the EU have been completed, and it is now up to Member States to implement use of the passports on national level. The passport has been adopted in a bid to restore the freedom of movement, which was halted abruptly and has never fully recovered since the outbreak of the pandemic in March 2020.

The passport will allow the holder to travel freely, without travel restrictions such as entry bans, quarantine obligations and testing. The passport is a one-piece document which can be issued in paper or digital format. Three types of certificates should be distinguished: the vaccination certificate confirming the holder has been fully vaccinated, the recovery certificate confirming the holder has recently recovered from the virus and is therefore (temporarily) immune and the test certificate confirming the holder has tested negative.



Union européenne : Nouveau pacte sur la migration et l'asile présenté par la Commission européenne le 23 septembre 2020

Ce nouveau pacte vise à réformer en profondeur le système européen d'asile.

Il comprend notamment une proposition de règlement établissant un filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures de l'UE ainsi qu'une proposition de règlement instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'UE.

Si ce nouveau pacte renforce certaines garanties, notamment les garanties procédurales en faveur des mineurs, la coopération en matière de sauvetage en mer et la solidarité entre Etats membres en matière de protection internationale des personnes exilées, il contient également des dispositions attentatoires aux droits fondamentaux, qui ont été dénoncées, par le CNB et le CCBE notamment. En particulier la mise en place d'une procédure de filtrage aux frontières extérieures de l'Union permettant l'enfermement prolongé des personnes exilées sans garanties procédurales adéquates ou l'extension du champ d'application de la procédure accélérée et la mise en place d'une procédure à la frontière, sans garanties suffisantes et au détriment de la procédure normale.

France : Projet de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire

À l'initiative du gouvernement français, ce projet de loi vise à modifier de nombreuses dispositions du droit français, en particulier du code de procédure pénale.

Sont notamment prévues les modifications suivantes : l'instauration d'un nouveau régime d'autorisation d'enregistrement (sonore ou audiovisuel) des audiences judiciaires et administratives en vue de leur diffusion fondée sur un motif d'intérêt public ; l'encadrement de la durée des enquêtes préliminaires à deux ans, avec la possibilité d'une prolongation d'un an ; l'ouverture de l'enquête préliminaire au contradictoire ; l'aggravation des peines en cas de violation du secret de l'instruction ; la généralisation des cours criminelles, composées d'un jury de cinq magistrats, et qui seront compétentes pour juger les crimes punis de 15 ou de 20 ans de réclusion criminelle.

Le projet de loi vise par ailleurs au renforcement de la protection du secret professionnel de l'avocat, qui couvre les correspondances de l'avocat « en toutes matières », tant dans la défense que dans le conseil à l'amélioration des garanties en matière de perquisition au cabinet ou au domicile d'un avocat. Il vise également le renforcement des garanties en matière de perquisition chez les clients et d'interceptions des communications et des réquisitions portant sur les données de connexion de la ligne téléphonique d'un avocat.

Le projet de loi, qui a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 25 mai dernier, sera examiné par le Sénat en septembre 2021.

AFTER WORK

Symbols of Justice Around the World



Par **Steven RICHMAN**, Deputy Editor, Juriste International, Lawyer, Clark Hill PLC, Princeton, NJ, United States, srichman@clarkhill.com

One of the most familiar symbols of justice is the statue of “Lady Justice,” or more formally, Justitia, holding a set of scales in one hand and a sword in the other. Her eyes are open. The scales stand for the balancing that is justice, and the sword stands for the power of enforcement of the rule of law. We recognize this iconic symbol, despite the variation of form, as the defining representation of justice.

London, England



The Old Bailey figure shows the figure in classical form, with a crown and robe, seemingly more in line with Renaissance depictions. Although we can trace the icon back to at least the Greek goddesses of Themis, who personified natural law, during the Renaissance Justice was one of the four Cardinal Virtues, along with Prudence, Fortitude and Temperance, as noted by Yale Law School Professors Judith Resnik and Dennis E. Curtis.



Frankfurt, Germany

Here is an open-eyed Justitia in Römerberg Square, Frankfurt, Germany, made in 1887 to replace the original that dated from the 17th century, in more nationalistic attire and with a more human face, striking a rather aggressive instead of neutral pose. The statute is part of a fountain.

Moscow, Russia



We do not always see the sword. The Justitia on the Supreme Court of Russia in Moscow shows a clear-eyed Justitia holding a shield, not a sword. It’s a rather different take on the notion of might makes right, and connotes law as protective rather than punitive.

Abuja, Nigeria

The recognizable symbol of Justice, with the balance of “might” and “right” is captured a bit more abstractly in the symbol on the High Court in Abuja, Nigeria. Note that this figure is blindfolded, in contrast to the other two. Yale scholars Judith Resnik and Dennis Curtis have argued that the notion of “blind justice” being equated with impartiality is a rather recent phenomenon, and that previously being blindfolded had negative connotations, to prevent Justitia from seeing the harm done by her pronouncements.



