

# JURISTE

I N T E R N A T I O N A L  
U N I O N I N T E R N A T I O N A L E D E S A V O C A T S  
I N T E R N A T I O N A L A S S O C I A T I O N O F L A W Y E R S ■ U N I Ó N I N T E R N A C I O N A L D E A B O G A D O S



N° 2005-4



**UNION INTERNATIONALE DES AVOCATS  
INTERNATIONAL ASSOCIATION OF LAWYERS  
UNIÓN INTERNACIONAL DE ABOGADOS**



**INTERNATIONAL ARBITRATION:  
TAKING STOCK OF  
CONTEMPORARY DEVELOPMENTS**

**INCLUDING:**

**THE TRANSPOSITION OF THE UNCITRAL MODEL LAW  
SPORTS ARBITRATION  
THE LAW OF FOREIGN INVESTMENT**

**SEMINAR ORGANISED BY THE UIA INTERNATIONAL ARBITRATION  
COMMISSION WITH THE SUPPORT OF THE GREEK MINISTRY OF JUSTICE,  
THE ATHENS BAR ASSOCIATION, THE PIRAEUS BAR ASSOCIATION AND  
THE GREEK ARBITRATION ASSOCIATION**

**INFORMATION**

**UIA CENTRE  
25, RUE DU JOUR  
PARIS - FRANCE  
TEL: +33 1 44 88 55 66  
FAX: +33 1 44 88 55 77  
EMAIL: [uiacentre@uianet.org](mailto:uiacentre@uianet.org)**

**MARCH 30-31, 2006**

**ATHENS - GREECE**

# SOMMAIRE

Thème principal des illustrations : Athènes

## Editorial 2

## Actualités de l'UIA 6

Message du Rédacteur en Chef	7
Liste des Commissions et Groupes de Travail de l'UIA	13
L'UIA en 2005	14
Programme de parrainage	18
L'UIA crée la Bibliothèque Universelle sur la profession d'Avocat	21

## Droits de l'Homme et de la Défense 24

Les droits de la femme dans le nouveau code marocain de la famille entre la théorie et la pratique	26
--	----

## La Profession d'Avocat 30

## Pratique du Droit 38

La réforme du droit de la faillite en France pour la sauvegarde des entreprises	39
Le nouveau droit du travail en Italie	46
Le règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité	50

# TABLE OF CONTENTS

Main picture theme: Athens

## Editorial 2

## UIA News 6

Message from the Chief Editor	8
The UIA in Belgrade	10
The UIA in Athens	12
List of UIA Commissions and Working Groups	13
Member Ambassador Programme	19

## Human Rights and Defence of the Defence 24

The ABA Statement on Guantanamo	25
---------------------------------	----

## The Legal Profession 30

One World, One Profession: An Historic Opportunity to Unite	31
The Employed Lawyer	34

## Legal Practice 38

Overview of EU Legislation on Product Liability and Consumer Safety	43
Mediation in China	54

# INDICE

Tema principal de las ilustraciones: Atenas

## Editorial 2

## Novedades de la UIA 6

Mensaje del Redactor Jefe	9
Lista de Comisiones y Grupos de Trabajo de la UIA	13
Programa de apadrinamiento	20

## Derechos Humanos y de la Defensa 24

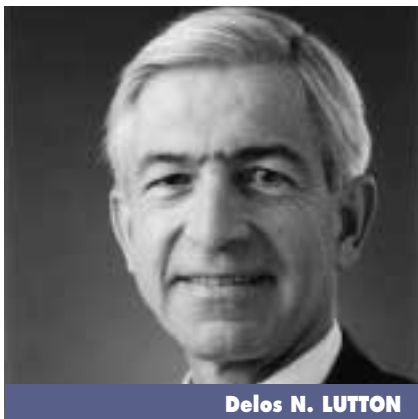
## La Abogacía 30

## Ejercicio de la Abogacía 38



# EDITORIAL

A photograph of the Parthenon in Athens, Greece. The image is dominated by a large, weathered column in the foreground on the left, showing signs of age and damage. In the background, the Parthenon temple is visible, partially obscured by a low wall. The sky is a clear, bright blue. In the lower right corner, there are green palm fronds, suggesting a tropical or subtropical setting, which contrasts with the ancient Greek architecture.



Delos N. LUTTON

# Editorial

## *Étude UIA sur les Grands Défis de la Profession*

Depuis près de 80 ans, l'Union Internationale des Avocats regroupe des avocats du monde entier et s'efforce de trouver des moyens d'améliorer les conditions d'exercice de la profession. En janvier 2006, nous entamerons un nouveau chapitre, grâce à la première réunion de notre Sénat International des Barreaux consacrée à l'Étude des Grands Défis de la Profession.

La profession d'avocat a toujours été remise en cause dans divers pays. Au cours des dernières années, néanmoins, du fait des nouvelles technologies et de la mondialisation, ces atteintes à la profession d'avocat se sont faites plus nombreuses et se sont produites de manière presque simultanée dans le monde entier. L'indépendance de notre profession est actuellement menacée sur tous les continents par des gouvernements qui tentent d'utiliser les avocats comme des sources d'informations ou comme des gardiens responsables de l'intégrité de leurs clients.

Mais c'est aussi la société - les professionnels du droit ainsi que leurs clients - qui est remise en cause comme jamais auparavant. La montée de groupes radicaux violents se fait sentir dans presque toutes les régions du monde. Les systèmes judiciaires, créés il y a plusieurs siècles, sont sollicités de manière toujours plus importante. Les catastrophes naturelles entraînent de lourdes pertes humaines lorsque la nature reprend ses droits sur la modernité. Les conflits ethniques font de nombreuses victimes et nécessitent la mise en place de procès pour crimes de guerre et d'actions en vue de les prévenir. L'e-commerce et les communications électroniques mettent à mal le pouvoir des gouvernements d'offrir aux consommateurs un environnement équitable et sûr. Les idées et les remises en cause d'idées reçues se propagent dans le monde entier à la vitesse de l'éclair.

Cet environnement est source de nouveaux défis - internationaux - pour la profession d'avocat. Notre Étude sur les Grands Défis de la Profession est conçue pour identifier et classer par ordre de priorité les principaux problèmes

auxquels est confrontée la profession d'avocat à l'heure actuelle.

Les 20 et 21 janvier 2006, les représentants des barreaux du monde entier se retrouveront à La Haye (Pays-Bas) et pourront définir un calendrier concernant l'Étude des Grands Défis de la Profession pour les années à venir. Le Sénat International des Barreaux de l'UIA réunira les représentants des barreaux, qui partageront des informations, discuteront et établiront les priorités concernant les actions individuelles et collectives devant être menées, sur des sujets dont les barreaux eux-mêmes décideront.

**Les 20 et 21 janvier 2006, les représentants des barreaux du monde entier se retrouveront à La Haye (Pays-Bas) et pourront définir un calendrier concernant l'Étude sur les Grands Défis de la Profession pour les années à venir.**

L'UIA a toujours joué un rôle prépondérant pour faciliter les échanges entre les barreaux, et le Briefing à La Haye destiné au Sénat et aux Membres Collectifs constitue une autre grande première: il se tiendra au siège du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie et permettra d'étudier de l'intérieur le fonctionnement de ce tribunal, ainsi que le fonctionnement de la Cour Pénale Internationale. À cette occasion, on tentera également de définir le rôle d'une organisation des barreaux pour répondre au besoin de services juridiques *pro bono* au niveau international, ainsi que d'autres services juridiques.

Enfin, le contenu de l'Étude des Grands Défis de la Profession sera déterminé par les avocats eux-mêmes et plus particulièrement par nos membres collectifs, qui forment l'organisation des barreaux au niveau mondial. J'invite également tous nos membres individuels à me communiquer leurs idées concernant ce projet. Plus vous serez nombreux à répondre, meilleur en sera le résultat.

Nos actions feront la différence. Il y a quelques heures, l'Assemblée des États Parties à la Cour Pénale Internationale a répondu favorablement aux pressions de l'UIA, du Barreau Pénal International et de plusieurs autres ONG, et a revu le projet de Code de Conduite Professionnelle destiné aux avocats plaçant devant la CPI. Ce projet de Code constituait une menace majeure à la relation avocat-client et plaçait l'avocat dans un rôle de policier vis-à-vis de son client. Ce projet était également susceptible de confronter les avocats plaçant devant la CPI à un véritable dilemme: en se conformant à ce projet de Code très vaste, ils auraient violé le code de conduite professionnelle de leur propre barreau.

Le nouveau Code ne demande plus aux avocats de divulguer aux instances gouvernementales la teneur des conversations confidentielles qu'ils pourraient avoir avec leurs clients, et représente un avancement majeur dans le domaine de l'indépendance et de l'intégrité de l'organisation des barreaux. Il élimine le dangereux dilemme que le projet de Code avait soulevé. Ce résultat est la conséquence directe du travail de l'UIA et de ses équipes chargées des Droits de l'Homme et de la Défense de la Défense, et de plusieurs autres organisations. Ceci est un exemple de la façon dont l'UIA et ses membres collectifs peuvent influencer certaines décisions et améliorer des aspects fondamentaux de la profession d'avocat.

Poursuivons le travail.

Delos N. LUTTON  
Président de l'UIA



# Editorial

## *The UIA Global Challenges Project*

For almost 80 years, the UIA International Association of Lawyers has been bringing together lawyers from around the world to find ways to improve the profession. In January 2006, we start a new chapter in our work, with the first of several meetings of our International Bar Leaders Senate devoted to the UIA Global Challenges Project.

Throughout the history of lawyering, there have always been challenges to the profession in one country or another. In recent years, however, modern technology and a globalizing world have permitted these challenges to occur, not just with increasing frequency, but virtually simultaneously in societies around the world. Today on all continents we see threats to our independence as governments seek to use lawyers as sources of information or as gatekeepers responsible for the integrity of their clients.

But society - collectively the client of the legal profession - is also being challenged in unprecedented ways. The rise of radical violent groups has been felt in almost every society. Increasing demands are made on court systems originally constructed hundreds of years ago. Natural disasters take a massive toll when nature overpowers a veneer of modernity. Ethnic conflicts engender horrifying casualties and the need to prosecute and prevent war crimes. Electronic commerce and communication challenge the power of any government to provide a fair and crime-free environment for consumers. Ideas, and challenges to received ideas, spread with lightning speed around the world.

All of this creates new challenges - global in scope - for the legal profession. Our Global Challenges Project is designed to identify and prioritize the most important issues facing the world's legal profession today.

On January 20-21, 2006, in the Hague, Netherlands, bar leaders from around the world will have an extraordinary opportunity to set the agenda for the Global Challenges Project for the coming years. The UIA's International Bar Leaders Senate will gather bar leaders to share information, debate and establish priorities for individual and collective action on issues to be selected by the bars themselves.

**On January 20-21, 2006, in the Hague, Netherlands, bar leaders from around the world will have an extraordinary opportunity to set the agenda for the Global Challenges Project for the coming years.**

The UIA has always been a leader in facilitating exchanges between bars, and the Hague Senate and Collective Member Briefing is another first: it will meet at the headquarters of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and provide a special insider's look into the actual operation of that court and the expected operation of the International Criminal Court. Further, it will take the first steps toward defining the role of the organized bar in responding to the global need for pro bono and other alternative legal services.

Ultimately, the content of the Global Challenges Project will be determined by lawyers themselves, in particular our collective members, the world's organized

bar. I also invite all of our individual members to write to me with your ideas for the Global Challenges Project. The more of you who participate, the better the outcome will be.

What we do will make a difference. Just hours before this writing, the Assembly of States Parties for the International Criminal Court responded positively to pressure from the UIA, the International Criminal Bar and a few other dedicated NGOs, and revised the proposed Code of Conduct for lawyers practicing before the ICC. The proposed code had contained a major threat to the attorney-client privilege and had placed the lawyer in the role of policeman of his client. Not only that, but it created the possibility of lawyers before the ICC being faced with an impossible dilemma: had they complied with the overly broad draft Code, they would have violated the code of conduct of their home bar.

The revised code no longer requires lawyers to divulge confidential conversations with their clients to government authorities, and is a major step in confirming the independence and integrity of the organized bar. It eliminates the dangerous dilemma the draft code had created. This outcome is the direct result of the work of the UIA and its Human Rights and Defense of the Defense teams, along with several other cooperating organizations. It is an example of the way that the UIA and its collective members can influence outcomes and improve the profession in fundamental ways.

Let's get to work.

Delos N. LUTTON  
*President of the UIA*

# Editorial

## *Estudio UIA sobre los Grandes Desafíos de la Profesión*

Durante casi 80 años, la Unión Internacional de Abogados (UIA) ha reunido a los abogados de todo el mundo para buscar los modos de mejorar la profesión. En enero de 2006 iniciamos un nuevo capítulo de nuestro trabajo, con la primera de diversas reuniones de nuestro Senado Internacional de Dirigentes de Colegios de Abogados dedicado a los Grandes Desafíos de la Profesión.

A lo largo de la historia de la abogacía, siempre ha habido retos para la profesión en un país u otro. Pero en los últimos años, las tecnologías modernas y el mundo globalizado han permitido que estos retos se produzcan, no sólo con mayor frecuencia, sino casi simultáneamente en las sociedades de todo el mundo. Hoy en día, en todos los continentes vemos amenazas a nuestra independencia, ya que los gobiernos tratan de utilizar a los abogados como fuentes de información o vigilantes responsables de la integridad de sus clientes.

Pero la sociedad - colectivamente, los clientes de abogados - también se está viendo en peligro de diversos modos. Casi todas las sociedades han acusado un aumento de los grupos violentos radicales. Están aumentando las demandas sobre sistemas judiciales que fueron creados hace cientos de años. Las catástrofes naturales aparecen masivamente cuando la naturaleza concede demasiado poder a un halo de modernidad. Los conflictos étnicos provocan casualidades espantosas y la necesidad de perseguir o prevenir los crímenes de guerra. El comercio electrónico y la comunicación ponen en peligro el poder de cualquier gobierno de ofrecer un entorno justo y no delictivo a los consumidores. Ideas, y amenazas a las ideas recibidas, expandidas a la velocidad del rayo por todo el mundo.

Todo esto crea nuevos retos - de alcance mundial - para la abogacía. Nuestro Estudio sobre los Grandes Desafíos de la Profesión están orientados a identificar y priorizar las cuestiones más importantes a los que se enfrentan la abogacía mundial hoy por hoy.

Los días 20 y 21 de enero de 2006, en La Haya (Países Bajos), los dirigentes de colegios de abogados de todo el mundo tendrán una oportunidad extraordinaria para establecer el calendario del Estudio sobre los Grandes Desafíos de la Profesión para los próximos años. El Senado Internacional de Dirigentes de Colegios de Abogados de la UIA reunirá a los decanos de colegios de abogados para compartir información, debatir y establecer prioridades para las acciones individuales y colectivas sobre los temas que seleccionarán los propios colegios.

La UIA siempre ha encabezado la facilitación de intercambios entre colegios de abogados, y la Sesión Informativa para Miembros Colectivos y el Senado es otra primicia: se reunirá en la sede del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, y ofrecerá una visión especial en profundidad del funcionamiento real de dicho tribunal y el funcionamiento que se espera de la Corte Penal Internacional. Además, dará los primeros pasos en la definición del papel del colegio de abogados organizado para responder a la necesidad global de servicios jurídicos gratuitos y otras alternativas.

En última instancia, el contenido del Estudio sobre los Grandes Desafíos de la Profesión será definido por los propios abogados, en especial por nuestros miembros colectivos, el colegio de abogados organizado del mundo. Invito también a todos nuestros miembros individuales a que me hagan llegar por escrito sus ideas para los Grandes Desafíos de la Profesión. Cuantos más de ustedes participen, mejor será el resultado.

Lo que hagamos será importante. Apenas unas horas antes de redactar este escrito, la Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional respondió positivamente a la presión de la UIA, el Colegio de Abogados Penal Internacional y unas cuantas ONG dedicadas más, y revisó el Código de Conducta propuesto para los abogados que


**Los días 20 y 21 de enero de 2006, en La Haya (Países Bajos), los dirigentes de colegios de abogados de todo el mundo tendrán una oportunidad extraordinaria para establecer el calendario del Estudio sobre los Grandes Desafíos de la Profesión para los próximos años.**

ejercen ante la CCI. El código propuesto contenía una amenaza importante al secreto abogado - cliente y situaba al abogado en una función de policía de su cliente. Es más, hacía que los abogados que ejercen ante la CCI se viesen enfrentados a un dilema imposible: si hubieran cumplido este Código provisional demasiado amplio, habrían violado el código deontológico de su propio colegio de abogados.

El código revisado ya no exige que los abogados divulguen las conversaciones confidenciales con sus clientes a las autoridades gubernamentales, y es un paso importante para reafirmar la independencia e integridad del colegio de abogados organizado. Elimina el peligroso dilema que había generado el código provisional. Éste es el resultado directo del trabajo de la UIA y sus equipos de Derechos Humanos y Defensa de la Defensa, junto con diversas otras organizaciones colaboradoras. Se trata de un ejemplo de cómo la UIA y sus miembros colectivos pueden influir en las decisiones y mejorar la profesión de un modo fundamental.

Pongamos manos a la obra.

Delos N. LUTTON  
*Presidente de la UIA*

A detailed marble sculpture of a man's torso and head, shown in profile. The man has curly hair and a headband. The sculpture is set against a dark background. The text is overlaid on the upper left portion of the image.

**ACTUALITES  
DE L'UIA  
UIA NEWS  
NOVEDADES  
DE LA UIA**





Bernard GRELON

# Message du Rédacteur en Chef

**C**e dernier numéro de l'année est, comme il est de tradition, l'occasion de dresser le bilan de l'activité de l'UIA, année riche en initiatives et qui démontre en quelques pages animées et colorées le dynamisme et l'importance de notre organisation.

C'est encore, en cette fin d'année que l'ambitieux programme de création d'une bibliothèque universelle pour les avocats, lancé par le Président Paul Nemo, a été mis en place par la signature d'une convention, avec le barreau de Turin, l'Université de Turin et la Fondation Croce, qui permettra de constituer un fonds de documentation exceptionnel et unique et qui constitue, dès à présent, un vaste programme de travail pour les années à venir.

La construction de notre organisation et de notre profession, l'élargissement de son champ d'action et de son réseau de relations internationales nécessite un développement continu et une croissance régulière. Le programme de parrainage décidé par notre association devrait contribuer ainsi à permettre la réalisation de l'objectif affiché: doubler le nombre de ses membres. Il nous appartient à tous de donner vie à ce programme.

Le développement de l'UIA passe aussi par la richesse de ses séminaires qui attestent de la curiosité scientifique et du dynamisme professionnel de nos membres. Ce dernier trimestre aura permis la tenue d'un séminaire hautement symbolique à Belgrade sur la coopération judiciaire dans les pays en transition et les éthiques professionnelles. Le début de l'année prochaine sera l'occasion de la réunion d'un important séminaire à Athènes sur les développements récents de l'arbitrage.

Le lecteur trouvera naturellement dans ce numéro l'ensemble des rubriques

habituelles. Dans celle consacrée aux **Droits de l'Homme et de la Défense** est publiée la déclaration de l'*American Bar Association* (ABA) sur Guantanamo et la dénonciation de la mise entre parenthèses des droits de la défense dans cette zone de non droit que certains responsables politiques américains voudraient constituer au nom de la défense de la démocratie. Si les Etats-Unis d'Amérique ne sont pas les seuls ni les premiers à rêver de la constitution de territoires où l'arbitraire règne en maître, comme le rappelle le président de l'ABA Michael S. Greco, ce renoncement aux valeurs essentielles de la démocratie trouve place dans un pays qui est à juste titre un modèle de démocratie et qui risque à force d'oublier les exigences éthiques qu'elle a tant contribué à défendre, d'y perdre son âme.

Mais aussi dramatiques soient les moments que nous vivons, le combat que mènent les hommes et les femmes pour le respect de tous, l'égalité et la liberté emporte aussi des succès importants. Les droits de la femme dans le nouveau code civil marocain de la famille que décrit Khadija el Alami en sont un exemple même si cette nouvelle législation pour devenir effective nécessitera sans doute de nombreux et importants efforts de vigilance et de persuasion.

Des Droits de l'Homme à la **Profession d'Avocat** le lien est manifeste. Michael S. Greco nous le rappelle dans le texte d'une intervention qu'il nous a présentée à notre Congrès de Fès cette année, expliquant les positions de l'*American Bar Association* à propos des atteintes commises à l'occasion des relations de l'avocat avec son client. Là encore, l'exemple américain ne peut malheureusement passer pour un cas isolé.

Plus technique mais source d'interrogations et sans doute aussi parfois d'inquié-

tudes, l'analyse des avocats salariés de Michael Meyenburg, Ancien Président de la Commission Droit du Travail, nous conduit à une riche réflexion sur l'évolution de notre profession.

La rubrique **Pratique du Droit** est l'occasion de deux analyses sur l'évolution du droit des procédures collectives en Europe. Hervé Chemouli commente les dispositions relatives à la « sauvegarde » nouvelle procédure, largement inspirée d'autres exemples européens et du *chapter 11* de la loi américaine, introduite par la loi française dans les nouvelles dispositions sur le redressement des entreprises en difficulté. Ellen Delzant de son côté commente le règlement européen du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Ces deux articles sont des illustrations remarquables d'une globalisation des problématiques juridiques et d'une harmonisation des droits, à travers une modélisation des systèmes normatifs.

Ces phénomènes apparaissent aussi comme déterminants, dans les études d'Alessandro Palmigiano et Angela Bongiorno sur la législation de l'Union européenne en matière de responsabilité des produits d'une part et d'autre part dans l'article de Federico Torzo sur le nouveau droit du travail en Italie, ou enfin, de manière encore plus significative, dans l'article de Judith Gibson sur la médiation en Chine.

Toute l'équipe du *Juriste* espère que ce tour du monde vous apportera en cette période de fêtes et de vœux ce que vous attendez de votre revue.

Joyeux Noël et bonne année 2006.

Bernard GRELON  
Rédacteur en Chef du *Juriste International*

# Message from the Chief Editor

**I**n keeping with tradition, this last issue of the year is an opportunity to take stock of the UIA's activities over a year teeming with initiatives, reflecting in lively and colourful pages our organisation's dynamism and significance.

It is at this year-end that the President Paul Nemo's ambitious programme for the establishment of a universal library for lawyers was initiated with the signing of an agreement with the Turin Bar, Turin University and the Croce Foundation. It will lead to the creation of an extraordinary and unique collection of documents, and already constitutes an enormous programme of work for the years to come.

The development of our organisation and our profession, and the expansion of the scope of its activities and its network of international relationships, require continuous development and regular growth. The sponsorship programme adopted by our association thus should contribute to the achievement of the objective we have set: to double our membership. It is now up to each of us to give life to this programme.

The UIA's growth will also depend on the richness of its seminars, which testify to the scientific curiosity and professional dynamism of our members. The last quarter saw the highly symbolic Belgrade seminar on legal cooperation in transitional countries and professional ethics. The New Year will begin with an important seminar in Athens on recent developments in arbitration.

Naturally, the reader will also find all the regular sections in this issue. **Human Rights and the Right to**

**Defence** includes the declaration of the American Bar Association (ABA) on Guantanamo Bay condemning the abrogation of defence rights in "non-law" zone that certain American political leaders would like to create in the name of defending democracy. While the United States of America is not the only nor even the first to dream of creating territories where arbitrariness rules, as ABA President, Michael S. Greco reminds us, this rejection of the fundamental values of democracy is occurring in a country which is quite rightly a model of democracy but which risks, by losing sight of the ethical requirements it has contributed so much to defending, the loss of its own soul.

But however dramatic may be the times in which we live, the struggle of men and women to uphold equality, freedom and respect for all, is also making considerable progress. An example is women's rights in Morocco's new Civil Code, as described by Khadija el Alami, even if this new legislation will undoubtedly require considerable vigilance and advocacy in order to become effective.

The link between Human Rights and the **Legal Profession** is obvious. Michael S. Greco reminds us as much in the text of the presentation he gave at our recent Congress in Fez, explaining the positions taken by the American Bar Association with regard to infringements upon relations between lawyers and their clients. Here too, unfortunately, the example of America cannot be seen as an isolated case.

More technical in content but also the subject of much questioning and some serious concerns, the analysis of salaried lawyers by Michael Meyenburg, former

President of the Labour Law Commission, opens up a rich debate on the evolution of our profession.

The section on **Legal Practice** presents two analyses on developments in the law of collective proceedings in Europe. Hervé Chemouli comments on the introduction into French law (through the new provisions on the recovery of failing businesses) of "safeguarding," a new procedure principally inspired by other European examples and by Chapter 11 proceedings under American law. Ellen Delsant, on the other hand, comments on the May 29, 2000 European regulations on insolvency proceedings. These two articles are remarkable illustrations of the globalisation of legal issues and of the harmonisation of laws through modelling of normative systems.

These phenomena also emerge as decisive factors in the examinations by Alessandro Palmigiano and Angela Bongiorno of European Union product liability legislation, and in Federico Torzo's article on Italy's new labour law, or even more significantly, in Judith Gibson's article on mediation in China.

The entire *Juriste* team hopes that this round-the-world trip will provide what you expect from your magazine at this time of festivities and best wishes for the New Year.

Merry Christmas and Happy New Year to all!

Bernard GRELON  
*Chief editor of Juriste International*

# Mensaje del Redactor Jefe

**C**omo de costumbre, este último número del año nos brinda la oportunidad de establecer el balance de la actividad de la UIA, año rico en iniciativas. Asimismo, este número nos muestra en algunas páginas animadas y coloreadas el dinamismo y la importancia de nuestra asociación.

Además, es en este fin de año que el ambicioso proyecto, lanzado por el Presidente Paul Nemo, de creación de una biblioteca universal para abogados, ha sido aplicado con la firma del convenio, por parte del Colegio de Abogados de Turín, la Universidad de Turín y la Fundación Croce, que permitirá la creación de un fondo de documentación excepcional y único que constituye, desde ahora, un vasto programa de trabajo durante los años venideros.

La construcción de nuestra organización, así como de nuestra profesión, la ampliación de su campo de acción y de su red de relaciones internacionales necesita un desarrollo continuo y un crecimiento regular. El programa de apadrinamiento llevado a cabo por nuestra asociación pretende, de este modo, contribuir a alcanzar el objetivo marcado: doblar el número de miembros. Todos estamos implicados para dar vida a este proyecto.

El desarrollo de la UIA pasa también por la riqueza de nuestros seminarios, quienes muestran la curiosidad científica y el dinamismo profesional de nuestros miembros. Este último trimestre habrá permitido la celebración de un seminario fuertemente simbólico en Belgrado sobre la cooperación judicial en los países en transición, así como las deontologías. El inicio del próximo año será la ocasión para organizar un importante seminario que se celebrará en Atenas sobre los recientes desarrollos del arbitraje.

En este número, nuestros lectores encontrarán todas nuestras secciones

habituales. En la sección de **Derechos Humanos y de la Defensa**, se ha publicado la declaración de la *American Bar Association* (ABA) sobre Guantánamo y sobre la denuncia de, entre paréntesis, los derechos de la defensa en esta zona sin derechos que algunos responsables políticos estadounidenses pretenden constituir en nombre de la defensa de la democracia. Si los EEUU no son los únicos ni los primeros que han soñado con la constitución de territorios donde el arbitraje es el rey, como nos lo recuerda el presidente de la ABA, Michael S. Greco, esta renuncia a los valores esenciales de la democracia encuentra su sitio en un país que es justamente modelo de democracia y que corre el riesgo, a fuerza de olvidar las exigencias éticas que tanto ha defendido, de perder su condición de ser.

A pesar del dramatismo de los momentos que estamos viviendo, el combate que llevan a cabo hombres y mujeres por el respeto de todos, la igualdad y la libertad, ha conseguido grandes éxitos. Los derechos de la mujer en el nuevo código civil marroquí de la familia, descrito por Khadija El-Alami, son un ejemplo de ello, incluso si esta nueva legislación necesitará, sin duda, numerosos e importantes ejemplos de vigilancia y persuasión para su aplicación.

De los Derechos Humanos a la **Abogacía**, la relación que existe es manifiesta. Michael S. Greco, nos lo recuerda en el texto de una intervención que nos ha presentado durante el Congreso de Fez este año, en el que explica la posición de la ABA respecto a los atentados cometidos a las relaciones entre los abogados y sus clientes. De nuevo y desgraciadamente, el ejemplo estadounidense no es un caso aislado.

Más técnica, aunque fuente de interrogaciones y, sin duda, a veces de inquietudes, el análisis de los abogados asalariados de Michael Meyenburg, ex presidente de la Comisión de Derecho

Laboral, sobre el abogado asalariado, nos conduce a una rica reflexión sobre la evolución de la abogacía.

La sección **Ejercicio de la Abogacía** nos brinda la ocasión de ofrecerles dos análisis sobre los procedimientos colectivos en Europa. Hervé Chemouli comenta las disposiciones relativas a la *savaguarda*, nuevo procedimiento ampliamente inspirado de otros ejemplos europeos y del *Chapter 11* de la ley estadounidense, introducida por la ley francesa en las nuevas disposiciones sobre las empresas en dificultades económicas. Por su parte, Ellen Delzant comenta el Reglamento europeo del 29 de mayo de 2000, relativo a los procedimientos de insolvencia. Ambos artículos son claras ilustraciones de una mundialización de las problemáticas jurídicas, así como de una armonización de los derechos, a través de una elaboración de modelos de sistemas normativos.

Estos fenómenos se muestran determinantes en los estudios de Alessandro Palmigiano y de Angela Bongiorno sobre la legislación de la Unión Europea en materia de responsabilidad sobre los productos, por una parte y, por otra, en el artículo de Federico Törzo sobre el nuevo Derecho Laboral en Italia y, por último, de forma más significativa, en el artículo de Judith Gibson sobre la mediación en China.

Todo el equipo de *Juriste International* espera que esta vuelta al mundo les aporte, en este período de fiestas y de buenos deseos, todo aquello que espera de esta revista.

Feliz Navidad y Próspero Año 2006.

Bernard GRELON  
Redactor Jefe de *Juriste International*





# The UIA in Belgrade

Mihai TANASESCU



Mihai TANASESCU

**B**elgrade, "The White Citadel", the city where the river Sava joins the river Danube on its way to the Black Sea, Danube after crossing Germany, Austria, Slovakia, Serbia and before crossing Bulgaria and Romania... A crossroad of waters, a crossroad of history, it was never very easy in the heart of the Balkans...

Belgrade, the capital of the former Yugoslavia ("The Southern Slavic Land") a country created after the First World War on the ruins of two empires...

Belgrade, a capital of the so-called "Non-aligned countries" in the early sixties of the last century...

Belgrade, the capital that has had the courage to oppose Moscow in the communist period...

Belgrade, now the capital of Serbia and Montenegro, after other waves of history have troubled the waters of Sava and of the Danube...

It is here where destiny decided to be the first Seminar organized during the Presidency of Delos N. Lutton. It is here where, in a symbolic way, an American President of a multi-cultural world lawyers association came to shake hands with colleagues from Serbia and Montenegro and from other countries that were once part of Yugoslavia...

It is Saturday, October 15, a beautiful day of autumn. The two rivers are bringing fresh cool air in the city.

We - "the UIA delegation" as our President, Delos N. Lutton, is proudly naming us- Delos N. Lutton, the UIA President, Sami Akl, UIA Regional Secretary, Rachid Ouali, A.K. Ganguli,

UIA Deputy Director of Development, Jorge Verissimo, Vice-President of the UIA Mediation and Conflict Prevention Commission and myself, Mihai Tanasescu, UIA Director of Development - are ready to leave for the Seminar. Both our hotel and the conference place - The Sava Center- are situated in the New Belgrade, an area where the architectural project that started in the sixties should have been created a sort of "La Défense" in Paris, if the political changes and the war had not stopped the constructions. Unfinished, deserted buildings covered by spontaneous vegetation, neighboring luxury hotels and conference centers...

**You may feel the emotions of the organizers, of the President of the Belgrade Bar Association, Mr. Vojislav Nedic and of his Vice-President, Mr. Branislav Glogonjac. It is the first seminar organized in Belgrade with such a large international participation after so many years...**

The "Sava Center" is, for sure, among the largest ones. It looks modern and it is like a small city, you may find inside

everything you need. I understand from the organizers that it was built for the "Non-Aligned Countries World Conference" that took place in Belgrade in 1962.

The Seminar is attended by about three to four hundred lawyers, coming from countries that once were part of Yugoslavia, but also from neighboring countries, Greece, Hungary and Romania.

The theme of the Seminar is "The Professional Ethics of Lawyers and Judicial Co-Operation between Countries in Transition".

I understand that the theme of the Seminar, referring to "countries in transition" will take more in discussion the situation from the countries that were once part of the former Yugoslavia. We have here colleagues not only from Serbia and Montenegro, but also from Bosnia and Herzegovina, Macedonia and Slovenia.

Comparing the situations from different countries that were once regions of a sole country, trying to see each country's experience, trying to learn from mistakes...

Under these circumstances, sometimes the message is not only professional; it is easy to feel the need for dialogue, the efforts to put the pieces together, to rediscover identities (how many people in Europe know, for example, that Bosnia and Herzegovina is not composed by Bosnia and Herzegovina, but by Bosnia & Herzegovina and the Republic of Srpska?).

You may feel the emotions of the organizers, of the President of the Belgrade Bar Association, Mr. Vojislav Nedic and

**Every lawyer present at the Seminar understands that the Belgrade Bar and the other bar associations in the area need the UIA as much as the UIA needs the bars from this region [...]**

of his Vice-President, Mr. Branislav Glogonjac. It is the first seminar organized in Belgrade with such a large international participation after so many years... You may also see the emotion of Judge Predrag Vasic, the Vice-President of the Union of Jurists of Serbia and Montenegro, speaking in front of his Minister of Justice, Mr. Zoran Stoikovic...

Everybody is mentioning the work of the UIA, especially through the efforts of its Regional Secretary, Mr. Sami Akl, for the success of the seminar.

The UIA President's speech refers to the UIA history, but also to the current threat, that, "as a global profession, [we are] now under attack at the most fundamental level".

The President is not referring to Multidisciplinary Practices and the Lawyers Establishing a Legal Practice Outside Their Home Country - areas in which Recommended Standards were adopted by UIA resolutions - but about perhaps the "biggest challenge of all to the integrity of the legal profession".

Today, when "governments around the world are simultaneously making various attempts to use the legal profession as a source of information about various crimes..." it is our mission to fight for keeping the balance between the legitimate act of the governments in order to investigate, punish and prevent criminal act of all kinds and the need of the civilized society "for an independent legal profession, to whom all may come for advice without fear of disclosure of their confidences..."

Speeches are presented also, among others, by Mr. Sami Akl, by Milena Bogdanovic, Member of the Board of the Bar Association of Belgrade, Dr. Slobodan Beljanski, Chairman of the Bar Association of Vojvodina, Judge Predrag Vasic, Djordje Djuricic, UIA National Vice - President for Serbia and Montenegro, by other UIA representatives, such as Mr. Jorge Verissimo and myself.

Every lawyer present at the Seminar understands that the Belgrade Bar and the other bar associations in the area need the UIA as much as the UIA needs the bars from this region, that there is the mutual need of help, and that, to receive it, sometimes all you have to do is ask...

Because, to use the words of President Lutton, "each of us can make a difference"... But "together, we can make all the difference".

Mihai TANASESCU  
*UIA Director of Development  
Bucharest, Romania*

# The UIA in Athens

*Philippe PINSOLLE*



**Philippe PINSOLLE**

**I**t is quite fitting that the UIA has chosen Athens as the location of the major seminar it will be holding on "International Arbitration: Taking Stock of Contemporary Developments," which will take place on March 30-31, 2006. One of the most impressive features of Greece is its ability to combine the old and the new. The whole world knows Greece as the cradle of western civilisation; its ancient texts and art are studied and admired everywhere. Yet Greece is also an extremely modern country, as those who traveled there for the 2004 Olympics have seen first-hand. Greek lawyers are involved in the forefront of developments in the law, as well as evidenced by the list of distinguished Greek attorneys who will be speaking at the seminar, in addition to attorneys from other nations. And of course, those attendees from more northern regions will surely appreciate the Mediterranean climate.

The seminar will consist of three sessions addressing a wide diversity of subjects. Speaking of the old and the new, the first session will address "The Transposition of the UNCITRAL

Model Law - Lessons from Greece and Other Jurisdictions." The Model Law of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) was issued in 1985 and has been adopted by over 50 jurisdictions. The session, which will address the history of the Model Law, its present and its future, promises to be instructive for both experts and those who are not very familiar with this subject. Klaus-Peter Berger (Germany) and Matt Gearing (the UK) will address past experience with the UNCITRAL Model Law, while Yiannis Vassardanis (Greece) will focus on the experience of Greece, which adopted the Model Law six years ago. Finally, Klaus Reichert (Ireland) will address the future of the Model Law and propose some modifications to make the Model Law more useful today.

**The seminar will consist of three sessions addressing a wide diversity of subjects.**

Turning to a subject that has often been in the news recently, the second session will focus on sports arbitration, a rapidly growing area. Zachary Douglas (Australia) and Achilleas Mavrommatis (Greece) will talk about arbitrations growing out of the 2004 Athens Olympics, while Antonio Rigozzi (Switzerland) will address the future of arbitration in sports disputes. All three speakers have direct, hands-on experience in sports arbitration, and I am confident that the attendees will find this session particularly intriguing.

Finally, on the morning of March 31, there will be an important session on "The Law of Foreign Investment," one of the most well-developed and important areas of international arbitration. Chaired by Eric Schwartz (USA/France), this discussion will feature keynote addresses by two of the most prominent attorneys in the field of foreign investment law, Konstantinos D. Kerameus and Antonias C. Dimolitsa, both of Greece. Mr. Kerameus and Ms. Dimolitsa both have experience serving as President of panels in ICSID annulment proceedings. This session will also include a talk by myself on bilateral investment treaties and a talk by Georgios Petrochilos (Greece) on the Greek BIT programme.

The UIA would like to recognize and thank the Greek Ministry of Justice, the UIA representatives in Greece, both the Athens Bar and the Piraeus Bar, and the Greek Arbitration Association for their support and assistance. The UIA is also particularly grateful to the Greek Ministry of Foreign Affairs, which has graciously allowed us to hold the seminar in its amphitheatre.

Thanks to their contributions, as well as the impressive roster of speakers, the seminar promises to be an exciting event in a very special location.

Philippe PINSOLLE  
*President,  
UIA International Arbitration Commission  
Shearman & Sterling  
Paris, France*



# Liste des Commissions et Groupes de Travail de l'UIA

## List of UIA Commissions and Working Groups

### Lista de Comisiones y Grupos de Trabajo de la UIA

2006

ACTUALITÉS DE L'UIA ■ UIA NEWS ■ NOVEDADES DE LA UIA

#### *Département Pratique Générale et Droits de l'Homme*

- Droit Administratif
- Droit de l'Art **GT**
- Avenir de l'Avocat
- Droit des Biotechnologies **GT**
- Droit et Pratique du Contentieux
- Défense de la Défense
- Droit de l'Environnement et du Développement Durable
- Droit de la Famille
- Droits Humains
- Droit Immobilier
- Droit International Privé
- Judiciaire et Magistrature **GT**
- Droit Médical
- Organisation des Cabinets d'Avocats
- Organisation Internationale du Patrimoine
- Droit Pénal
- Protection des Données Personnelles et Droits de l'Homme Numérique **GT**
- Droit de la Responsabilité
- Retraite et Prévoyance
- Droit des Sports

**GT** *Groupe de Travail*

#### *General Practice and Human Rights Department*

- Administrative Law
- Art Law **WG**
- The Future of the Lawyer
- Biotechnology Law **WG**
- Litigation
- Defence of the Defence
- Environment and Sustainable Development Law
- Family Law
- Human Rights
- Real Estate Law
- Private International Law
- Judiciary **WG**
- Health Law
- Management of Law Firms
- International Estate Planning
- Criminal Law
- Protection of Personal Data and Rights of the Digital Person **WG**
- Tort Law
- Retirement and Pensions
- Sports Law

**WG** *Working Group*

#### *Departamento de Practica General y Derechos Humanos*

- Derecho Administrativo
- Derecho del Arte **GT**
- Porvenir del Abogado
- Derecho de las Biotecnologías **GT**
- Litigación
- Defensa de la Defensa
- Derecho del Medio Ambiente y del Desarrollo Sostenible
- Derecho de Familia
- Derechos Humanos
- Derecho Inmobiliario
- Derecho Internacional Privado
- Judicial y Magistratura **GT**
- Derecho Médico
- Organización de los Bufetes de Abogados
- Derecho Internacional de Sucesiones
- Derecho Penal
- Protección de Datos Personales y Derechos de la Persona Digital **GT**
- Derecho de la Responsabilidad Civil
- Jubilación y Pensiones

**GT** *Grupo de Trabajo*

#### *Département Droit des Affaires*

- Arbitrage International
- Droit des Assurances
- Droit Bancaire
- Droit de la Concurrence
- Droit des Contrats
- Droit de la Faillite
- Droit Fiscal
- Fusions et Acquisitions
- Droit de l'Informatique et des Télécommunications
- Investissements Étrangers
- Médiation et Prévention des Conflits
- Droit de la Presse et des Médias
- Propriété Intellectuelle
- Services Financiers
- Droit des Sociétés
- Droit des Transports (Air, Terre, Mer)
- Droit du Travail
- Droit de l'Union Européenne
- Vente Internationale de Marchandises

#### *Business Law Department*

- International Arbitration
- Insurance Law
- Banking Law
- Competition Law
- Contract Law
- Bankruptcy Law
- Tax Law
- Mergers and Acquisitions
- Computer and Telecommunications Law
- Foreign Investment
- Mediation and Conflict Prevention
- Media Law
- Intellectual Property
- Financial Services
- Corporate Law
- Transports Law (Air, Sea, Land)
- Labour Law
- EU Law
- International Sale of Goods

#### *Departamento de Derecho Mercantil*

- Arbitraje Internacional
- Derecho de Seguros
- Derecho Bancario
- Derecho de la Competencia
- Derecho Contractual
- Derecho de las Insolvencias
- Derecho Fiscal
- Fusiones y Adquisiciones
- Derechos de la Informática y de las Telecomunicaciones
- Inversiones Extranjeras
- Mediación y Prevención de los Conflictos
- Derecho de la Prensa y de los Medios de Comunicación
- Propiedad Intelectual
- Servicios Financieros
- Derecho de Sociedades
- Derecho de los Transportes (Aire, Tierra, Mar)
- Derecho Laboral
- Derecho de la Unión Europea
- Venta Internacional de Mercancías

# L'UIA e

## L'UIA en chiffres

### Deux Présidents



**Paul NEMO**

2004 - 2005

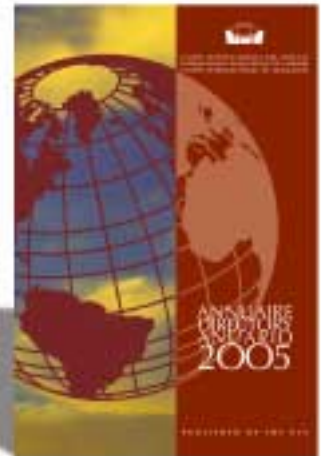


**Delos N. LUTTON**

2005 - 2006

### 285 nouveaux membres individuels

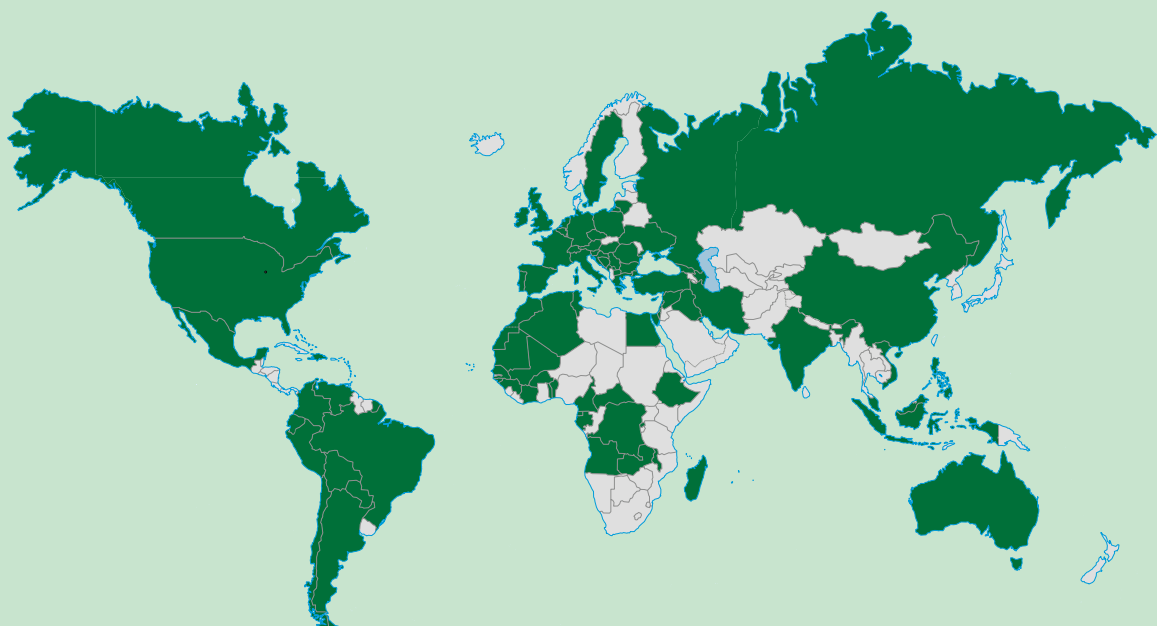
285 membres individuels ont rejoint l'UIA en 2005, soit une augmentation de 16,8%.