Newark, NJ, United States

In a contemporary take, filled with ambiguity, consider a bodiless *Justicia*, without the traditional arms holding sword and scales, a disembodied head, in front of the federal courthouse building in Newark, New Jersey, with a transparent blindfold and closed eyes. The figure appears androgynous. The sculpture, titled *Justice*, is modern (1991) and reportedly the artist drew inspiration from the large head of Emperor Constantine which she saw at the Capitoline Museum



in Rome. In the gray box on which the head rests, U.S. poet Mark Strand's words are found: "When justice does its public part, It educates the human heart; The erring human heart in turn must do its private part and learn."

Paris, France

The French Ministry of Justice has a webpage that explains the symbol of justice, found at <http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine-10050/les-symboles-de-la-justice-21974.html>. On the Palais de Justice in Paris, the statuary on the west façade recognizes the other Cardinal Virtues of which Justice was one. Shown here is the one titled *Le Chatiment* (Punishment), also known as *The Justice*. There is the sword and no blindfold,



but instead of scales, she holds a scroll, which may represent the rule of law. Scales are in bas relief on other parts of the west façade.

Buenos Aires, Argentina



In South America, we find a variation on the theme, where the statute of Justice has been replaced on the front façade of the Palace of Justice by a symbol of the Ten Commandments.

Singapore, Singapore



The "new" Supreme Court building in Singapore replaced the "old" one, presenting a more modern than classical look, with notions of symbols of justice in mind. As its website notes, "this building embodies the very values of our justice system — namely dignity, openness and transparency." Note, though, on the prior Supreme Court building that Justice is figured front and center on the pediment. The circular dome is subject to various interpretations, particularly when considered as a more modern response to the dome, To the extent the symbol of the circle may represent unity or perfection, it may be read as a representation of the ideal of justice.



Santiago, Chile



In Santiago, Chile, at the base of a monument to Manuel Montt and Antonio Varas that stands in front of the *Tribunales de Justicia*, we see a representative of Justice, replete with sword but instead of scales, apparently holding the written law.

Join the UIA, the global and multicultural association for the legal profession

10 REASONS TO JOIN US

Become Part of a **COMMUNITY** of Lawyers covering 110 Countries



At the UIA, you will meet lawyers from all around the world who practise in every field of law.

Create **BUSINESS** Opportunities



The UIA network enables you to create trust-based partnerships and meet potential clients.

Raise the profile of my **PRACTICE** and my **FIRM**



The UIAdvance programme increases your firm's visibility and offers it exclusive opportunities.

Develop my Professional **SKILLS**



Throughout the year, the UIA gives you the possibility of enriching your skills through webinars, seminars and conventions, which are accredited for ongoing training.

Discuss **EXPERIENCE** and Share **LEGAL TECHNIQUES**



The UIA's 43 scientific commissions give you access to the experience of colleagues from all around the world and are an opportunity to promote and share your legal techniques.

Improve my **LEGAL KNOWLEDGE**



The UIA gives you the means to improve your legal knowledge through its publications, its podcasts, its newsletters, its magazine *Juriste International*, and its online articles and reports.

Showcase my **EXPERTISE**



Write for our publications, participate in online discussion groups, showcase your expertise in the members' directory, and increase your visibility.

Provide or Obtain **CAREER ASSISTANCE**



The *UIMentoring* programme enables you to mentor or be mentored by a colleague as part of your career development.

Defend the Legal Profession and the **RULE OF LAW**



Support the actions of UIA-IROL, which advocates defence of the defence, and of the fundamental principles of the profession and the rule of law.

Be Represented at **INTERGOVERNMENTAL FORUMS**



The UIA's links with international bodies (UN, Council of Europe) are a genuine opportunity for your voice to be heard on the international legal scene.

OUR CORE VALUES?

Respect and interest for all forms of diversity

- Diversity of culture (110 countries represented, 3 working languages)
- Diversity of legal systems (civil law and common law)
- Diversity of forms of professional practice (all sizes of firm, from individual lawyers to major international firms)

WHAT MAKES US DIFFERENT?

- We are open-minded, personal and welcoming
- Our activities are useful, meaningful and tailored to your interest
- Our members are more than just fellow lawyers, we are friends

Would you like to join us?

MIAC is a leading institution in the administration of international arbitrations and mediations through excellence, service vocation and sustainability.



madridarb.com

De las Huertas, 13
28012 Madrid (Spain)
+34 91 538 35 59
info@madridarb.com

MIAC is an international institution powered by the unification of Spain's largest arbitral institutions: the Madrid Court of Arbitration, the Civil and Commercial Court of Arbitration and the Spanish Court of Arbitration, which have built over the past 30 years robust expertise in handling arbitrations and mediation proceedings.

The Center administers proceedings in Spanish, Portuguese, English and French, and ensures that its services are delivered with independence, impartiality, transparency, efficiency and professionalism.



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

www.uanet.org



28-30 OCTOBER 2021

#UIMadrid

SAVE THE DATE

UIA 2021 CONGRESS



OCTOBER 28-30, 2021

MADRID, SPAIN