### 7 new collective members

Since the beginning of this year, the UIA has welcomed 7 new collective members:

- Ordine degli Avvocati di Roma, Italy
- Swedish Bar Association, Sweden
- Association des Avocats de Compagnies d'Assurances et des Praticiens du Droit de Responsabilité, France
- Federal Bar Association of Russian Federation, Russia
- Barreau de Namur, Belgium
- Ordem dos Advogados de Cabo Verde, Cap Vert
- Ordre des Avocats d'Eupen, Belgium



# n 2005

## Some figures about the UIA ■ La UIA en cifras

### 1066 participantes en el congreso de Fez

Es decir, 816 congresistas y 250 acompañantes.

#### Temas principales:

Abogados del mundo: ¿una deontología única

El mundo digital: un desafío para el derecho



### 7 Seminars

#### Bangalore, January 28-30, 2005

**Theme:** "Information Technology - Law Governance" - *More than 200 participants*

#### Nice, February 5, 2005

**Theme:** "Family Law" - *70 participants*

#### Barcelone, February 25-26, 2005

**Theme:** "The assessment and presentation of damages in personal injuries cases" - *46 participants*

#### Amsterdam, March 4-5, 2005

**Theme:** "Take part in Building the future of International Commercial Mediation" - *50 participants*

#### Munich, March 17-19, 2005

**Theme:** "How to set up and run a Foreign Subsidiary" - *147 participants*

#### Oxford, July 1-3, 2005

**Theme:** "Second English Contract Law Course" - *37 participants*

#### Belgrade, October 14-15, 2006

**Theme:** "The Professional ethics of Lawyers and judicial cooperation between countries in transition" - *300 participants*





# L'UIA e

## L'UIA en action

### Justice Pénale Internationale

#### Cour Pénale Internationale (CPI)

1 ■ L'UIA a communiqué au Greffier de la CPI ses commentaires au sujet des projets de Code de conduite pour les conseils ainsi qu'au sujet du projet de règlement du greffe.

Dernièrement elle a réitéré ses inquiétudes quant au texte du projet de code de conduite directement à l'attention de l'Assemblée des Etats Parties de la CPI qui s'est réunie du 28 novembre au 3 décembre 2003. Les observations de l'UIA portent essentiellement sur les points suivants :

- l'obligation de délation auprès du greffier qui est faite au conseil lorsqu'un client propose un partage d'honoraire (art.22). Cette obligation qui existait dans le dernier projet soumis à l'ASP impliquait une violation du secret professionnel et soumettait le conseil à des risques de sanctions disciplinaires mais aussi pénales et civiles. Cette disposition a finalement été modifiée lors de l'ASP dans un sens satisfaisant pour les organisations professionnelles.
- les dispositions relatives à l'élection et à la composition des organes disciplinaires ne réservent pas aux organisations professionnelles la place qui devrait pourtant leur revenir. L'UIA et d'autres organisations professionnelles regrettent qu'il ne soit pas fait appel à leur compétence et à leur expérience en matière disciplinaire. En outre le nombre de conseils à élire au sein du comité de discipline est insuffisant pour garantir l'indépendance requise.
- De façon générale, l'UIA s'inquiète, à l'instar d'autres organisations internationales et régionales d'avocats, des pouvoirs qui sont réservés au Greffier dans des matières relevant de la défense. Outre le fait que le Greffier n'est sans doute pas l'organe le mieux à même de traiter de questions propres à l'exercice de la défense, l'indépendance des conseils s'en trouve atteinte.

2 ■ L'UIA participe aux travaux relatifs à la définition du crime d'agression. L'article 5 du Statut de la CPI, qui énumère les crimes relevant de la compétence de la Cour, précise à son paragraphe 2, que la Cour ne sera en fait compétente à l'égard du crime d'agression que lorsqu'un avenant au Statut - sous forme d'une nouvelle convention - aura défini ce crime. Un groupe de travail au sein de l'ASP se réunit régulièrement à ce sujet et travaille sur l'adoption d'une définition. L'UIA suit activement ces réunions et fait connaître son opinion sur la question.

#### Cour africaine des droits de l'homme

L'UIA s'est inquiétée publiquement de la décision de l'Union africaine de fusionner cette cour avec la Cour africaine de justice de l'Union africaine.

Elle estime que la différence fondamentale de mandats entre les deux cours s'oppose à une telle fusion.

#### International Criminal Bar (ICB)

The UIA is a member of the International Criminal Bar. Its representative was re-elected during the Council of the last General Assembly held at The Hague on November 26 and 27, 2005. The UIA cooperates directly with the ICB, mainly on the code of conduct for counsel at the ICC.

#### International Criminal Tribunal for the Ex-Yugoslavia (ICTY)

The UIA has a consultative status at the ICTY and is actively involved in all its meetings. The ICTY met several times in 2005. The purpose of these meetings was to consult the Council concerning the tribunal's proposed modifications to the Directive regarding counsel.



#### Irak

Le Président Nemo a adressé une lettre au Premier ministre irakien, Iyad 'Allawi, suite à la création du Tribunal Spécial irakien pour manifester le désaccord de l'UIA quant au fonctionnement du Tribunal Spécial et notamment la non présence d'avocats de la défense lors des premières comparutions et la non garantie des droits fondamentaux à préserver pour assurer un procès équitable (assignation d'un interprète, droit de ne pas témoigner contre soi, intégrité, indépendance et impartialité des magistrats du parquet).

L'UIA a également considéré que la crédibilité du tribunal se trouvait gravement affectée par la possibilité de prononcer la peine de mort.

Suite à l'assassinat des avocats de deux co-accusés de Saddam Hussein au mois d'octobre 2005, le Président Delos Lutton a fait une intervention auprès du Président irakien, Jalal Talabani.

# 2005

The UIA in action ■ La UIA en acción

## Pena de Muerte

Durante el año 2005, la UIA ha intervenido cada vez que se le ha informado de una condena a muerte, concretamente cuando se trata de menores, de personas deficientes o cuando la condena se ha pronunciado tras un juicio que no presentaba las garantías de un juicio justo. Las intervenciones se han realizado en los siguientes países :

■ **China** ■ **Estados Unidos (Texas, Pennsylvania, Carolina del Norte, Ohio, Missouri, Alabama)** ■ **Irán** ■ **Uzbekistán** ■ **Palestina** ■ **Tanzania** ■ **Yemen**

Asimismo, la UIA ha participado en el día mundial contra la pena de muerte, celebrado el pasado 10 de octubre de 2005, con la firma, por parte de sus miembros, de la petición para la abolición de la pena de muerte en África.

## Défense de la Défense

En 2005, des interventions ont été réalisées dans un certain nombre de pays dans le but de défendre la profession. Généralement ces interventions concernent des avocats qui font l'objet de représailles de la part des autorités ou de groupuscules paramilitaires (dans ce cas il est reproché aux autorités d'avoir un comportement complaisant à l'égard de ces groupuscules ou de ne pas prendre les mesures de protection qui s'imposent) en raison de leurs activités de défenseurs des droits de l'homme.

■ **Algérie** ■ **Azerbaïdjan** ■ **Biélorussie** ■ **Brésil** ■ **Cameroun** ■ **Chine** ■ **Colombie** ■ **France** ■ **Géorgie** ■ **Iran** ■ **Malaisie** ■ **Mauritanie** ■ **Mongolie** ■ **Népal** ■ **Paraguay** ■ **Russie** ■ **Sénégal** ■ **Syrie** ■ **Thaïlande** ■ **Tunisie** ■ **Turquie**

## Nuevos Estatutos de la UIA

La UIA adoptó sus nuevos estatutos durante la pasada reunión de la Asamblea General, celebrada el 31 de agosto de 2005. Si lo desea, puede consultarlos en la página Web de nuestra asociación: [www.uianet.org](http://www.uianet.org).



## Charter on the Right to Health

The UIA General Assembly adopted on August 31, 2005 a Charter on the Right to Health. Reflecting upon the troubling disparities within and between states in the protection of health, the UIA felt compelled to reaffirm that the right to health is an inherent aspect of the human dignity of all. While the UIA cannot claim to have addressed every aspect of this human right, it very much hopes that the Charter sets above all a strong signal for equality and equity in the provision of health services. In particular, the UIA was driven by deep concern about the unnecessary suffering caused by inadequate national and international governance and by unconscionably weak international cooperation. The outpouring of aid in the wake of some recent disasters only serves to underline what could and should be done on a regular and structural basis. Ultimately, inaction in the face of suffering is irreconcilable with the human dignity not only of those who need help but also of those who are able to help.

## Bibliothèque Universelle du Droit

Le projet de création d'une Bibliothèque Universelle du Droit, initié par le Président NEMO a vu le jour le 25 novembre 2005 grâce à la collaboration du Barreau de Turin, de l'Université de Turin et de la Fondation Fulvio Croce. (Voir l'article en page 21 à 23 de ce magazine).



## Creation of New Commissions and Working Groups

- Creation of a new Human Rights Commission, bringing together the former Women and the Law, Children's Rights and Human Rights Commissions, chaired by Gunnar Nerdrum, Norway.
- Transformation of the Litigation Working Group into a Commission, chaired by Louis F. Burke, USA.
- Creation of the Art Law Working Group, chaired by Andrea Pizzi, Italy, and the Protection of Personal Data and Rights of the Digital Person Working Group, chaired by Alain Bensoussan, France.
- Re-establishment of the Environmental and Sustainable Development Law Commission, chaired by Carlos de Miguel Perales, Spain, and the Judiciary Working Group, chaired by Cesare Lombassa, Italy.

# Opération parrainage : nos membres sont nos meilleurs ambassadeurs

## Qu'est-ce que le programme de parrainage ?

En tant que membres actifs, nous savons que l'UIA est un formidable moyen d'élargir notre champ d'action et de développer notre réseau de relations internationales. Plus les membres de l'UIA seront nombreux, plus ces relations seront enrichissantes. C'est pourquoi notre association s'est fixée pour objectif de doubler son nombre d'adhérents, grâce à son nouveau programme de parrainage. Ce défi ne peut être relevé seul, c'est pourquoi nous faisons appel à vous pour recruter de nouveaux adhérents. Nous pensons en effet que les membres qui parrainent des confrères doivent être récompensés de leurs efforts, car ils sont les meilleurs ambassadeurs de l'UIA.

## Les principes du programme de recrutement

- En tant que membre actif de l'UIA à jour de cotisation, vous recevrez un bon nominatif non transférable équivalent à 50% de la cotisation annuelle des membres individuels que vous parrainerez (sous réserve que le formulaire de parrainage soit dûment rempli et que les cotisations des nouveaux membres ait été réglées dans leur totalité).
- Vous pouvez parrainer autant de nouveaux membres que vous le désirez, cependant, les bons reçus devront être utilisés dans les deux ans de leur date d'émission.
- Le bon ne vous sera remis qu'à réception de la cotisation du nouveau membre.
- Ce bon vous permettra d'obtenir une réduction sur votre prochaine cotisation annuelle, ou sur vos frais d'inscription aux congrès ou séminaires de l'UIA.
- Ce programme est ouvert à tout membre de l'UIA à jour de cotisation.
- Chaque candidat parrainé devra aviser le Centre UIA de l'identité de son parrain au moyen du formulaire de parrainage.
- Le Centre UIA assurera le suivi des dossiers des candidats. Pour toute question, n'hésitez pas à contacter Amanda Sequino ou l'un de ses collègues au Centre UIA.
- Le formulaire de parrainage doit être joint au formulaire d'adhésion. Les formulaires de parrainage transmis séparément ne pourront être pris en compte.
- Le candidat ne devra pas avoir déjà été membre de l'UIA au cours des deux années qui précèdent l'envoi de sa candidature.
- L'UIA se réserve le droit de mettre fin à ce programme de recrutement quand bon lui semblera. Cependant, tous les bons ayant été émis auparavant seront honorés, dans la limite de leur date de validité.



Pour de plus amples informations, n'hésitez pas à vous connecter sur notre site Internet [www.uianet.org](http://www.uianet.org) (section adhésion / parrainer un nouveau membre) ou à contacter le Centre UIA par E-mail [uiacentre@uianet.org](mailto:uiacentre@uianet.org), par téléphone : +33 1 44 88 55 66 ou par fax : +33 1 44 88 55 77.

**Votre adhésion  
à l'UIA gratuite ?  
Vos droits d'inscription au  
congrès annuel réduits ?  
Comment ?  
En parrainant de  
nouveaux membres !**



# Member Ambassador Programme

## What is the Member Ambassador Programme?

As current members, we know that the UIA is a wonderful opportunity for professional growth and international networking. The more members we have, the better we are. This is why our association has set the objective of doubling its membership, thanks to the new Member Ambassador Programme. We cannot achieve this ambitious goal without your help. Therefore, we would like to call on you to recruit new members. We think that current members who introduce new colleagues should be rewarded for their efforts, because they are the best ambassadors for the UIA.

## Rules of the Programme

- As an existing member with dues up to date, you will receive a non-transferable coupon with a value of 50% of the year's membership fee for each individual member you introduce when your referral is acknowledged on the New Member Referral Acknowledgement Form and the new member's dues have been paid in full;
- There is no limit on the number of members you may introduce, however, all credits received must be used within two years of the coupon date;
- You will receive the coupon only when the membership fees from the prospective member have been credited into the UIA account;
- With the coupon, you will be able to obtain a discount on your future yearly membership, seminar or Congress registration fees;
- This program is open to all members who have paid up any past dues;
- The new member must indicate the name of the existing member on his or her Member Referral Acknowledgement Form;
- The UIA Centre will keep track of the new members being introduced. If you have any doubts please check with Amanda Sequino or any other member of the UIA Centre staff;
- Acknowledgement forms received after the new member's application form will not be valid. The Acknowledgement Form must accompany the Application Form;
- The new member must not have been a UIA member at any time during the two years prior to the Application Form;
- The UIA reserves the right to end this program at any time; however, all coupons validly issued before termination of the program will be honored by the UIA.



For further information, do not hesitate to visit our website [www.uianet.org](http://www.uianet.org) (Membership section / Introducing new members) or to contact the UIA Centre by e-mail: [uiacentre@uianet.org](mailto:uiacentre@uianet.org), by telephone: +33 1 44 88 55 66 or by fax: +33 1 44 88 55 77.

**A free  
UIA membership?  
Reduced congress  
registration fees?  
How?  
Through the introduction  
of new UIA members !**

# Programa de apadrinamiento: nuestros miembros son nuestros mejores embajadores

## ¿En qué **el plan de captación de nuevos miembros?**

En nuestra calidad de miembros activos, sabemos que la UIA presenta una excelente oportunidad para el crecimiento profesional y el networking internacional. Cuantos más miembros tenemos, mejores somos. Éste es el motivo que nos ha llevado a crear un nuevo programa destinado a conseguir el doble del número de miembros. Pero sin su ayuda no podemos alcanzar este ambicioso objetivo. Por lo tanto, nos gustaría poder contar con usted para captar nuevos miembros. Pensamos que los miembros que introducen a nuevos miembros deben de ser recompensados por sus esfuerzos, porque son los mejores embajadores de la UIA.

## Las reglas **del plan de captación**

- Como miembro al día en el pago de sus cuotas, recibirá un vale intransferible por valor del 50% de la cuota anual que deba pagar cada uno de los miembros individuales captados cuando éstos confirmen su recomendación en el Formulario de declaración de la recomendación de un nuevo miembro y hayan pagado su cuota íntegra;
- El número de miembros que puede introducir es ilimitado, pero todos los créditos a su favor deberán ser utilizados en el plazo de dos años posteriores a la fecha de emisión del vale;
- No recibirá el vale hasta que la cuota del nuevo miembro haya sido abonada en la cuenta de la UIA;
- Una vez que haya recibido el vale, podrá obtener un descuento en su próxima cuota anual o en los derechos de inscripción en un seminario o congreso de la UIA;
- Este programa está abierto a todos los miembros que estén al día en el pago de sus cuotas;
- Cada nuevo miembro deberá indicar el nombre del miembro que le ha introducido en el Formulario de declaración de recomendación de miembro;
- El Centro UIA guardará un registro de todos los miembros introducidos. Si tiene alguna duda, consulte a Amanda Sequino o a cualquier otro miembro del personal del Centro UIA;
- Los formularios de declaración recibidos tras el formulario de candidatura del nuevo miembro no se considerarán válidos. El formulario de declaración de recomendación deberá entregarse junto con el formulario de solicitud de adhesión;
- El nuevo miembro no podrá haber sido miembro de la UIA en ningún momento durante los dos años anteriores a la entrega del formulario de solicitud de adhesión;
- La UIA se reserva el derecho a poner fin a este programa en cualquier momento. No obstante, todos los vales emitidos correctamente antes de la extinción del programa serán satisfechos por la UIA.



Para obtener más amplias informaciones, no dude en visitar nuestro sitio Web [www.uianet.org](http://www.uianet.org) (sección adhesión / captación de nuevos miembros), o en contactar el Centro UIA por E-mail: [uiacentre@uianet.org](mailto:uiacentre@uianet.org), por teléfono: +33 1 44 88 55 66, o por fax: +33 1 44 88 55 77.

*¿Su inscripción a la UIA gratuita?  
¿Sus tasas de inscripción en el congreso anual reducidas?  
¿Cómo?  
¡Apadrinando a nuevos miembros!*

# L'UIA crée la Bibliothèque Universelle sur la profession d'avocat

Paul NEMO



Paul NEMO

**L**e 4 septembre 2004, à Genève, en prenant mes fonctions, je vous ai fait part de l'idée que j'avais de lancer la constitution d'une bibliothèque universelle sur la profession d'avocat.

Je pensais que l'Union Internationale des Avocats pourrait constituer pour la profession dans le monde entier un fonds documentaire qui permette à la fois d'analyser la situation dans tous les pays et de disposer d'un outil comparatif qui puisse servir dans les discussions internationales ou nationales sur le statut de la profession.

Comme je l'ai expliqué ensuite à Fès, le barreau de Bucarest, puis celui de La Plata se sont intéressés à ce projet et m'ont fait des propositions qui n'ont, malheureusement, pas pu être mises en œuvre.

**Le 4 septembre 2004, à Genève, en prenant mes fonctions, je vous ai fait part de l'idée que j'avais de lancer la constitution d'une bibliothèque universelle sur la profession d'avocat.**

Puis le Barreau de Turin, qui avait l'appui de l'Université de Turin et de la Fondation Croce m'a proposé une charte de coopération pour mettre en œuvre la constitution de cette bibliothèque.

Le Comité de Direction de l'UIA a approuvé les termes de la convention, dont vous lirez le texte ci-contre, que j'ai eu l'immense honneur et plaisir de signer à Turin le 25 novembre 2005.

Chacun d'entre nous doit se sentir concerné par ce projet et vous aurez à répondre aux questions qui vous seront posées par l'Université et le Barreau de Turin ainsi que par la fondation Croce en accord avec la direction de l'UIA.

Il s'agit d'un travail à l'évidence difficile et long, mais qui permettra de constituer le seul exemple au monde d'un outil de référence sur l'exercice de la profession d'avocat.

Je me réjouis que ce projet ait pu prendre corps et souhaite qu'il puisse arriver à maturité dans les meilleurs délais possibles.

**Il s'agit d'un travail à l'évidence difficile et long, mais qui permettra de constituer le seul exemple au monde d'un outil de référence sur l'exercice de la profession d'avocat.**

Soyez convaincus de l'utilité de ce projet et soyez remerciés de tout de ce que vous pourrez faire pour contribuer à sa réussite.

Paul NEMO  
*Président Sortant de l'UIA*







**Mario NAPOLI**

**A**s we face the ever-increasing globalisation of the legal profession and the fresh set of challenges such an expansion entails, access to international legal information networks has become even more vital for practitioners worldwide. This highlights the need for an instrument drawing together national regulatory frameworks (comprising relevant legislation, codes, statutes, administrative regulations, formal and informal guidelines, model codes, and so forth). Such a project is beginning to take shape, and it is with great honour that we witnessed the signature of the Convention between the UIA, the University of Turin Law Department, the Turin Bar Association, and the Croce Foundation on November 25<sup>th</sup>.

The project aims at providing a practical, hands-on guide for the international legal community. For example, it could be a valuable instrument for an attorney wishing to set up practice in or simply relocate to a foreign jurisdiction, or for international practices already offering services in host countries. It could also be of use to international organizations and institutions, or government departments and national organizations or profession associations in member countries. The collection of the necessary information will

occur via a questionnaire which covers a variety of core areas, ranging from the client-lawyer relationship, to conflicts of interests, access to the profession, regulation of international practice, liability, ethics and professional conduct and several other headings.

The work will be carried out in three stages. The first stage will involve distributing the questionnaire to a selection of UIA members. The second phase will envisage the collection of the replies and attached legal instruments, and entails additional analysis, namely complementing the information collected through the questionnaire with a normative research component. This follow-up will include a comparative study, in order to identify gaps and disparities as well as cohesive elements, and ultimately set the stage for a somewhat unified regulatory matrix. During the third stage the threads of our research will be pulled together in a final publication.

The assistance and participation of UIA members is vital at every stage, and the project's success depends on members' contributions. It is crucial that we collect texts of relevant laws, regulations or other pertinent instruments in addition to the direct replies to the questionnaire. In this regard, if you feel you can contribute to the project in relation to your country please feel free to contact us by using the project email address [uia.project@unito.it](mailto:uia.project@unito.it). Thank you all in advance for your support and contributions.

Mario NAPOLI  
*Presidente de la Fondazione Croce*

Irene BIGLINO



**Irene BIGLINO**



*Paul NEMO, Mario NAPOLI, Irene BIGLINO*



*Antonio ROSSOMANDO, Bâtonnier de Turin, Paul NEMO*







**CONVENTION**

1999  
 l'Union Internationale des Avocats, sise à Paris, Rue du Jour n. 21,  
 en la personne de son Président sortant, Maître Paul NEMO ("UIA")

27  
 l'Université de Turin, Département de Sciences Juridiques, Via B.  
 Cassinetta, 54, sise à Turin, en la personne de son Directeur sortant,  
 Leonardo LENTI ("Université de Turin")

28  
 le Conseil de l'Ordre des Avocats de Turin, sis à Turin, Corso V.  
 Emanuele II n. 118, en la personne de son Président sortant, Maître  
 Antonio ROSSOMANDO ("Ordre de Turin")

29  
 la Fondation des Avocats de Turin Felice COZZA, sis à Turin, Via E.  
 Mattei n. 1, en la personne de son Président sortant, Maître Mario  
 NAPOLI ("Fondation Cozza")

arrivés que :

- l'UIA a exprimé - à travers les déclarations manuscrites par son président Maître Paul NEMO - l'opposition de principe à la profession d'avocat dans tous les pays du monde, et de manière plus générale, dans le plus grand nombre de pays possible.
- en outre il semble opportun de procéder à la collaboration entre l'UIA et son réseau mondial de membres à la tâche et collectifs d'avis par un autre membre de droit d'une Université prestigieuse de l'Europe, afin d'élaborer et d'organiser systématiquement les données recueillies.
- le Conseil de l'Ordre des Avocats de Turin a présenté, au cours du Congrès UIA de 2001 qui a eu lieu dans cette ville, une proposition de Charte sur l'exercice de la profession d'avocat au titre de la loi.
- il paraît de ce texte l'UIA a approuvé au Congrès annuel 2002 qui a eu lieu à Sydney le Charte UIA sur l'exercice de la profession d'avocat au titre de la loi.
- le Conseil de l'Ordre des Avocats de Turin et la Fondation des Avocats de Turin Felice Cozza se sont déclarés intéressés - et ils se sont déclarés - à la réalisation de la Charte de Turin et à l'Université de Turin - à la réalisation de travaux de recherche et de diffusion.

sur ce qui est, il est convenu que :

L'UIA, l'Université de Turin, l'Ordre de Turin et la Fondation Cozza s'entendent pour réaliser un travail, aussi complet que possible, des données que leur expertise de la profession d'avocat dans le monde.  
 En plus de ce travail de collaboration, et sans en déclarer leur dépendance, les quatre parties s'entendent à ce qu'elles réalisent une commission de la réalisation de la Charte de Turin et de l'Université de Turin - à la réalisation de la Charte de Turin et de l'Université de Turin - à la réalisation de travaux de recherche et de diffusion, qui seront préparés par l'Université de Turin, aux modalités individuelles et aux modalités collectives qui seront établies d'un commun accord, ainsi que de l'activité de collaboration

des données et de leur collecte et envoi à l'Université de Turin. L'UIA s'entend pour faire le possible pour obtenir de la législation des États-Unis et/ou d'un membre individuel du statut la réponse concernant l'exercice de la profession d'avocat, en raison de la complémentarité de la réglementation américaine.

Université de Turin (Université de Turin) reconnaît ce qui est inclus dans le programme de recherche ci-dessus, soit pour la mise au point de la réglementation et de questions à adresser aux membres UIA, soit pour la classification des réponses reçues, leur collecte systématique et la rédaction d'une synthèse coordonnée.

Ordre de Turin et Fondation Cozza (Ordre de Turin et la Fondation Cozza) déléguent un financement de la recherche pour un montant de € 6000 (six mille).

1. L'UIA, outre les indications qui lui seront fournies par l'Ordre de Turin et par la Fondation Cozza pour faciliter aussi très que possible à la Coopération de San Paolo di Torino une demande de soutien à la recherche pour € 10000 (dix mille) pour faire les frais de courrier et de traduction et pour les autres dépenses.
2. Les parties conviennent de couvrir la coordination scientifique du projet au prof. Gianmaria AJANI, qui pourra transférer l'expertise de Turin à un collaborateur indiqué par l'Ordre de Turin.
3. Toutes les parties déclarent que la loi de la présente Convention est de rendre un service aux avocats du monde entier en matière à leur disposition au moment pour connaître les règles et les formes d'exercice de la profession, en vue de leur harmonisation dans le respect des principes capitaux dans la Charte de Turin. Ce but et l'objectif du service qui l'accompagne seront les références en cas de controverses ou de conflits dans l'exécution du projet, afin qu'il soient résolus rapidement.

Turin, le 25 novembre 2007

Union Internationale des Avocats  
 (Paul NEMO)

Université de Turin - Département de Sciences Juridiques  
 (Leonardo LENTI)

Conseil de l'Ordre des Avocats de Turin  
 (Antonio ROSSOMANDO)

Fondation des Avocats de Turin Felice Cozza  
 (Mario NAPOLI)



Gianmaria AJANI, Leonardo LENTI et Antonio ROSSOMANDO



Gianmaria AJANI, Leonardo LENTI, Antonio ROSSOMANDO et Paul NEMO



**DROITS DE  
L'HOMME ET DE  
LA DEFENSE  
HUMAN RIGHTS  
AND DEFENCE  
OF THE DEFENCE  
DERECHOS  
HUMANOS Y DE  
LA DEFENSA**





# The ABA Statement on Guantanamo

Michael S. GRECO



Michael S. GRECO

**T**he U.S. Senate last week adopted with no hearings and with little debate Senator Lindsey Graham's proposal to eliminate habeas corpus rights for Guantanamo detainees, denying them access to federal courts. The American

Bar Association urges the senators to reconsider and defeat that enormous change to our fundamental legal system. Throughout our nation's history, starting with the defense by lawyer, later president, John Adams of Massachusetts, of the British soldiers who fired on patriots in the Boston Massacre, it has been our commitment to basic principles of justice, even for the most unpopular among us, that has allowed us to maintain the high moral ground in the world, the most strategically important territory for us to occupy as we struggle with the enemies of freedom.

Our influence in the world is directly affected by our actions with respect to those we detain. The prisoners in Guantanamo have been held there, largely incommunicado, for four years. That fact alone offends our heritage of

due process and fairness. The writ of habeas corpus was developed precisely to prevent the prolonged detention of individuals without charge, by allowing those held to petition the federal courts. To eliminate the right of habeas corpus would be shocking to our nation.

As Senator Graham himself has stated repeatedly, in the battle against terrorism we cannot allow ourselves to become like the enemy. Adoption of his amendment would undermine the very principles that distinguish us from our enemies.

November 15, 2005

Michael S. GRECO  
*President, American Bar Association  
Chicago, United States*



# Les droits de la femme dans le nouveau code marocain de la famille entre la théorie et la pratique

Khadija EL ALAMI



Khadija EL ALAMI

**L**e sujet que j'ai à traiter a pour objet l'étude des droits dont bénéficie la femme dans le cadre de la nouvelle moudouwana qui régleme le statut personnel marocain.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il serait judicieux de donner un aperçu assez bref de l'évolution législative des textes réglemant le statut personnel marocain.

En effet, la 1<sup>re</sup> réglementation date de 1957, date qui coïncide avec la période de l'indépendance du pays. Depuis, la société marocaine a subi bien des mutations rendant la moudouwana inadaptée aux réalités sociales du pays. Une réforme a eu lieu en 1993 suite à la mobilisation de la société civile. Mais cette réforme est restée insuffisante et n'a, à aucun moment, répondu aux besoins de la société marocaine en pleine évolution.

Une grande mobilisation a eu lieu dans le but de réformer la réglementation en vigueur. Cette mobilisation a été suivie par un appui royal ce qui a facilité le passage à une législation adaptée aux réalités sociales des familles marocaines.

Sur le plan pratique, une commission a vu le jour ayant pour tâche principale la préparation d'un projet de loi qui a été soumis au roi. Le vendredi 10 octobre 2003, le roi a annoncé les grands axes du projet de la réforme lors du discours inaugural de la session parlementaire. Ce projet de réforme a été voté par le parlement après avoir fait objet de quelques amendements.

Le nouveau code de la famille, qui est entré en vigueur le 5 février 2004, constitue un événement important dans l'histoire de la législation marocaine relative à la famille. Cette nouvelle législation a été acclamée avec beaucoup d'enthousiasme que ce soit au niveau national ou international.

J'ai jugé opportun d'aborder ce sujet en deux parties :

Dans une 1<sup>re</sup> partie je vais essayer de dégager les différents droits dont bénéficie la femme dans le cadre de la nouvelle législation ce qui constitue l'aspect positif de la moudouwana et dans une 2<sup>e</sup> partie je mettrai l'accent sur les différents obstacles qui freinent la bonne application des dispositions du code de la famille.

## I- LES DIFFÉRENTS DROITS DONT BÉNÉFICIE LA FEMME DANS LE NOUVEAU CODE DE LA FAMILLE

Pendant longtemps, la femme marocaine a vécu sous la tutelle masculine et était totalement dépendante soit de son père soit de son mari. Aujourd'hui le nouveau code de la famille met la femme et l'homme sur le même pied d'égalité et leur accorde les mêmes droits.

Ainsi la réforme touche les présents points :

### I- Le principe de l'égalité entre l'homme et la femme est consacré par :

#### A- L'égalité au niveau de la responsabilité familiale.

Dans l'ancien texte, la famille était placée sous l'unique responsabilité du mari. Actuellement la responsabilité de la famille est devenue partagée entre l'homme et la femme.

Cette nouvelle disposition est une reconnaissance de la réalité actuelle des couples où la femme assume une grande responsabilité au sein de la famille.

#### B- L'égalité au niveau des droits et des devoirs des deux époux

Ainsi le mot obéissance a été totalement radié par le législateur dans le nouveau code de la famille. Désormais, les deux époux ont des droits et des devoirs réciproques. A titre d'exemple on peut citer les paragraphes 3 et 4 de l'article 51 qui prévoient que la responsabilité de la gestion des affaires du foyer et de la protection des enfants est à la charge des deux époux. Ces derniers doivent se concerter dans les décisions relatives à la gestion des affaires de la famille, des enfants et du planning familial.

#### C- Abolition de l'institution de la wilaya

Dans le cadre de l'ancienne législation, la femme même majeure ne pouvait contracter son mariage qu'avec l'accord de son tuteur légal. Aujourd'hui l'institution du wali n'existe plus et la femme marocaine qui a atteint l'âge de 18 ans a le droit de se marier sans tuteur.

Les articles 24 et 25 disposent que :  
La tutelle matrimoniale (wilaya) est un

**Pendant longtemps, la femme marocaine a vécu sous la tutelle masculine et était totalement dépendante soit de son père soit de son mari. Aujourd'hui le nouveau Code de la Famille met la femme et l'homme sur le même pied d'égalité et leur accorde les mêmes droits.**

droit de la femme. La femme majeure exerce ce droit selon son choix et son intérêt. La femme majeure peut contracter son mariage elle-même ou déléguer à cet effet son père ou l'un de ses proches. Ainsi l'abolition de l'institution de la wilaya va mettre fin aux abus des pères sur leur descendance de sexe féminin.

#### *D- L'uniformisation de l'âge du mariage*

Ainsi l'âge de mariage a été fixé pour la femme et pour l'homme à 18 ans alors que dans l'ancien texte l'homme ne pouvait se marier qu'à 18 ans et la femme à 15 ans. Toutefois, il existe des exceptions à cette règle où la femme et l'homme peuvent se marier avant 18 ans après avoir obtenu l'autorisation du juge de la famille.

#### *E- Le divorce judiciaire constitue t-il un nouveau droit pour la femme ?*

Désormais, la femme a, sous l'égide du nouveau Code de la Famille, la possibilité de demander par voie judiciaire la dissolution des liens de mariage et cela au même titre que le mari. Ainsi le mot répudiation a été totalement abandonné par la nouvelle législation et a été désormais remplacé par le mot divorce.

Le juge qui donnera acte au divorce prendra parfaitement en considération les droits de la femme et de la progéniture, le cas échéant le caractère abusif du divorce.

D'autre part, il y a lieu de mentionner qu'il existe plusieurs cas de divorce judiciaire. Les cas de divorce qui existaient avant la nouvelle législation sont les suivants: le divorce pour préjudice, le divorce pour vice rédhibitoire, le divorce pour défaut d'entretien, pour absence et pour délaissement et continence. La nouvelle législation a institué de nouveaux cas de divorce judiciaire à savoir:

- Le divorce pour manquement à l'une des conditions de l'acte de mariage.

- Le divorce consensuel, le rôle du juge sera d'homologuer les conditions du divorce.
- Le divorce pour discorde (chiquaq).

C'est une grande nouveauté apportée par la loi qui donne la possibilité à la femme de demander le divorce pour discorde, pour tout conflit qui l'oppose à son mari: il ne la respecte pas ou lorsque la vie entre les époux devient intenable. Ainsi les mots conflits ou litiges sont considérés par la nouvelle législation comme cause de divorce.

L'ancien texte ne reconnaissait pas le litige comme cause de divorce. La demande en divorce pour discorde débouche automatiquement sur une procédure de réconciliation. Si cette dernière n'aboutit pas, le juge prononcera le divorce. Ainsi, on remarque que la nouvelle législation instaure un certain équilibre dans l'octroi des droits à chacun des époux, l'homme a toujours le droit de divorcer par décision unilatérale, mais qui ne peut se faire que par voie judiciaire et la femme a la possibilité d'obtenir son divorce plus facilement.

#### *F- La gestion des biens acquis*

Le Code de la Famille institue pour le couple la possibilité de se mettre d'accord par le biais d'un acte séparé du contrat de mariage sur la gestion des biens acquis.

Dans le cas où les deux époux ne se sont pas mis d'accord sur le mode de gestion des biens acquis, il y aura lieu de faire application des règles générales de preuve sans bien sûr omettre de prendre en considération les efforts fournis par chacun des époux pour la fructification des biens de la famille.

#### *G- Réalisation de la filiation par la descendance de l'enfant des deux parties*

Dans le cadre de l'ancienne législation, la filiation d'un enfant ne pouvait s'établir que par rapport à son père. Le Code ne parlait jamais de la mère.

Désormais, l'article 142 du nouveau Code de la Famille enlève au père cette exclusivité et l'accorde également à la mère.

Après avoir traité les différents points qui consacrent le principe de l'égalité entre la femme et l'homme, il importe de mettre l'accent sur d'autres dispositions qui préservent les droits de la femme.

## **II- D'AUTRES DISPOSITIONS PRÉSERVANT LES DROITS DE LA FEMME**

### *A- Logement de la famille en instance de divorce*

Ainsi lorsque le couple en instance de divorce ne peut plus cohabiter, le juge peut loger les enfants et la mère dans sa famille ou dans la famille de l'époux en attendant la décision du tribunal.

### *B- Restitution de la compensation*

La femme peut réclamer la restitution de la contrepartie de son divorce "Khole" si elle prouve que ce dernier a été le résultat de la contrainte ou en raison d'un préjudice que lui a occasionné son mari.

### *C- La polygamie*

Le nouveau Code de la Famille a dressé de nombreux obstacles devant le mari désireux de devenir polygame. Ainsi, il ressort des articles 40 et 41 que la possibilité pour l'homme d'épouser plus d'une femme est soumise à l'autorisation préalable du juge.



**[...] Nous pensons que ce n'est qu'à travers les efforts déployés par tous : famille, école, société civile, associations, partis politiques et organismes publics, que l'édifice pourra être érigé.**

Le tribunal n'autorisera la polygamie que s'il y a réunit les conditions suivantes :

- lorsque la femme n'a pas imposé à son mari de ne pas épouser une autre femme;
- s'il n'y a aucune présomption qui porte à craindre qu'il y aura une injustice entre les deux époux;
- lorsque le mari apportera la preuve de son aisance financière.

Le tribunal va évidemment vérifier l'authenticité de la déclaration qui sera faite par le mari quant à sa situation financière. Le tribunal autorisera la polygamie par décision motivée s'il est convaincu des raisons invoquées par le mari et si les conditions d'autorisation de la polygamie telles qu'elles sont prévues par les articles 40 à 46 du Code de la Famille sont remplies.

Enfin, il y a lieu de noter que le législateur s'est attaché à préserver les droits de la femme qui persiste à refuser la polygamie et le tribunal fixe un montant correspondant à tous les droits de l'épouse et de leurs enfants que l'époux a l'obligation d'entretenir.

Le mari doit s'acquitter de la somme fixée par le tribunal dans un délai de sept jours, faute de quoi la loi va considérer que ce dernier a renoncé à sa demande de polygamie.

Dans le cas où l'épouse n'est pas d'accord sur la polygamie et ne demande pas le divorce et que le mari maintient sa demande de polygamie, le tribunal appliquera de plein droit la procédure de discorde prévue aux articles 94 à 97 du Code de la Famille.

Après avoir mis l'accent sur les différents droits dont bénéficie la femme dans le cadre du nouveau code de la famille, il y a lieu de discuter dans un second point des différents obstacles qui se hissent devant la bonne application des dispositions de la nouvelle législation. Ce qui rejoint parfaite-

ment l'intitulé de l'intervention que j'ai l'honneur et le plaisir de présenter, qui est le suivant: les droits de la femme dans le cadre du nouveau code de la famille entre la théorie et la pratique.

### **III- LES OBSTACLES QUI SE HISSENT DEVANT LA BONNE APPLICATION DES TEXTES DE LOI**

En effet, le 1<sup>er</sup> obstacle qui constitue à notre sens un frein à la parfaite application des textes du nouveau Code de la Famille se manifeste dans les conditions de travail des magistrats qui doivent être impérativement améliorées.

L'amélioration des conditions de travail doit avant tout passer par une campagne de désignation de nouveaux magistrats afin d'alléger le travail des juges qui sont en exercice. Nous pensons que dans la plupart des tribunaux marocains, il serait impératif de doubler l'effectif des magistrats ainsi que celui des greffes. Les tribunaux sont de plus en plus sollicités du fait que la loi elle-même encourage le recours à la justice.

D'autre part, nous pensons qu'il y a encore beaucoup d'efforts à faire dans le sens de la sensibilisation du citoyen marocain à ses nouveaux droits et cela reste principalement le rôle des associations.

En effet, nous pouvons bel et bien nous poser la question suivante: comment voulez-vous que des femmes ou des hommes analphabètes qui ignorent totalement leurs droits puissent les réclamer comme il se doit?

D'autre part, il est à noter qu'il existe un retard important dans le traitement des dossiers. En effet, il existe des dossiers relatifs à des demandes de pension alimentaire qui attendent plusieurs mois avant d'être jugées alors que la loi prévoit un délai maximal d'un mois.

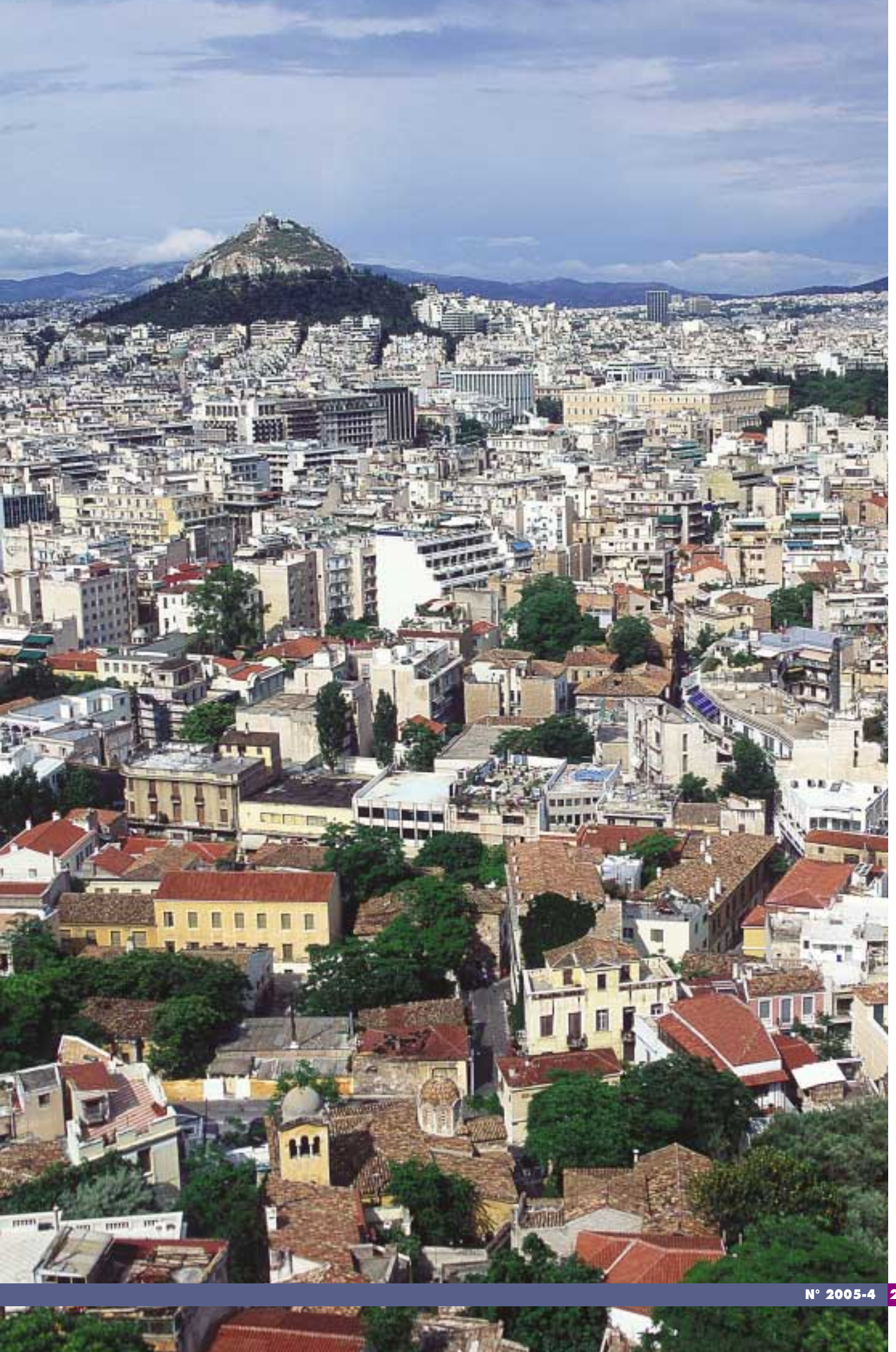
Nous constatons aussi qu'il y a les mêmes retards pour les demandes relatives aux sentences de divorce judiciaire. Ces problèmes sont aussi liés à l'engorgement dont souffrent les tribunaux de la famille. Afin de surmonter les différents obstacles et de réunir une bonne application des dispositions du nouveau code de la famille il importe de formuler les présentes propositions:

- Améliorer davantage les conditions de travail des juges et des différents auxiliaires de justice;
- Prêter main forte à toute association qui œuvre dans le but de sensibiliser le citoyen marocain et lui faire connaître ses droits;
- Désigner dans chaque tribunal une ou deux assistantes sociales qui aura pour but d'encadrer le Justiciable;
- Création d'un fonds de solidarité familiale;
- Création d'une presse spécialisée afin d'éviter la mauvaise interprétation des textes de loi.

Enfin, et sans omettre de saluer les multiples efforts fournis continuellement par le Ministère de la Justice dans le but de réussir la bonne application du nouveau code de la famille, nous pensons que ce n'est qu'à travers les efforts déployés par tous: famille, école, société civile, associations, partis politiques et organismes publics, que l'édifice pourra être érigé.

Khadija EL ALAMI  
Benchekroun / El Alami  
Fès, Maroc

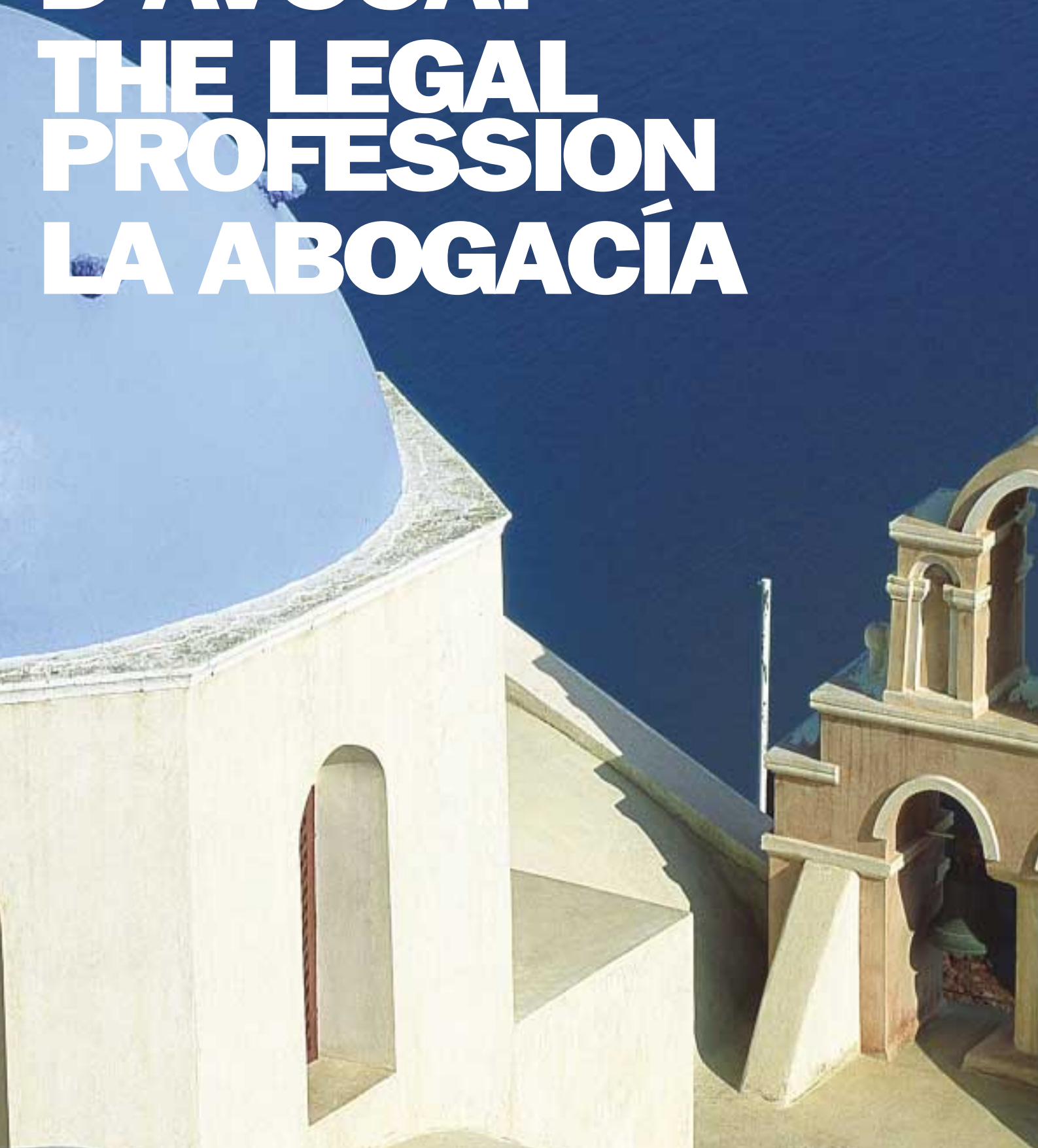






**LA PROFESSION  
D'AVOCAT**

**THE LEGAL  
PROFESSION  
LA ABOGACÍA**





# One World, One Profession: An Historic Opportunity to Unite

Michael S. GRECO



Michael S. GRECO

*This article is adapted from the oral presentation made by Michael S. Greco, President of the American Bar Association, at the UIA Congress in Fez, Morocco.*

**I**t is my great honor and pleasure to address this distinguished gathering of bar leaders from around the world.

Our world grows smaller each day, as evidenced by the rapid growth in international trade and communication that would have seemed impossible just a generation ago. The same is true for the legal profession, as lawyers and judges in all nations increasingly find themselves working with their counterparts across national and continental boundaries.

As lawyers, we all have a deep and abiding interest in promoting the rule of law and the independence and integrity of the legal profession and the judiciary. In each of our countries we face strikingly similar challenges, and we have innumerable opportunities to work together to meet our shared goals.

The American legal profession is now facing a new set of challenges to its independence. One comes in the form of

threats to the confidentiality of communications between lawyers and their clients. The attorney-client privilege, which has enabled American lawyers to advocate effectively for their clients for more than two centuries, is under direct assault from government regulators and others.

**We oppose any attempts by the government to monitor or interfere with privileged communications between lawyers and clients. We also urge that counsel in such cases have access to all information necessary to prepare a zealous and effective defense.**

While the history, traditions, laws and regulations relating to the attorney-client relationship have variations the world over, a bedrock principle is at stake: if people are unable to trust in the confidentiality of communications with their lawyers, lawyers will not be able to represent their interests effectively. It is important to remember that the attorney-client privilege in the United States exists not for the benefit of lawyers, but to protect the public interest.

The privilege is not, of course, absolute. A limited number of exceptions involving fraudulent or criminal conduct exist in

the lawyers' code of professional ethics for the protection of lawyers and society as a whole. But in nearly all cases, the privilege must be certain in order to allow for effective assistance of counsel.

One example of the growing threat to the attorney-client privilege in the United States is found in recent amendments to the U.S. Sentencing Guidelines for Organizations, which became effective on November 1, 2004. The amendments authorize and encourage the government to compel corporations and other organizations to waive the attorney-client privilege and work product protections in order to show "thorough" cooperation with the government. Demonstrating such cooperation would qualify entities for a reduction in the culpability score - and a more lenient sentence - under the guidelines. These organizational guidelines apply to a broad array of entities, including corporations, partnerships, unions, non-profit organizations, and even governments.

The American Bar Association strongly opposes these amendments and has urged the U.S. Congress to overturn them as soon as possible. Now that these amendments have become effective, we believe that corporations and other entities may be pressured into waiving the privilege on a routine basis. In fact, I have been notified by many lawyers that this indeed is happening on a fairly regular basis in the U.S. This practice cannot but chill the confidential attorney-client relationship between organizations and their lawyers. It will also undermine internal compliance programs.

The ABA has also adopted policies to protect the attorney-client relationship in instances involving defendants brought before U.S. military commissions. We oppose any attempts by the government to monitor or interfere with privileged

**As lawyers, we have a professional obligation to serve those who have great needs but little means to afford legal representation.**

communications between lawyers and clients. We also urge that counsel in such cases have access to all information necessary to prepare a zealous and effective defense.

These are not hypothetical concerns. This is not a matter of the organized bar, the corporate community, or others overreacting to a nonexistent threat. Real clients and real lawyers have been affected by erosions of the privilege. And it should be a cause of great concern to lawyers around the world, who may either represent clients with interests that may come before U.S. courts or who may be subject to attempts to erode the attorney-client privilege in their own countries.

Another threat to the attorney-client relationship in the United States has come in the form of the Sarbanes-Oxley Act of 2002, a milestone effort to improve corporate governance and ethics. The ABA applauded many aspects of Sarbanes-Oxley, but we have expressed concerns about several provisions in Section 307 of the Act that have the potential to harm the attorney-client relationship.

The ABA has been particularly concerned about two sets of rules adopted by the U.S. Securities and Exchange Commission to enforce Sarbanes-Oxley: the "up the ladder" reporting requirement, and the "noisy withdrawal" rules. The ABA commended the U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) for revising the "up the ladder" rule to require lawyers to report corporate violations to company officials, and permit, but not require, lawyers to further report to the SEC if the company fails to correct violations.

While the ABA remains supportive of the "up the ladder" rules, we strongly oppose

the SEC's so-called "noisy withdrawal" rules. Under the SEC's original "noisy withdrawal" proposals, if a corporate client fails to take appropriate remedial steps after being informed by the lawyer of illegal activity, the lawyer would be required to withdraw from representation, disaffirm any tainted documents, and notify the SEC of the withdrawal. In the ABA's view, the "noisy withdrawal" proposals, though well-intentioned, have the potential to destroy companies' trust and confidence in their lawyers. The proposals would encourage companies to avoid consulting their lawyers on close issues, or withhold necessary facts when they do consult lawyers. By reducing the ability of lawyers to counsel compliance with the law, the proposals would inadvertently hurt not just the corporate client, but the investing public as well.

The ABA has also expressed concerns about the SEC's alternate "noisy withdrawal" proposal, which still requires attorneys to withdraw if the company fails to take remedial action but does not require attorneys to directly report their withdrawal to the SEC. Such a rule would encourage lawyers to withdraw from representation prematurely rather than continuing to advise clients on difficult compliance issues - just when companies most need legal advice.

The ABA firmly believes that any effort to undermine the lawyer's role in society, to marginalize or diminish the lawyer's role as problem solver and respected counselor, or to interfere with the traditional confidential relationship between lawyer and client will harm not only the legal profession, but the people who look to the legal profession for protection and vindication of their rights and, ultimately, a democratic society.



I want to make clear that the American Bar Association is not an agency of the United States Government and that, while we fully support our government's efforts to achieve security for our country and all within it, the ABA is vigilant in monitoring the government's policies to insure that the freedoms guaranteed by the US constitution are also protected. When our government is contemplating, or has adopted, policies that have the effect of eroding those freedoms, or violating the fundamental values of due process and fairness, the ABA has spoken out firmly in opposition. The ABA's position is that lawyers have the foremost obligation in society to protect freedom, that the people look to lawyers to provide that protection, and that if we do not do it, no one else will.

Since September 2001 the ABA has adopted eight policy positions that address the manner in which the U.S. Government has dealt with terrorism-related and civil liberties issues. The ABA's first policy resolution, adopted by the ABA's 550-member House of Delegates in February 2002 at its first meeting after 9/11/01, expressed unanimous support for the U.S. Government's efforts to secure our country and our citizens against further terrorist attacks. The policy resolutions adopted thereafter by the ABA House have called upon the U.S. Government to ensure that in securing the nation we do so without voluntarily sacrificing the very freedoms for which our soldiers are giving their lives on the battlefield. To do otherwise would help the terrorists achieve their ultimate goal of destroying the rule of law.

**Any attack on freedoms in my country is an attack on freedoms in your country. And any harm to the people of your country because of the failure of the rule of law is harm to the people of my country, and to humankind.**

The policy resolutions adopted by the ABA have sought to protect the rule of law, due process and fairness, values that have defined America since the beginning of our republic. The ABA policies fall into three basic areas: the treatment, interrogation and prosecution of detained persons; governmental intrusion on the rights of those present in the United States; and the use of immigration laws to detain and remove non-citizens from the United States. Put simply, the ABA believes that a nation that insists that other nations adhere to the rule of law must first demonstrate that it adheres to the rule of law.



Another important responsibility that all lawyers around the world have is to promote the integrity and public service mission of the legal profession. If lawyers are to continue to occupy a special place in society, we must commit ourselves to helping those in need.

As you know, the United States' Gulf of Mexico Coast at this moment is being hit by one of the most destructive hurricanes in our nation's history. The people of Louisiana, Mississippi and Alabama are suffering enormous injury, loss of life, and damage to property. Entire cities and towns have been washed away by the storm surge. Eighty percent of New Orleans has flooded after its protective levees were breached. Over one million people may be left without shelter.

As I meet with you here in Fez, by telephone and email I am in the process of appointing an ABA Task Force on Hurricane Katrina, which will coordinate the legal profession's response to this unprecedented natural disaster. America's lawyers are already volunteer-

ing to provide free legal assistance to people affected by the hurricane, who will experience almost every conceivable legal need in the weeks, months, and years to come. The ABA will help to provide free legal services to all hurricane victims, to enable them to rebuild their lives, for as long as it takes.

Just weeks before Hurricane Katrina struck, upon taking office as president of the American Bar Association, I announced the formation of an ABA Commission on the Renaissance of Idealism in the Legal Profession. This commission will work to encourage and enable more lawyers to devote more time and energy to public service and pro bono legal work. As lawyers, we have a professional obligation to serve those who have great needs but little means to afford legal representation. We also have an obligation to take on cases that will advance the public interest. It is my hope that this initiative to spark a "renaissance of idealism" will help to encourage lawyers in the U.S. and throughout the world to remember why they pursued a career in the law in the first place.

I conclude with these thoughts.

When I spoke to the American Bar Association's House of Delegates upon taking office as president three weeks ago, I noted that the lawyers who have been responsible for monumental change in America during the past 230 years did not assume that someone else would bear the burden, that someone else would advance civil rights, that someone else would uphold the rule law, or that someone else would defend our freedoms. Instead, those lawyers knew that what they did not value would not be valued, that what they did not change would not be changed; and that what they did not do would remain undone.

The legal profession today throughout the world has an important, and among all professions perhaps the most important, role in advancing and protecting the rule of law and defending freedom. I believe that the bar associations of the world must communicate and collaborate with each other in this effort. We must never forget that we are one profession globally, that there are those throughout the world who are attacking the independence of our profession in an effort to diminish or marginalize our role in protecting the rule of law, and that you and I must help each other in our efforts to protect the independence of the legal profession throughout the world.

I am an American lawyer but I am your colleague, and you are my colleagues. The legal professions of the world do not exist in isolation; we are all connected by a deep commitment to equal justice under law. We are of one profession. Any attack on the independence of the legal profession in your country is an attack on the independence of the legal profession in my country. Any attack on freedoms in your country is an attack on freedoms in my country. And any harm to the people of your country because of the failure of the rule of law is harm to the people of my country, and to humankind.

We must do all in our power to help each other protect the independence of our profession and the rule of law.

Thank you for your kind attention.

Michael S. GRECO  
*President, American Bar Association  
Chicago, United States*





# The Employed Lawyer<sup>1</sup>

Michael MEYENBURG



Michael MEYENBURG

*At its meeting in Fez on the subject of employment and self-employment the Labour Law Commission spent some time looking at the position of employed lawyers. The former President of the Commission, Michael Meyenburg, highlights some of the points discussed.*

**T**he European or "continental" approach to work as a lawyer was to see it as the "rendering of independent services" as a member of a liberal profession<sup>2</sup>.

Of course, in reality there were not only sole practitioners and partnerships; there were also certain *cooperation agreements* with counsellors, "collaborators" or "substitutes" (i.e. with attorneys already enrolled in the registers of the national bar associations). Furthermore employment contracts with associates and other young lawyers as "stagiaires", holding law degrees - but not yet registered as practising lawyers - were common.

The Anglo-Saxon trend has been the creation of big "law firms" operating world-wide. This has changed attitudes on self-employed versus employed lawyers. Some jurisdictions still do not recognise the concept of "employed" lawyers<sup>3</sup>, whereas in others, lawyers employed by other lawyers or partnerships<sup>4</sup> are accepted. Indeed in some cases lawyers may be employed as "in-house counsel" and operate as self-employed lawyers at the same time.<sup>5</sup>

But there are major questions still to be answered, of which some of the most important seem to be:

- (a) how does an employment relationship affect (i.e. does it limit or negate) the professional independence of a lawyer?
- (b) in law firms what is the status of an "unpaid "stagiaire"?"
- (c) what is the status of the particular individual for social security purposes? <sup>6</sup>
- (d) how do rules of professional secrecy/client confidentiality apply? <sup>7</sup>

(e) are there particular problems in terminating the employment of a lawyer?

(f) are there limits on covenants against competition, during and/or after the relationship ends?

(g) does an employed lawyer have clients of his/her own? Can he/she acquire such clients during employment?

(h) how is career progression protected, particularly if the law or a collective agreement provide for this? <sup>8</sup>

(i) at the other end of the scale can a partner be demoted, and does that suggest that, in the large, modern, multinational law firm partners can be seen as employees? <sup>9</sup>

Having posed these questions, we then looked at the position in four jurisdictions.

In *France*, the two former professions "avocat" and "conseil juridique" were merged in 1992. According to [the merger] law, the profession of attorneys remains a "liberal and independent" one. The attorney can exercise his profession individually, in various forms of partnership, as an employed lawyer or as a "self-employed" lawyer ("collaborateur") working with another lawyer or partnership.

The employed lawyer does not have a personal clientele which differs from the clients of her/his employer. He is subject to the same ethical rules as self-employed lawyers and his employer cannot prevent him from fulfilling professional obligations such as "pro bono" work imposed upon him as a lawyer.

The [legal status/position] of such an employed lawyer is regulated by his employment contract and by any more favourable terms in collective agreements for employed lawyers. Each - written - employment contract must be notified to the respective "Conseil de l'Ordre du Barreau" and the "Conseil" can request changes in it. With respect to daily work, the employed lawyer remains under the direction and control of her/his employer, and the employer remains liable for all work undertaken by his employees.

**In France, the two former professions "avocat" and "conseil juridique" were merged in 1992. According to [this merger] law, the legal profession remains a "liberal and independent" one. The lawyer can exercise his profession individually, in various forms of partnership, as an employed lawyer or as a "self-employed" lawyer ("collaborateur") working with another lawyer or partnership.**

Any disputes between them must first be referred to arbitration before the "Bâtonnier", with the possibility of an appeal before the "Cour d'Appel".

Employed lawyers have conventional social security coverage, save that pension payments are made by employers into the "Caisse Nationale des Barreaux Français". The employer must also pay the employee's dues to "L'Ordre des Avocats".

As the system of "collaborateurs" is still very common in France, the issue of the advantages and disadvantages of being an employed lawyer or a self-employed "collaborateur" is currently very much an issue for debate.<sup>10</sup>

In *Belgium*, the social security office ("ONSS") recently sent bar presidents a *circular letter*, in which the conditions when the social security regime applies for - employed - attorneys are laid down. The letter stressed that the social security regime applies to anyone who is connected to an employer by an *employment contract*. It asked law firms to provide the ONSS with certain declarations no later than September 30, 2005. Furthermore the criteria which indicate an employment relationship or which can be seen as "neutral" in this respect are set out in detail.

So, for example, the naming of a lawyer on the letterhead of the law firm and the obligation to fill out "time" or "evaluation" sheets can be seen as "neutral" indications. Benefits provided by the law firm<sup>11</sup>, the use of office space and infrastructure, the payment of fixed, regular amounts<sup>12</sup> and the lack of a personal clientele are among the indications of a mere employment relationship - for which social security payments have to be made.

In *Spain*, to date there is no specific law for lawyers as regards their legal status. They may be either employees or work as self-employed<sup>13</sup>. Therefore, labour law - which in general provides for a *presumption of an employment relationship* where an individual renders services to a company on an on-going basis - also applies to lawyers, even if in practice an employment relationship with lawyers in law firms is still not very common, as most of the law firms in Spain comprise a number of lawyers who share expenses.

**As the system of "collaborateurs" is still very common in France, the issue of the advantages and disadvantages of being an employed lawyer or a self-employed "collaborateur" is currently very much an issue for debate.**

Also in Spain, the key elements in determining whether or not an employment agreement exists are first, whether the individual follows instructions both with regard to the organization and the performance of the work and, second, whether the individual has his/her own business organization<sup>14</sup>.

Law firms have traditionally maintained a self-employed relationship with all lawyers, even young lawyers. A decision by the Supreme Court dated April 15, 2004, which held that the relationship

between a law firm and the lawyer was clearly an employment relationship where the following conditions applied - the lawyer had to complete a daily work sheet, she worked exclusively for the law firm and in its premises, she had to comply with the law firm's guidelines, she had to request approval for holidays, she was subject to her supervisors' monitoring, and the law firm provided her with all necessary equipment - really changed this approach.

A few months later, a labour inspector in Madrid subjected twelve law firms to labour inspections. The inspector was of the view that, because certain lawyers did not contribute to the occupation costs of the premises nor receive reduced remuneration in the event the client did not pay invoices, such lawyers were not actually "running the risk of the business" and were thus working as employees.

For the time being, a draft regulation ("Royal Decree"), providing for a special labour relationship in law firms, has been proposed by the government. According to the draft, the relationship between lawyers and law firms is an *employment law* relationship, although it is subject to a number of specific rights and obligations that provide for a somewhat different relationship than that applicable to employees<sup>15</sup> in other occupations.

Whereas we in Europe still "struggle with the basics", the situation in *the US* seems to have developed further. In 1999, a well known Chicago-based law firm told several of its *partners* aged over 50 that they would no longer be partners but could, however, continue to work for the firm, with "senior counsel" status, on an 18-month contract renewable at the firm's option. In these circumstances and in light of a U.S. Supreme Court 2005 decision,<sup>16</sup> the U.S. Equal Opportunities

Commission recently filed a law suit in U.S. district court against this law firm, alleging that the firm's demotion of partners in 1999 violated the U.S. "Federal Age in Discrimination Act" and that the firm has since at least 1978 maintained an age-based retirement policy. The suit is based on the novel claim that the lawyers demoted in 1999 only held the title of "partner" but were, in reality, employees. While U.S. federal discrimination laws do not apply to partners<sup>17</sup>, they do protect employees.

Michael MEYENBURG  
Sladek & Meyenburg  
Vienna, Austria

<sup>1</sup> This article is based on the outcome of the panel discussion held during the UIA Labour Law Commission's meeting in Fez 2005 headed by Mary Daphné Fishelson, Paris, based on reports of Pascal Petrel, Lyon, Jacques Leroy and Sophie Wintgens, Bruxelles, Pedro Bothelho Gomes, Porto, Sonia Cortes, Barcelona and further comments by members of the Commission

<sup>2</sup> "The many duties to which a lawyer is subject require his absolute independence, free from all other influence, especially such as may arise from his personal interests or external pressure"; CCBCE Code of Conduct, 2.1.1. first sentence (the Code naturally does not mention employed lawyers specifically)

<sup>3</sup> e.g. Italy

<sup>4</sup> e.g. France, Spain, Belgium, Portugal, Austria

<sup>5</sup> see Michael Brauch, « *La position juridique et effective de l'avocat exerçant en entreprise en Allemagne* », *Juriste International* 2005-2 38 ff

<sup>6</sup> double social security in case of specific schemes of the bars?, e.g. Article 7 lit e of the Austrian Social Security code excludes such double payments with regard to the attorney pension scheme;

<sup>7</sup> professional secrecy often is based on personal trust from the client versus "his" attorney;

<sup>8</sup> e.g. in Portugal, according to Art 62 DL 229/2004 of 10 Dec. 2004

<sup>9</sup> or "de-equisition", which could mean: can the partnership agreement provide for a clause that in case of certain circumstances (e.g. not enough output of a partner, illness, reaching of a certain age) her/his term may be ended by vote of the partners and her/his relationship with the law firm will automatically be transferred to a status of a counsel or even an "employed" attorney with the law firm?

<sup>10</sup> e.g. an employed lawyer has in case of maternity or redundancy all advantages of social system, where as a "collaborateur" is not protected.

<sup>11</sup> e.g. vacation, maternity and sickness leave,

<sup>12</sup> (fixed, percentage etc.)

<sup>13</sup> although certain interpretations sustained that due to lawyers' independency in performing their duty of clients' defence and the right to carry out pro bono assistance, no labour relationship can apply. A recent amendment to the rules of the profession, intended to consider the new situation of bigger law firms, acknowledges that lawyers can be hired as employees;

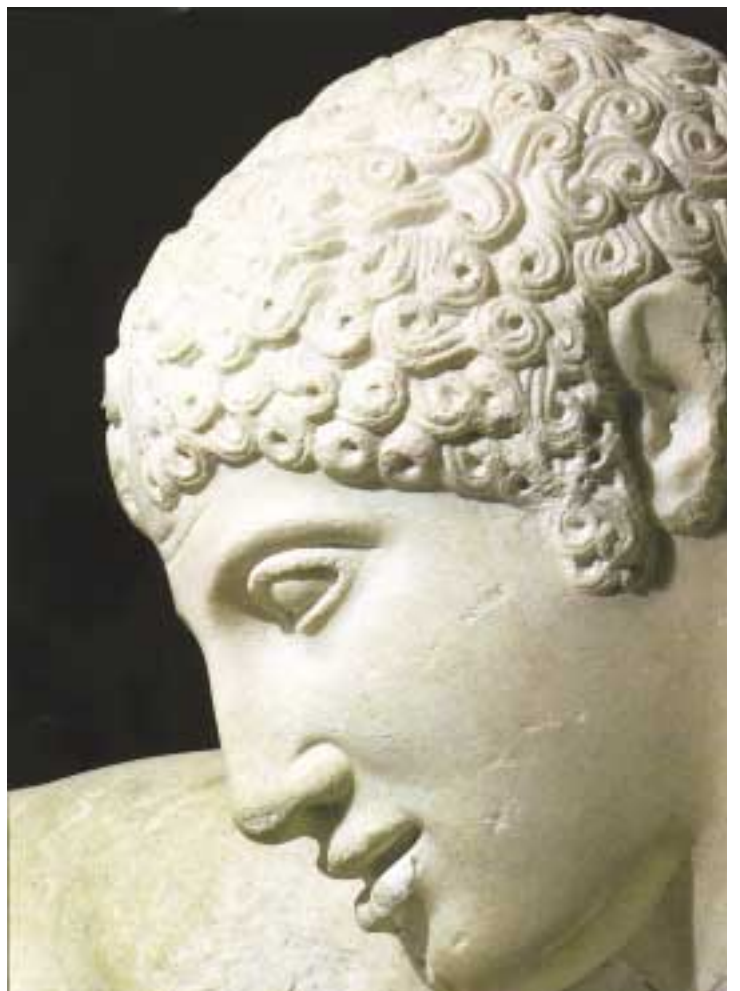
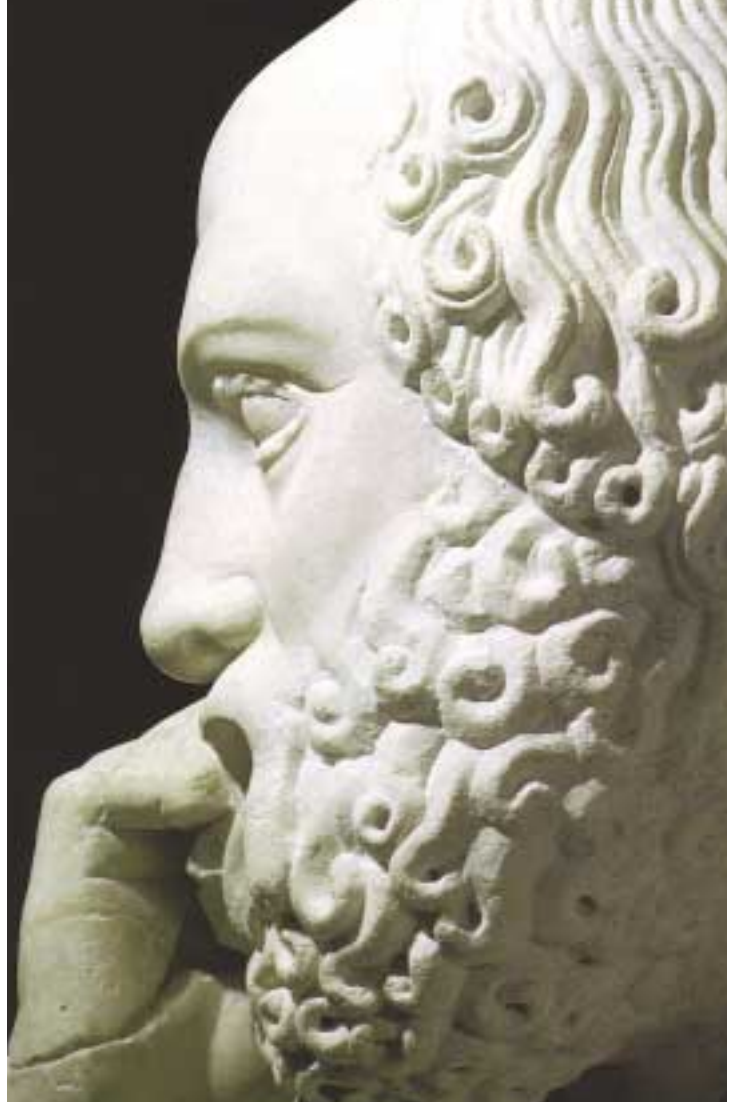
<sup>14</sup> i.e. other clients, other employees, facilities, sufficient equipment and know-how, his/her own resources, etc.

<sup>15</sup> Mandatory labour rules do not apply; no maximum working hours protection; severance upon termination is substantially lower; prior notice of resignation and report on pending issues before leaving by employed lawyer; right for representation through elections; law firms contributions to social security, graduated lawyers with no remuneration during two years allowed;

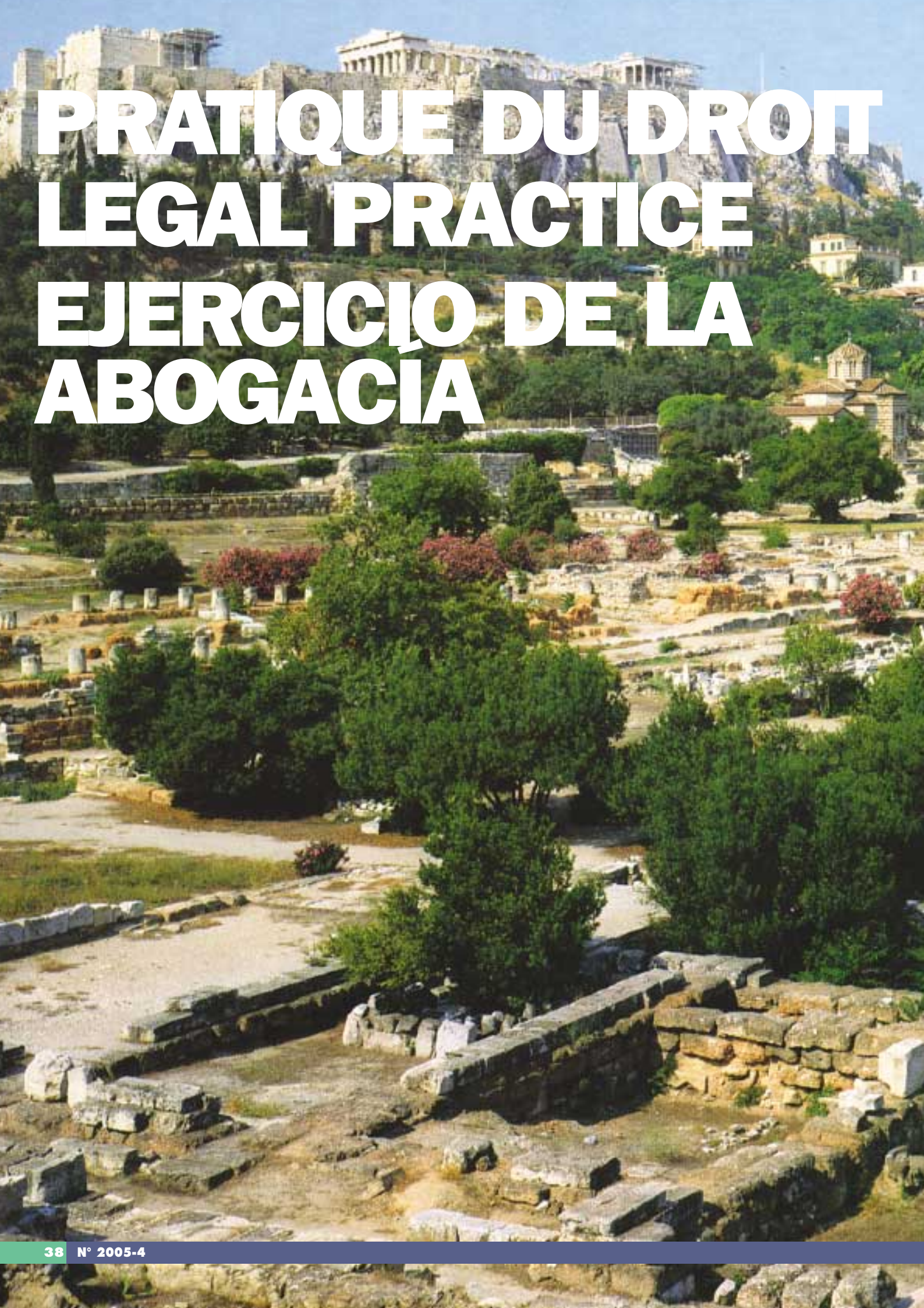
<sup>16</sup> Clackamas Gastrometrology Associates v. Wells, 538 U.S. 440;

<sup>17</sup> Martha Neil, "Who is a Partner?" ABA-Journal, June 2005, 34 ff









# PRATIQUE DU DROIT LEGAL PRACTICE EJERCICIO DE LA ABOGACÍA



# La réforme du droit de la faillite en France pour la sauvegarde des entreprises

Présentation de la loi N° 2005-845 du 26 juillet 2005

Hervé CHEMOULI

« La sauvegarde des entreprises est un enjeu majeur pour notre économie et les hommes qui la développent. »

C'est ainsi que Monsieur le Ministre de la Justice, Dominique Perben, a souhaité introduire la présentation du projet de loi au conseil des Ministres du 12 mai 2005.

À la suite d'un remaniement ministériel, cette loi sera présentée pour son adoption par son successeur, Monsieur Pascal Clément, actuel Ministre de la Justice.

Une fois encore, le droit communautaire a été le moteur des initiatives qui ont été prises en Europe concernant le droit des procédures collectives.

L'Allemagne, l'Angleterre, l'Espagne et l'Italie ont procédé à des modifications récentes de leur législation, et ce suite au Règlement Européen sur les procédures de faillite en date du 20 mai 2000, entré en vigueur le 31 mai 2002.

Quels que soient les États, le droit des procédures collectives est un droit éminemment politique et l'élaboration d'un texte en la matière relève toujours pour le législateur d'un véritable numéro d'équilibriste tant les intérêts en jeu sont divergents : ceux des dirigeants, des salariés, des créanciers, des actionnaires, des investisseurs...

Ainsi, en France, la législation relative au traitement des difficultés des entreprises issue des lois du 1<sup>er</sup> mars 1984 et du 25 janvier 1985, modifiées par la loi du 10 juin 1994 et codifiée au Livre VI du Code de Commerce, affiche pour objectif prioritaire la sauvegarde de l'emploi et de l'entreprise.

C'est le même esprit qui s'est perpétué dans la loi du 26 juillet 2005, dont les grandes lignes sont présentées ci-dessous, d'abord sous l'angle de la prévention des difficultés<sup>(1)</sup>, puis de leur traitement<sup>(2)</sup>.

## I. L'ENTREPRISE ET LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS

Le volet préventif de la Loi portant réforme des procédures collectives vise notamment à appréhender les difficultés de l'entreprise *dès qu'elles sont prévisibles, avant même qu'elles ne se traduisent en trésorerie*. L'heure est donc résolument à la prévention et à l'anticipation des difficultés.

Cette prévention se décline sous trois formes :

- A. la *mandat ad hoc*;
- B. la *conciliation*
- C. la *procédure de sauvegarde*.

**Quels que soient les Etats, le droit des procédures collectives est un droit éminemment politique et l'élaboration d'un texte en la matière relève toujours pour le législateur d'un véritable numéro d'équilibriste tant les intérêts en jeu sont divergents : ceux des dirigeants, des salariés, des créanciers, des actionnaires, des investisseurs...**

### A. Le mandat ad hoc

Cette procédure, ouverte à l'entreprise qui n'est pas en état de cessation des paiements, n'a quasiment pas été modifiée par la Loi et reste marquée à la fois

par sa souplesse et sa discrétion, le législateur ayant préféré ne pas intervenir sur une procédure qui a déjà fait ses preuves.

Le mandat *ad hoc* demeure une procédure informelle, qui n'a pas besoin d'un encadrement législatif.

C'est une procédure essentiellement confidentielle. Il avait été envisagé dans un premier temps et par le projet de loi que la décision de nomination du mandataire ad hoc serait transmise au Ministère Public, le projet n'a finalement pas été retenu par la Loi.

### B. La conciliation

**(Elle se substitue au règlement amiable).**

La procédure de *conciliation*, ainsi rebaptisée pour rassurer les créanciers, est substantiellement modifiée en vue de permettre à l'entreprise qui rencontre des difficultés, même sérieuses, de parvenir à un accord juridiquement sécurisé avec ses créanciers et plus généralement tous les partenaires susceptibles de contribuer à son redressement.

Les principales mesures de la réforme de la procédure de conciliation sont :

#### ■ L'élargissement de la procédure

En effet, la Loi prévoit que cette *conciliation* sera ouverte aux entreprises commerciales et artisanales « *qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible et qui ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours.* »

#### ■ Définition de la mission du conciliateur

Cette mission est particulièrement large puisque la Loi précise que : « *il doit favoriser le règlement de la situation financière du débiteur par la conclusion d'un accord amiable entre celui-ci et ses principaux créanciers.* »

Il s'agit là d'une mission plus vaste que celle du mandataire ad hoc et qui se



**La Loi du 26 juillet 2005, en instituant cette procédure de sauvegarde, a souhaité ouvrir à tout débiteur justifiant de difficultés susceptibles de conduire à la cessation des paiements, la possibilité de se mettre immédiatement sous sauvegarde de justice et permettre ainsi la réorganisation de l'entreprise en assurant la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.**

trouve confortée par la possibilité de faire constater l'accord ainsi réalisé :

- soit par une ordonnance présidentielle, dans laquelle le débiteur devra attester qu'il ne se trouvait pas en état de cessation des paiements lors de la signature de l'accord,
- mais au-delà même de cette constatation et de façon à sécuriser les accords qui auront pu être pris par l'ensemble des créanciers à l'égard du débiteur, une faculté d'homologation par jugement a été prévue par la Loi et, dans ces conditions, le Tribunal, dans son ensemble, donnera force exécutoire, sous diverses conditions, à l'accord qui aura été passé.

### C. La nouvelle procédure de sauvegarde de l'entreprise et sa spécificité par comparaison avec la législation du Chapter 11 aux États-Unis

Il s'agit de l'innovation majeure du texte de Loi du 26 juillet 2005.

C'est une avancée majeure car, comme la *conciliation*, cette procédure est offerte aux commerçants, artisans, agriculteurs, personnes morales de droit privé, mais également elle est ouverte à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, même réglementée.

Au moment de la présentation du projet de loi, beaucoup de commentateurs ont fait une analogie avec la procédure venue des États-Unis et ont indiqué que la *sauvegarde* était une procédure de Chapter 11 à la Française.

On ne peut que s'inscrire en faux face à une telle appréciation car la législation européenne concernant les procédures collectives avait déjà contractualisé les rapports entre le débiteur et ses créanciers et, par ailleurs, il est étonnant que l'on puisse faire état de ce rapproche-

ment avec la législation américaine, alors même que les États-Unis remettent actuellement en cause le devenir même de ce Chapter 11, face aux abus qui ont été pratiqués par les sociétés américaines, dont certaines compagnies d'aviation sont sous sauvegarde de justice depuis de nombreuses années, créant ainsi une concurrence déloyale à l'égard des autres sociétés.

La Loi du 26 juillet 2005, en instituant cette procédure de *sauvegarde*, a souhaité ouvrir à tout débiteur justifiant de difficultés susceptibles de conduire à la cessation des paiements, la possibilité de se mettre immédiatement sous *sauvegarde de justice* et permettre ainsi la réorganisation de l'entreprise en assurant la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

Il s'agit, par cette procédure de *sauvegarde*, d'inciter fortement le dirigeant d'entreprise à s'adresser au Tribunal de Commerce pour tenter d'élaborer avec les créanciers un plan, en devant une situation de cessation des paiements.

Certains ont cru voir dans cette procédure de sauvegarde un redressement judiciaire simplifié.

Bien sûr, un rôle important a été donné au comité des créanciers et au contrôleur pour le suivi de ces procédures, mais cette *sauvegarde* ne doit pas être réduite à l'existence de ce comité, mais comme un moyen privilégié pour les petites entreprises d'anticiper leurs difficultés.

L'avantage lié à cette procédure résulte au surplus de la possibilité pour le dirigeant de conserver ses prérogatives dans l'exercice de ses fonctions et l'impossibilité d'appeler les cautions émises par des personnes physiques dès lors que le dirigeant se sera placé sous la protection de cette procédure de *sauvegarde*.

À partir de là, le champ de négociation est très large entre le débiteur et ses créanciers ; délais, remises de dette, conversion de dettes en capital pourront contribuer à la réorganisation de l'entreprise et surtout une innovation de taille, prévue par la Loi, fera son apparition, à savoir la possibilité pour les créanciers publics de consentir des remises de dettes en ce qui concerne non seulement les intérêts de retard, mais les majorations, pénalités et amendes fiscales.

Il s'agit d'une contractualisation totale des droits sociaux et juridiques de l'entreprise qui nécessite un effort d'anticipation et de prévention de la part du dirigeant, il ne s'agit pas d'ailleurs d'une prévention pure, susceptible d'être opposée aux créanciers, mais plus d'un redressement judiciaire anticipé, bien que l'on statue sur la base de difficultés prévisibles et non encore actuelles.

Cette procédure de *sauvegarde* nécessite en cela de la part du dirigeant des outils de gestion particulièrement « pointus »,



lui permettant de savoir à quel moment il devra adapter l'activité de son entreprise, voire même la restructurer, par des plans sociaux si nécessaire, pour permettre la validation et la pleine expression de cette procédure de *sauvegarde*.

Au surplus, cette procédure s'exécute dans l'intérêt général de l'ensemble des parties présentes, en associant à cet intérêt général le Ministère Public, qui n'intervient plus comme un organe de répression, mais au contraire pour justifier l'intérêt général de la procédure ainsi mise en place.

Durant cette période de *sauvegarde*, il y a mise en place d'une procédure de suspension provisoire des poursuites, comme dans le Chapter 11 des États-Unis, c'est *l'automatic stay*.

**Durant cette période de *sauvegarde*, il y a mise en place d'une procédure de suspension provisoire des poursuites, comme dans le Chapter 11 des États-Unis, c'est *l'automatic stay*.**

Pourtant, à partir de cette présentation, peut-on considérer qu'il existe une identité entre le Chapter 11 issu de la loi américaine et la Loi de *sauvegarde* ?

Sur ce point, il faut se montrer prudent. Bien sûr, il existe aux États-Unis une procédure de faillite volontaire visée au chapitre 7 de l'US Code et le débiteur

peut l'utiliser lorsqu'il se refuse à payer ses dettes ou lorsqu'il est incapable d'y faire face.

Aux États-Unis, la procédure de faillite peut donc être un moyen pour le débiteur de faire pression sur ses créanciers. C'est une voie utilisée pour faire échouer les tentatives de prise de contrôle, les menaces de suites judiciaires et autres actions qu'un débiteur peut considérer hostiles à ses intérêts.

Dans la Loi de *sauvegarde*, les difficultés doivent être avérées et pas seulement prévisibles et certainement pas un moyen de tactique économique.

Par ailleurs, si certains effets de la mise en place d'une procédure de faillite et de *sauvegarde* sont identiques, les modalités de la procédure laissent un plus grand arbitrage aux parties aux États-Unis qu'en France.

Alors que dans les deux pays, les créanciers doivent déclarer leur créance avec preuve à l'appui, aux États-Unis c'est à l'assemblée des créanciers que ces créances seront produites et ce sera cette même assemblée qui aura désigné un *trustee* qui se chargera d'accepter ou rejeter cette créance.

Seuls les cas litigieux sont tranchés par le Tribunal de la Faillite.

C'est dire l'importance de cette contractualisation, qui va au-delà même des pouvoirs juridictionnels et remet entre les mains des créanciers eux-mêmes le sort du débiteur et de ses actifs.

Autre différence de taille, aux États-Unis le débiteur ou le *trustee* nommé par l'assemblée des créanciers peut, dans le cadre de la procédure du Chapter 11, élaborer un plan de redressement qu'ils soumettent à l'approbation des créanciers.

**Alors que dans les deux pays, les créanciers doivent déclarer leur créance avec preuve à l'appui, aux États-Unis c'est à l'assemblée des créanciers que ces créances seront produites et ce sera cette même assemblée qui aura désigné un *trustee* qui se chargera d'accepter ou rejeter cette créance.**

Une négociation entre les parties s'engage et associe les comités de créanciers, d'actionnaires, des avocats, des comptables et des commissaires-priseurs lorsque ces estimations sont nécessaires.

En conséquence, le Tribunal américain avalisera ou rejettera un plan négocié, mais sur lequel la totalité des valorisations, estimations et appréciations auront été librement débattues entre l'ensemble des parties prenantes de cette procédure.

En France, la Loi de *sauvegarde* pour innovatrice qu'elle soit, n'a pas prévu une liberté aussi importante remise aux partenaires de l'entreprise que sont les créanciers, rien surtout n'a été dit concernant les frais de procédure qui pourraient être mis en œuvre pour l'appréciation des créances et du plan de restructuration.

Dans ce cas, doit-on faire appel à des experts-comptables, conseillers, avocats et qui va prendre en charge leurs frais ?



Hervé CHEMOULI

S'il s'agit de frais privilégiés, n'a-t-on pas un risque, comme il existe maintenant aux États-Unis, d'obtenir un gonflement artificiel du passif privilégié qui, de fait, anéantira toute possibilité d'un redémarrage de l'entreprise.

Ce sont ces différences culturelles qui doivent être évoquées au regard même de la mise en place de cette procédure de sauvegarde par rapport au Chapter 11 et, en conséquence, cette association rapide qui est faite sur le plan de la conceptualisation ne se retraduit pas dans les faits.

Ainsi, en France et aux États-Unis, le droit de la faillite se rapproche, lorsque l'on analyse les types de procédure, mais diffère en raison des missions reconnues à l'État et aux parties.

**Il est difficile aujourd'hui d'évaluer ou de comparer les procédures en droit français et en droit américain, dès lors que ces procédures sont indissociables d'une culture et d'un esprit des lois.**

Il est difficile aujourd'hui d'évaluer ou de comparer les procédures en droit français et en droit américain, dès lors que ces procédures sont indissociables d'une culture et d'un esprit des lois.

## 2. L'ENTREPRISE ET LE TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS

Le présent article n'entendait pas être exhaustif sur l'ensemble des applications

de la loi du 26 juillet 2005, il faut néanmoins savoir que dans la partie du traitement des difficultés, c'est-à-dire la procédure de redressement judiciaire et de la liquidation judiciaire, aucune innovation particulière n'est à signaler, si ce n'est que le délai pour la déclaration de cessation des paiements qui doit être effectuée par le dirigeant est porté de 15 à 45 jours et que, toujours dans un souci de pérenniser l'entreprise et les emplois, la Loi permet la poursuite de l'activité dans le cadre d'un plan de redressement, mais avec pour issue unique la voie de la continuation de l'entreprise.

Le projet de réforme avait envisagé de supprimer le plan de cession en tant que technique de redressement, en ne prévoyant sa possibilité d'exécution que dans le cadre d'une liquidation judiciaire.

Le texte qui a finalement été adopté maintient la possibilité d'un plan de cession en redressement judiciaire, mais donne la faculté également de conclure un tel plan en liquidation judiciaire.

En ce qui concerne le régime des sanctions, celles-ci ont été largement assouplies par la loi du 26 juillet 2005 et c'est en ce sens que le législateur a entendu démontrer sa volonté d'achever la séparation du sort de l'homme et celui de l'entreprise.

Cette Loi, enfin, achève un travail de dépenalisation de notre droit des sociétés et surtout des procédures collectives dans le sens de la modération, afin de pouvoir prévenir le dirigeant malchanceux, assister le malhabile, mais sanctionner le malhonnête.

Prophylaxie ou introspection, l'Avenir nous le dira, mais ne boudons pas le plaisir d'avoir à disposition un outil moderne dont il faudra absolument faire état lors de la parution du *Doing Business*, édition 2006.

**Cette Loi, enfin, achève un travail de dépenalisation de notre droit des sociétés et surtout des procédures collectives dans le sens de la modération, afin de pouvoir prévenir le dirigeant malchanceux, assister le malhabile, mais sanctionner le malhonnête.**

Hervé CHEMOULI  
*S.C.P. Chemouli - Dauzier & Associés*  
Paris, France



# Overview of EU Legislation on Product Liability and Consumer Safety

Alessandro PALMIGIANO & Angela BONGIORNO

**I**mplementation of the EU Product Liability and General Product Safety Directives has been advantageous for EU Member States in terms of protecting their consumers. The implementation is favourable not only because it strengthens consumer protection and safety but also because it has helped to expand the EU common market, by removing barriers and consumer diffidence. EU consumers nowadays are more encouraged to operate beyond their national frontiers.

Product liability is regulated at the European level by Directive 85/374/EEC, amended by Directive 99/34/EC, both of which concern liability arising from defective products. Consumer safety is regulated by the General Product Safety Directive 92/59/EEC, amended by Directive 2001/95/EC.

In Member States, while administrative organs have mainly surveillance and information functions, judicial organs are called on to act when measures must be taken and remedies applied. There are various judgments that prove consumer protection and producer liability are actually in operation and are useful for the common market and consumers.

## European Directives 85/374 and 92/59 Directive 85/374/EEC

Directives 85/374/EEC concerning liability for defective products and 92/59/EC concerning general product safety are the main regulations at EU level.

Directive 85/374/EEC concerns liability originating from defective products. This Directive aims at guaranteeing protec-

tion for EU consumers from products (and not also from services) that circulate in the EU free common market, without distinguishing whether or not they are manufactured in or imported into the European Union. The Directive's first article defines its scope of application: 'The producer shall be liable for damage caused by a defect in his product.'

Directive 85/374/EEC clarifies several main definitions of the basic concepts in order to reduce any differences from one Member State's interpretation to another's. The Directive defines the exact meaning of 'product'. According to the Directive, a product is a good or physical property, as opposed to land or rights in land. A 'product' could include a whole product, a part of a whole product or a fixture attached to real property. Agricultural products and games, which were initially excluded, have been included in producer liability regulations by Directive 99/34/EC. Electricity is now also considered a product. This last fact is important, since in Italy many judgments concerning energy as a product have been passed.

Liability is imposed on the 'producer'. When the product concerned is an agricultural or game product, the farmer, the breeder, the fisherman or the hunter are considered producers.

The Directive also defines the exact meaning of 'defective product'. The Directive applies only to defective products, which are products not providing the safety that a consumer may expect from them. What should be taken into account when determining if a product is safe or defective? The Directive establishes several important points. Factors that should be taken into account are:

(1) the presentation of the product;

- (2) the use to which the product may be reasonably put; and
- (3) the time when the product started circulating and being available to consumers (the fact that a better product is manufactured and put into circulation does not automatically imply that the former product is not safe).

One case regarding the presentation of a product, its packaging and instructions is a decision passed by an Italian court regarding a bunk bed that broke during the night causing injuries to a child. In this case, the breaking of the bed and the injury to the child were due to the consumer's failure to assemble the bunk bed correctly, which was due to missing instructions. The court pronounced the producer liable owing to the producer not providing the necessary information to the consumer. Instructions on how to use the product must be complete and detailed in order to comply with safety conditions set by article 5 of the Italian DPR 1998/224.<sup>1</sup>

An innovation introduced by the Directive is the development risk clause (DRC), also known as the 'state of the art defence' (Article 7(e) of Directive 85/374). This issue was the core of a study that resulted from Fondazione Rosselli's research activity, commissioned by the EU Directorate General Internal Market.<sup>2</sup>

The DRC mitigates strict producer liability, which Member States have the option to adopt in their own consumer protection/producer liability legislation. The DRC exonerates and frees the producer from liability arising from a defect in a product on the basis of the 'state of the art defence', which indicates the state of scientific and technological knowledge at the time the product was put into circulation and whether or not it was possi-

**It is important to point out that although producer liability and product safety are both directed towards consumer protection, when they are implemented in national regulations, the former becomes part of private law, while the latter becomes part of public law.**

ble at that time to discover the defect and foresee the damaging event. In spite of the balance and compromise this clause has the potential to achieve in the consumer/producer struggle, it is not always enforced in national legislation.

In relation to this matter, the European Court of Justice pronounced a decision clarifying the meaning of 'state of the art defence'. The court insisted that scientific and technological knowledge does not refer just to standards and practices that are typical of the industrial area where the producer operates. 'State of the art' must be intended in its most extended sense and as knowledge at its most advanced level. The court specified:

'the clause providing for the defence in question does not contemplate the state of knowledge of which the producer in question actually or subjectively was or could have been apprised, but the objective state of scientific and technical knowledge of which the producer is presumed to have been informed.

However, it is implicit in the wording of Article 7(e) that the relevant scientific and technical knowledge *must have been accessible* at the time when the product in question was put into circulation.<sup>13</sup>

In relation to this specific issue, the Advocate General argues that producers cannot be expected to know of all the research that has been carried out. Producers, for example, cannot be expected to know about research published only in Chinese, for while a 'state of knowledge' must include all data in the information circuit of the scientific community as a whole, it must be read in the light of a reasonableness test based on the actual opportunities for the research to

circulate (this is known in the English courts as the *Manchuria Test*).

Directive 85/374/EEC does not introduce a new legal concept for Member States - even before the Directive, all European countries already had rules concerning producer liability within their contractual and non-contractual regulations. In Italy, for example, producers were held liable through the non-contractual rules of the Italian Civil Code (CC) (the *neminem laedere* principle, article 2043 Italian CC, and liability arising from dangerous activities, article 2050 Italian CC). The highest court in Italy (Corte di Cassazione) held the multinational company Saiwa liable for food poisoning caused to a consumer and his wife after they had eaten Saiwa biscuits properly packaged and eaten before the expiration date, under article 2043 Italian CC. Liability and recovery were determined by the non-contractual rule, because the consumer did not have a contract with the producer; he had it with the seller.

The innovation brought about by the EU Directive was in its goal: to unify liability criteria and principles among various EU Member States. The Directive, however, does not automatically exclude national regulations; Member States may continue to keep them in force.

#### Directive 92/59/EC repealed by Directive 2001/95/EC from January 1, 2004

While Directive 85/374/EEC aims at protecting the consumer from any product it becomes involved with, Directive 92/59/EC, abrogated by Directive 2001/95/EC, shifts its focus to a stage that anticipates product circulation in the European Union.

The EU Revised General Product Safety Directive has a precautionary function as opposed to the reparatory function of the former Directive. This Directive regulates safety in products that will be put on the market and be available to consumers. Producers have an obligation to release on the market only safe products and at the same time provide consumers with appropriate details on the product allowing consumers to have proper knowledge of the safety and risks concerning the product. Producers' duties also include acting in order to avoid consumers suffering harm, for example, by withdrawing harmful products from the market after they have been put into circulation. According to the Directive, commercial distributors of products have similar obligations towards consumers. The Directive treats sales agents (when the producer is from a non-Member State), importers, other professionals taking part in the production chain and distributors in the same way as producers when it comes to their obligations.

Directive 92/59/EEC establishes the meaning and definition of 'safe product', by setting the standards that determine a product's safety. A product is defined safe, for example, if it complies with the national laws of the country where it is put on the market or if it seems to provide the level of safety that consumers can expect.

An Italian court decision based on the law in Italy (DL 1995/115) that implemented the General Product Safety Directive (EEC 92/59) was released by Turin's court. Fiat produced and put on the market a group of cars (identified afterwards through chassis number) in which smoke infiltrated inside the car, instead of being eliminated through the muffler.



Alessandro PALMIGIANO



Angela BONGIORNO

An Italian consumers' association sued Fiat under Law 281/98, which implements Directive 98/27/EC on injunctions for the protection of consumers' interests. The court established, in that occasion, that due to pressing reasons, the car maker was to be ordered to send an announcement to all consumers that had bought the car that presented the specific defect, to inform them of the possible defect and the associated risk of danger to safety and health and to promise, if the owner of the car required it, to take all the necessary technical measures to remedy any unfortunate event.<sup>4</sup>

An important creation of Directive 92/59/EEC is RAPEX. RAPEX (Rapid Exchange System) is a system/network that allows quick exchange of information concerning products that appear to be dangerous and pose an immediate risk. Through RAPEX, all Member States are informed of another Member State's decision to act in order to prevent risks and dangers connected to a product, by limiting the circulation of the product in question. A Member State that acts in this sense informs the European Commission of its intentions. Then, the European Commission forwards the information to other Member States. The Commission publishes weekly overviews of RAPEX notifications.

Producer liability and product safety are connected. The link is determined by the possible lack of safety in a product and as a consequence the rise of the producer's liability. It is important to point out that although producer liability and product safety are both directed towards consumer protection, when they are implemented in national regulations, the former becomes part of private law, while the latter becomes part of public law.<sup>5</sup>

### Businesses, product safety and liability

Product safety is undoubtedly a matter of public law, but it should be and is an issue very dear to manufacturers. While government bodies have supervising tasks, manufacturing companies must carry out and comply with legal provisions during all activities of the production cycle. Businesses must operate, from the start of their activities, trying to deliver safe products to consumers, in order to avoid harm and liability.

The European Commission Health and Consumer Protection Directorate General, being aware of the delicate position manufacturing companies are in, granted a partial contribution to Intertek Research and Testing Centre to create a voluntary guide for producing companies, on behalf of the UK Consumers Association.<sup>6</sup> The guide is not compulsory, but provides useful advice for administrators and managers with specific supervision tasks in quality control. The guide provides helpful charts, lists and action plans in order to carry out a proper production cycle. The guide includes also strategy suggestions and corrective measures. The guide refers mainly to corrective actions, such as interfering in product design, drawing back products from the distribution chain, updating consumers when aware of risks, intervening to improve and change the product where the consumer is located and refunding consumers. Although the main focus is on recall, the guide is also useful for its preventing function.

### Consumer awareness

Consumers generally form a group with little power, owing to a lack of expertise. They must not be considered as a passive category in the consumer protection improvement process. Today, consumers

operate in a unified market with borders that extend beyond a single Member State. Consumers are able to buy products more easily from other Member States. This leads to consumers dealing with producers or commercial distributors with different customs to their own. European directives are very useful in this area, but it is important to contribute to consumer awareness by giving consumers the means of acquiring information and knowledge on their own rights and on Member States' practices and customs.

The European Commission, in order to satisfy these needs, has established the European Consumer Centres Network (ECC-Net), a new EU-wide network to advise citizens on their rights as consumers and to provide easy access to redress, particularly in cross-border cases.

Alessandro PALMIGIANO  
Angela BONGIORNO  
*Studio Legale Palmigiano  
Palermo, Italy*

<sup>1</sup> Tribunale di Milano, April 13, 1995, published in [1996] *Danno e responsabilità* 38, comment by Ponzanelli; the same rule is pointed out in Tribunale di Vercelli, April 7, 2003 published in [2003] *Danno e Responsabilità* 1001, comment by Ponzanelli.

<sup>2</sup> See Fondazione Rosselli, 'Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by 85/374 EEC Directive on Liability for Defective Products', available on [europa.eu.int/comm/enterprise/regulation/goods/docs/liability/2004-06-dev-risk-clause-study\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/enterprise/regulation/goods/docs/liability/2004-06-dev-risk-clause-study_en.pdf).

<sup>3</sup> ECJ, May 29, 1997, Case C-300, *Commission European Community v United Kingdom of Great Britain* published in [1997] *Danno e Responsabilità* 569, comment by Bastianon, and in (1997) IV *Foro Italiano* 387, comment by Ponzanelli.

<sup>4</sup> Tribunale di Torino, May 17, 2002, published in (2002) I *Foro Italiano* 2899, comment by Calmieri.

<sup>5</sup> See Zurich paper: *Product Safety in Europe: CE-Marking in Focus*, p 6: [europa.eu.int/comm/dgs/health\\_consumer/newsletter/200407/1.htm](http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/newsletter/200407/1.htm).

<sup>6</sup> *Product Safety in Europe: A Guide to Corrective Action including Recalls*.



# Le nouveau droit du travail en Italie

Federico TORZO



Federico TORZO

**L**a réforme Biagi, introduite par le décret législatif n° 276 du 10 septembre 2003<sup>1</sup>, se proposait d'adapter la législation du travail à la réalité économique et de répondre aux exigences de flexibilité des entreprises, tout en protégeant les salariés des risques de discrimination et de précarisation excessive de l'emploi.

Cette réforme, qui ne concerne que le secteur privé, comporte deux volets : une réforme des règles concernant le placement des travailleurs d'une part et l'introduction de nouvelles formes contractuelles ou la modification de celles déjà connues, d'autre part.

## I. La flexibilité du marché du travail

Jusqu'en 1997, le placement des demandeurs d'emploi était considéré comme étant un service public, et donc réservé au monopole de l'État qui interdisait également tout type de fourniture de main-d'œuvre.

Ce système a été graduellement supprimé<sup>2</sup> pour aboutir à une réorganisation du marché du travail, dont les acteurs principaux sont désormais les services publics de l'emploi (qui conservent la fonction publique de tenue et de mise à jour des données des demandeurs d'emploi, qu'ils soient chômeurs ou non), les Régions (munies d'une compétence législative en la matière) et les agences privées, autour desquelles est organisé le nouveau système de placement des travailleurs et pour lesquelles la loi prévoit un régime d'autorisations octroyées par le Ministère du Travail sous réserve que celles-ci remplissent certaines conditions.

Contextuellement les hypothèses restrictives de travail intérimaire ont été remplacées par le nouveau contrat de fourniture de travail<sup>3</sup>, qui permet à l'entreprise utilisatrice de louer de la main-d'œuvre, pour une durée déterminée ou indéterminée,

auprès d'agences spécialisées. En vertu de ces contrats, l'agence de fourniture de travail met des salariés à la disposition d'une entreprise. Les salariés exercent donc leur activité sous la direction et le contrôle de l'entreprise, cette dernière étant solidairement responsable, avec l'agence, du paiement du salaire et des charges sociales y afférentes.

**La réforme prévoit de nombreux changements qui vont de la modification des dispositions en matière de formation et du temps partiel à de nouvelles règles régissant le transfert de branches d'entreprises et les procédures d'externalisation.**

De plus, dans les domaines d'activités où l'externalisation est très répandue, il est désormais possible d'avoir recours aux contrats de *staff-leasing* pour une durée indéterminée.

Les mesures adoptées par le législateur sont symptomatiques d'une approche nouvelle et différente qui se base sur l'idée que des conditions trop restrictives de la réglementation en matière d'emploi pénalisent la dynamique du marché du travail, alors qu'en revanche, leur

allègement pourrait le dynamiser et lui permettre de réagir rapidement à l'évolution de l'économie. La même idée guide la réforme au sujet des nouvelles formes contractuelles.

## II. La flexibilité du rapport de travail : nouvelles formes contractuelles

Comme la réforme Biagi l'avait anticipé de nouveaux contrats ont vu le jour, alors que d'autres ont reçu une nouvelle réglementation. La réforme prévoit de nombreux changements qui vont de la modification des dispositions en matière de formation et du temps partiel à de nouvelles règles régissant le transfert de branches d'entreprises et les procédures d'externalisation.

Parmi ces changements, nous examinerons ici, à la fois les contrats les plus novateurs dans le panorama législatif italien, et ceux qui vont avoir des répercussions importantes en raison du très grand nombre de personnes concernées.

L'objectif principal est de donner un cadre législatif à des contrats atypiques qui se sont développés dans la pratique et de répondre ainsi aux exigences de flexibilité des entreprises. En même temps, le législateur se préoccupe de protéger les travailleurs concernés par les nouvelles formes de travail flexible, en leur garantissant un traitement comparable à celui dont bénéficie le personnel à temps plein et à durée indéterminée.

L'idée qui a guidé la réforme est en effet que, pour faciliter l'accès à l'emploi, notamment pour les personnes exposées au chômage de longue durée et à l'exclusion sociale, les règles d'organisation du travail au sein de l'entreprise doivent être simplifiées. Dans ce cadre s'inscrivent des nouveaux contrats flexibles, comme le *job on call* et le *job sharing* (A). Un certain nombre d'innovations visent égale-

ment à prévenir l'utilisation abusive de contrats de travail autonome ou à durée déterminée et à réduire substantiellement le travail non déclaré; c'est dans cette perspective que le législateur italien discipline le travail à projet et le travail occasionnel (B).

### A. Les nouveaux contrats flexibles

#### 1. Le travail partagé

Le *job sharing* est un contrat de travail subordonné prévoyant le partage d'une prestation unique entre deux salariés, ainsi que le partage des responsabilités y afférentes et de la rémunération.

Pour le bon fonctionnement du poste partagé, les salariés coordonnent leur action entre eux, par exemple en se répartissant le travail et en organisant leur emploi du temps et leurs remplacements réciproques. Cependant, sauf clause contraire du contrat individuel de travail, chaque salarié à temps partagé est directement et personnellement responsable envers l'employeur de l'exécution du contrat.

Le rapport de travail reste unique. Les conséquences de cela sont importantes :

- la rémunération est fixée globalement : elle sera ensuite partagée entre les deux salariés en fonction du travail réellement effectué par chacun;
- la démission ou le licenciement de l'un des salariés à temps partagé entraîne la cessation de l'intégralité du rapport de travail, c'est-à-dire que les effets se produisent également à l'encontre du deuxième salarié;
- le contrat peut prévoir une période d'essai : mais si l'un des salariés ne la réussit pas, le contrat dans son ensemble est résilié, sauf si les parties en ont décidé autrement.
- en ce qui concerne le calcul du nombre de travailleurs occupés par l'entre-

prise, les salariés à temps partagé sont considérés comme une seule unité.

Parmi les objectifs de ce contrat, il y a celui d'éviter que les employés à temps partiel soient pénalisés avec l'offre de postes subalternes : en effet, le travail partagé pourra être utilisé pour des postes qualifiés qui ne peuvent pas être aisément fractionnés entre deux salariés à temps partiel non coordonnés entre eux. L'objectif final est donc d'améliorer l'accès au marché du travail.

#### 2. Le travail sur appel

Le même objectif est recherché avec le contrat de travail sur appel ou *job on call*, permettant à l'employeur de faire appel à tout moment aux services d'un travailleur, en fonction des nécessités de la production<sup>3</sup>.

C'est la forme de travail qui exige le plus de flexibilité de la part du salarié. Les jours et les horaires de travail ne peuvent pas être déterminés à l'avance<sup>5</sup>, mais varient en fonction des besoins ponctuels de l'entreprise.

La réforme prévoit deux types de travail sur appel, selon que le salarié s'engage ou non à se tenir à la disposition de l'employeur.

Dans le premier cas, le salarié n'est pas libre de refuser ses services lorsque l'employeur fait appel à lui. En contrepartie, l'employeur doit lui verser une indemnité de disponibilité<sup>6</sup>, en plus de la rétribution pour les heures de travail réellement effectuées.

Le refus injustifié de répondre à l'appel peut être sanctionné par la résiliation du contrat et, le cas échéant, par des dommages et intérêts, dont le montant est fixé par les accords collectifs.

En revanche, dans le cas de *job on call* sans obligation de disponibilité, le salarié ne

s'expose à aucune responsabilité s'il n'est pas disponible pour répondre à l'appel. En outre, il n'est rémunéré que pour les heures effectivement travaillées.

Afin d'éviter que le travail sur appel ne devienne un moyen pour « institutionnaliser » la précarité, le législateur en a limité le champ d'application. Ainsi, ce contrat peut être utilisé uniquement pour des prestations à caractère non continu, déterminées par les conventions collectives<sup>7</sup>. En tout état de cause, le recours au travail sur appel est interdit pour remplacer des salariés en grève ou pour remplacer des salariés licenciés dans le cadre d'une procédure de licenciement collectif ayant été mise en place au cours des six mois précédant l'embauche.

La rémunération est, quant à elle, proportionnée au travail effectué, mais ne doit pas être inférieure à celle à laquelle ont droit les salariés à temps plein faisant partie de la même catégorie.

#### B. Les nouvelles collaborations indépendantes.

Plus de deux millions de personnes étaient liées par des contrats dits de « collaboration coordonnée et continue » lorsque la réforme Biagi est entrée en vigueur. Ce contrat de travail indépendant se caractérise par le fait que le prestataire collabore de façon non occasionnelle avec un commettant, en coordonnant son activité avec l'organisation de l'entreprise de ce dernier. Souvent utilisées pour déguiser des rapports de travail subordonnés, ces collaborations sont profondément modifiées par le décret n° 276, notamment dans le but de mettre un frein à leur utilisation abusive.

Le sort des contrats actuellement en vigueur dépend des particularités de la prestation, mais surtout du degré d'indépendance que caractérise le lien entre

collaborateur et commettant. En effet, ces contrats se prolongent sans subir aucune modification, uniquement dans des cas très limités<sup>8</sup>. En revanche, à la fin d'une période transitoire qui se termine le 24 octobre 2004, les collaborations réellement indépendantes se transformeront dans les nouveaux contrats du « travail à projet » (1) ou du « travail occasionnel » (2), tandis que celles n'ayant pas les caractéristiques requises pour le contrat à projet ou occasionnel, seront re-qualifiées en travail subordonné.

#### 1. Le travail à projet.

Il s'agit d'un contrat de prestation de services aux termes duquel un prestataire indépendant s'engage à réaliser un projet spécifique, un programme de travail ou une phase particulière d'un programme de travail. La durée du contrat est déterminée par la réussite ou l'achèvement du projet, programme ou phase. Ceux-ci sont déterminés par le commettant, mais le travail est organisé par le prestataire en toute autonomie. Il n'y a pas de lien de dépendance ou de subordination entre le prestataire et le commettant.

Le Ministère du Travail a précisé<sup>9</sup> que le « projet » consiste en une activité de production en vue de l'obtention d'un résultat final clairement identifiable. Quant au « programme » de travail ou « phase d'un programme », il s'agit d'activités qui ne permettent pas d'obtenir à elles seules un résultat final isolé et qui sont donc destinées à être intégrées par d'autres activités ou résultats partiels.

L'identification exacte du projet, programme ou phase est essentielle. En effet, leur absence est sanctionnée par la requalification du contrat en travail subordonné à durée indéterminée, dès la date de création du rapport.

#### 2. Le travail occasionnel

Lorsqu'il n'y a pas de projet ou de programme spécifique, la collaboration coordonnée et continue se transformera en travail occasionnel. Or, cette collaboration occasionnelle ne peut pas avoir une durée supérieure à 30 jours pendant la même année et pour le même commettant, ni donner lieu, au cours d'une même année, à une rémunération supérieure à cinq mille Euros. Ceci dit, un même prestataire peut cumuler plusieurs rapports de travail occasionnel avec des commettants différents.

**Face à toutes ces nouvelles formes de contrat, et afin de réduire le contentieux en matière de qualification, la réforme introduit une nouvelle procédure, dite de « certification des relations de travail », qui permettra aux cocontractants d'obtenir une sorte d'authentification de la qualification du contrat.**

Aucune caractéristique subjective particulière n'est requise pour la prestation de travail occasionnel dite « ordinaire ».

En revanche, le travail occasionnel dit





« accessoire » est réservé à certaines catégories de personnes exposées à l'exclusion sociale<sup>10</sup> et n'est possible que pour l'exécution de certaines tâches énumérées par la loi<sup>11</sup>.

Le mécanisme mis en place par le législateur est le suivant : le commettant qui veut avoir recours à une prestation de travail occasionnelle achète des tickets, avec lesquels il rémunère le prestataire ; le prestataire qui a reçu les tickets les présente à un bureau de paiement qui lui verse une partie de leur valeur. Sur chaque ticket le bureau de paiement retient quelques centimes à titre de remboursement de ses frais et verse le résidu aux organismes de protection sociale : c'est-à-dire à l'institut national pour la prévoyance sociale et à l'institut national pour les assurances contre les accidents du travail.

L'objectif principal de ce nouveau contrat est de régulariser certaines formes de travail non déclaré.

### C. La certification des relations de travail

Face à toutes ces nouvelles formes de contrat, et afin de réduire le contentieux en matière de qualification, la réforme introduit une nouvelle procédure, dite de « certification des relations de travail », qui permettra aux cocontractants d'obtenir une sorte d'authentification de la qualification du contrat. Sur demande conjointe des parties au contrat, la certification sera délivrée par des commissions spéciales créées auprès des organismes bilatéraux, auprès de certaines structures publiques ayant compétence à cet effet ou encore auprès des universités.

Peuvent être certifiés : les contrats de travail partagé, les contrats de travail sur appel, les contrats à temps partiel, le contrat de travail à projet.

La qualification donnée par la commission de certification s'impose aux parties et aux tiers - et notamment aux organismes de sécurité sociale - et elle ne peut être contestée que devant l'autorité judiciaire<sup>12</sup>.

En conclusion, dans le but de faciliter l'adaptation des entreprises et des travailleurs aux changements économiques, la réforme veut accroître la flexibilité du marché du travail et moderniser l'organisation du travail. Dans ce cadre, la recherche d'un équilibre entre flexibilité et sécurité, tout en insistant sur le rôle des partenaires sociaux à cet égard, est cruciale.

En effet, la possibilité de disposer à la fois de flexibilité et de sécurité, devrait contribuer à concilier le besoin de soutenir la compétitivité des entreprises avec les autres objectifs énoncés par la loi Biagi : augmenter la qualité et la productivité du travail ainsi que le taux d'activité ; améliorer la cohésion sociale ; favoriser l'intégration des personnes confrontées à des difficultés spécifiques sur le marché du travail et lutter contre la discrimination dont elles font l'objet. Le degré d'utilisation des nouveaux contrats et les intégrations qui seront apportées par les conventions collectives nous diront dans quelle mesure ces objectifs ont été réellement atteints.

Federico TORZO

*Studio Legale Macchi di Cellere Gangemi  
Milan, Italie*

<sup>1</sup> Ce texte a été publié le 9 octobre 2003 (G.U. n. 235, *Suppl. Ordinario* n. 159) et est entré en vigueur le 24 octobre 2003.

<sup>2</sup> A partir du Décret Législatif n° 469 du 23 décembre 1997.

<sup>3</sup> Introduit par la Loi n° 196 du 24 juin 1997.

<sup>4</sup> Le laps de temps entre l'appel et le début du travail est fixé dans le contrat individuel sur la base des minimums prévus par les conventions collectives. Ce laps de temps doit être approprié et dans tous les cas non inférieur à 1 jour.

<sup>5</sup> En effet, un contrat qui garantissait un nombre minimum d'heures de travail, serait re-qualifié en *part-time*, avec application de toute la réglementation y afférente.

<sup>6</sup> Le montant minimum de cette indemnité sera fixé par les accords collectifs.

<sup>7</sup> En l'absence de convention, l'utilisation du contrat sera limitée aux cas énumérés par décret du ministère du travail.

<sup>8</sup> La seule hypothèse significative est celle des « collaborations coordonnées et continues » entre la société et les membres de ses organes chargés de missions particulières (comme par exemple l'Administrateur Délégué ou les membres des comités internes).

<sup>9</sup> Ministère du Travail, Circulaire N° 1/2004, du 8 janvier 2004

<sup>10</sup> Par exemple, les retraités, les femmes ou les hommes au foyer, les émigrés extra-communautaires et les personnes qui sortent de foyers de désintoxication ou de rééducation.

<sup>11</sup> À titre d'exemple, tâches domestiques, jardinage, enseignement complémentaire et cours de soutien.

<sup>12</sup> En plus, ce recours à l'autorité judiciaire est consenti dans trois cas seulement : erreur de la commission dans la qualification ; difformité entre le programme de travail certifié et sa réalisation effective ; vice du consentement.

# Le règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité

Ellen DELZANT



Ellen DELZANT

## Champs d'application et but du règlement

Avec le règlement 1346/2000 du Conseil de l'Union Européenne relatif aux procédures d'insolvabilité, le législateur européen a mis fin à une longue discussion sur le droit international de l'insolvabilité. Les efforts pour créer un droit européen des procédures d'insolvabilité avaient déjà commencé en 1960 et n'ont donc abouti qu'après plus de 40 ans de négociations. Le règlement, qui comporte 47 articles, est entré en vigueur le 31 mai 2002 et s'applique directement dans tous les États membres de l'Union Européenne, exception faite du Danemark.

Conscient du fait que les différences entre les systèmes juridiques des États membres en matière de droit d'insolvabilité représentent un obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur, le législateur européen a voulu donner un cadre unique régissant les procédures collectives transfrontalières.

**Les efforts pour créer un droit européen des procédures d'insolvabilité avaient déjà commencé en 1960 et n'ont donc abouti qu'après plus de 40 ans de négociations.**

À cet effet, le règlement détermine la compétence internationale des tribunaux des États membres. Il prévoit une reconnaissance automatique d'une procédure ouverte dans un État membre par les

autres États membres. Le règlement est basé sur le principe de l'universalité d'une procédure ouverte, sa portée universelle visant à inclure tous les actifs du débiteur. Ce principe connaît toutefois des exceptions importantes, tenant compte des différences des droits matériels des États membres.

Selon son article 1<sup>er</sup>, le règlement s'applique aux procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur qui entraîne le dessaisissement partiel ou total du débiteur ainsi que la désignation d'un syndic. L'annexe A du règlement donne la liste de toutes les procédures existantes dans les États membres, remplissant les conditions de l'article 1<sup>er</sup> du règlement. Le règlement s'applique que le débiteur soit une personne physique ou morale, un commerçant ou un particulier.<sup>1</sup>

Sont exclues du champ d'application les procédures d'insolvabilité qui concernent les entreprises d'assurance et les établissements de crédit, certaines entreprises d'investissement et organismes de placement collectif.<sup>2</sup>

## La compétence internationale (article 3)

Pour déterminer la compétence internationale, l'article 3 du règlement distingue entre une procédure principale et une procédure secondaire. Selon l'article 3 al. 1, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Il s'agit dans ce cas d'une procédure principale définie dans l'article 27 al. 1, ayant des effets juridiques universels et incluant tous les actifs du débiteur. Une première procédure principale ouverte dans un État membre exclut l'ouverture d'une autre procédure principale dans un autre État membre.

Le principe de l'universalité d'une procédure principale trouve toutefois des limites dans la possibilité prévue à l'article 3 al. 2 d'ouvrir une procédure secondaire, par les tribunaux d'un autre État membre, si le débiteur possède un établissement sur son territoire. Les effets des procédures secondaires se limitent aux actifs situés dans cet État. Le législateur européen veut ainsi protéger les intérêts des créanciers, jouissant de droits préférentiels ou de sûretés régis d'une manière souvent très différente selon les États membres.

Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire. Au-delà de cette présomption le règlement ne donne aucune définition de ce concept. Il se limite à souligner dans ses considérants que le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts d'une manière vérifiable par les tiers.<sup>3</sup> Malgré l'objectif du règlement de réduire le forum shopping<sup>4</sup>, la notion du centre des intérêts principaux porte en soi le germe d'un conflit de compétence entre les juridictions des États membres.

Cette notion a fait l'objet de nombreuses décisions<sup>5</sup>, notamment des tribunaux anglais, qui se fondent sur une interprétation très large de ce concept. Bien que le règlement ne concerne que des procédures sur un seul débiteur sans régir les procédures collectives des groupes de sociétés, l'article 3 al. 1 a servi de fondement juridique aux tribunaux anglais pour ouvrir des procédures collectives sur des entreprises étrangères faisant partie d'un groupe de sociétés. Notamment la décision de la High Court of Justice Leeds du 16 mai 2003 dans l'affaire Isa Daisytek a suscité un grand débat, particulièrement en Allemagne et en France. Le groupe Isa Daisytek comprenait dix-sept sociétés indépendantes, dont trois filiales établies

en Allemagne et une en France. Considérant que le centre des intérêts principaux de ces filiales était situé au Royaume-Uni, la High Court a ouvert une procédure principale à leur encontre. Parallèlement les tribunaux français et allemands ont également ouvert des procédures principales sur les filiales situées respectivement dans le ressort de leur juridiction. Par application du principe de la priorité, ils ont toutefois dû reconnaître la primauté de la procédure principale ouverte au Royaume-Uni, puisqu'elle avait été ouverte antérieurement. L'arrêt de la Cour de Versailles du 4 septembre 2003, infirmant le jugement d'ouverture de la procédure de redressement en France à l'encontre de la société ISA DAISYTEK SAS, est frappé d'un pourvoi du Ministère public.

**Dans une procédure d'insolvabilité, toute décision prise par une juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3 est reconnue dans tous les autres États membres, dès lors qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture de la procédure.**

La procédure collective ouverte à l'encontre de la société Eurofood IFSC Ltd., société faisant partie du groupe italien Parmalat, dont le siège statutaire se trouvait en Irlande, est également devenue spectaculaire. La High Court of Dublin et

le Tribunale di Parma ont ouvert une procédure principale dans leur pays respectif. Le cas a été déféré à la CJCE, à l'initiative de la Supreme Court irlandaise du 27 juillet 2004, sur recours préjudiciel au sujet de l'article 3 et de la définition du centre des intérêts principaux. La décision est attendue avec impatience par les juges et praticiens des procédures collectives, qui espèrent des éclaircissements sur la définition du centre des intérêts principaux et, par voie de conséquence, sur les limites au forum shopping.

Dans cette affaire, l'avocat général a remis, en date du 27 septembre 2005, ses conclusions consultables sur le site de la CJCE ([www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)), dont il ressort notamment que « lorsqu'un débiteur est une filiale et que son siège statutaire et celui de sa société mère sont situés dans deux États membres différents, que la filiale gère habituellement ses intérêts d'une manière vérifiable par des tiers et dans le respect total et permanent de sa propre identité sociale dans l'État membre où est situé son siège social, la présomption énoncée à l'article 3 §1 du règlement 1346/2000, selon laquelle le centre des intérêts principaux de la filiale est situé dans l'État membre de son siège social, n'est pas renversé par l'exercice par la société mère du contrôle de la politique de sa filiale et de son pouvoir de nommer les administrateurs de sa filiale ».

**La loi applicable à la procédure et ses effets (article 4)**

En principe, le droit applicable à la procédure et à ses effets est celui de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte (article 4 al. 1). L'article 4 al. 2 prévoit des exemples d'application du principe de la *lex fori concursus*. Sur le plan procédural, le droit de l'État d'ouverture de la procédure détermine les conditions d'ouverture, le déroulement ou la clôture de la procédure. Sur le plan du droit matériel, la détermination, notamment, de la



qualité des débiteurs susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité, des biens faisant l'objet du dessaisissement, des pouvoirs respectifs du débiteur ou du syndic ainsi que des conséquences sur les poursuites individuelles, est régie par la *lex fori concursus*.

Pour protéger la confiance légitime et la sécurité des transactions dans des États différents de celui de l'ouverture de la procédure, le règlement connaît toutefois un grand nombre d'exceptions à l'application de la *lex fori concursus*. Dans les articles 5 à 15 du règlement, des exceptions notables sont prévues, rendant fréquemment applicable le droit d'un autre État membre.

**L'ouverture de la procédure secondaire s'opère sans que l'insolvabilité du débiteur soit examinée par le tribunal compétent, l'insolvabilité ayant déjà été constatée dans la procédure principale.**

Selon l'article 5, l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel d'un créancier sur des biens appartenant au débiteur, et qui se trouvent, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre. Il en va de même pour la réserve de propriété prévue à l'article 7 du règlement. La protection de ces droits réels réside dans l'inapplicabilité du droit étranger régissant la procédure collective. La validité et la portée d'un droit réel se déterminent dès lors selon le

droit local. D'après l'article 5, les droits réels situés dans un État membre, ne peuvent pas être restreints par l'ouverture d'une procédure collective dans un autre État membre. Les droits réels « étrangers » profitent donc d'une protection plus importante que les droits réels situés dans l'État d'ouverture de la procédure. Des poursuites individuelles ou des droits de restitution prévus par un droit local restent donc possibles. Les droits individuels des créanciers étrangers bénéficiaires de garanties et/ou de sûretés étant ainsi protégés, il en résulte un obstacle à la restructuration du débiteur dans le cadre d'une procédure collective. Ce problème peut, dans certaines conditions, être résolu par l'ouverture d'une procédure secondaire dans l'autre État membre concerné. Le règlement prévoit d'autres exceptions importantes à l'application de la *lex fori concursus*, notamment pour les contrats de travail, qui sont exclusivement régis par la loi de l'État membre applicable à ces contrats.

#### Reconnaissance de la procédure d'insolvabilité (articles 16 à 26)

Dans une procédure d'insolvabilité, toute décision prise par une juridiction d'un État membre, compétente en vertu de l'article 3, est reconnue dans tous les autres États membres, dès lors qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture de la procédure. La réserve prévue à l'article 26 permet en principe à tout État membre de refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une décision, si elle peut produire des effets manifestement contraires à son ordre public. Le règlement souligne cependant, dans ses considérants, que la reconnaissance des décisions des juridictions des États membres devrait reposer sur le principe de la confiance mutuelle et que les motifs de non-reconnaissance devraient être réduits au minimum nécessaire.<sup>6</sup>

Sauf dispositions contraires du règlement, la décision d'ouverture d'une procédure principale produit, sans aucune autre formalité, dans tout autre État membre les effets que lui a attribué la loi de l'État d'ouverture, aussi longtemps qu'aucune procédure secondaire n'est ouverte dans un autre État membre.

Le syndic, désigné par une juridiction compétente en vertu de l'article 3 al. 1, peut exercer sur le territoire d'un autre État membre tous les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de l'État d'ouverture. Il peut notamment déplacer les biens du débiteur hors du territoire de l'État membre sur lequel ils se trouvent, sous réserve du respect des articles 5 et 7. Il peut également exercer toute action révocatoire utile aux intérêts des créanciers.

#### Ouverture d'une procédure secondaire d'insolvabilité (Art. 27 à 38)

En cas d'ouverture d'une procédure secondaire d'insolvabilité dans un autre État membre, les prérogatives du syndic de la procédure principale sont limitées. Une procédure secondaire peut être ouverte, si le débiteur de la procédure principale possède un établissement sur le territoire de cet autre État membre (article 3 al. 2). Le règlement prévoit qu'il doit s'agir dans ce cas obligatoirement d'une procédure de liquidation. Les effets d'une telle procédure secondaire sont limités aux biens du débiteur situés sur le territoire de cet autre État membre. La loi applicable à la procédure secondaire est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure secondaire est ouverte. L'ouverture d'une procédure secondaire peut être demandée par le syndic de la procédure principale ainsi que par toute autre personne habilitée à demander l'ouverture selon le droit de l'État membre sur le territoire duquel l'ouverture de la procédure secondaire est demandée.



L'ouverture de la procédure secondaire s'opère sans que l'insolvabilité du débiteur soit examinée par le tribunal compétent, l'insolvabilité ayant déjà été constatée dans la procédure principale.

Un droit réciproque d'information et de coopération des syndics de la procédure principale et des syndics des procédures secondaires résulte de l'ouverture d'une procédure secondaire. Les syndics de la procédure principale et des procédures secondaires produisent dans les autres procédures les créances déjà produites dans la procédure pour laquelle ils ont été désignés, sous réserve des conditions particulières prévues dans l'article 32 al. 2.

Le règlement accorde toutefois certaines compétences particulières au syndic de la procédure principale, auquel il confère le rôle de personnage clé dans la procédure. Sous les conditions prévues dans l'article 33 du règlement, le syndic de la procédure principale peut demander la suspension de la liquidation dans la procédure secondaire. Une suspension peut être ordonnée pour une durée maximale de trois mois. Elle peut être prolongée ou renouvelée jusqu'à trois mois. Le juge de la procédure secondaire peut ordonner des mesures adéquates pour garantir les intérêts des créanciers de la procédure secondaire, qui disposent de moyens de défense contre la suspension, si cette mesure n'apparaît plus justifiée.

Le syndic de la procédure principale dispose également du droit de présenter des propositions relatives à la liquidation ou à toute utilisation des actifs de la procédure secondaire.

Un éventuel surplus d'actif de la procédure secondaire doit être transféré sans délai par le syndic désigné dans cette procédure au syndic de la procédure principale.

### Information des créanciers et production de leur créance (articles 39 à 42)

Tout créancier qui a sa résidence habituelle, son domicile ou son siège dans un État membre autre que l'État d'ouverture, a le droit de produire sa créance dans la procédure d'insolvabilité. Les tribunaux ainsi que les syndics sont obligés d'informer individuellement sans délai tous les créanciers connus de l'ouverture de la procédure, des délais et possibilités de production des créances. L'article 42 résout le problème de la langue dans laquelle la production de créance ou l'information des créanciers peut être rédigées. Le créancier peut produire sa créance dans la langue officielle de l'État membre dans lequel il a sa résidence habituelle, son domicile ou son siège, à la condition que sa déclaration de créance porte le titre « Production de créance » dans la langue officielle de l'État d'ouverture de la procédure.

### Conclusion

Le règlement assure donc un cadre juridique aux États membres permettant une coordination des procédures d'insolvabilité transfrontalières. Un grand nombre de questions reste toutefois à résoudre par les juridictions nationales et européennes, à commencer, comme évoqué ci-dessus, par la définition des contours du centre des intérêts principaux. S'agit-il en effet du centre de direction du débiteur, ou de l'endroit où le débiteur développe son activité économique? La réponse à cette question sera déterminante eu égard aux risques de forum shopping induits par l'imprécision de la notion de centre des intérêts principaux.

Dans ce contexte, la démarche des juridictions anglaises, qui revient à rattacher le centre des intérêts principaux des filiales d'un groupe au siège de la société mère a le mérite de proposer une solution globale à une situation d'insolvabilité d'un groupe

de sociétés international en vue d'une restructuration ou d'une vente de l'ensemble du groupe.

Toutefois, cette tendance anglaise est loin de faire l'unanimité. Les Tribunaux des pays de *civil law* sont encore réticents à l'ouverture de procédures collectives à l'encontre de débiteurs ayant leur siège sur le territoire d'un autre État membre, même si le centre des intérêts principaux est situé dans un autre État membre.

Ellen DELZANT  
*Schultze & Braun GmbH*  
*Achern, Allemagne*

<sup>1</sup> V. considérant 9 du règlement.

<sup>2</sup> Les procédures d'insolvabilité sur les entreprises d'assurance et les établissements de crédit sont régies par les directives 2001/24 du 4 avril 2001 et 2001/17 du 19 mars 2001.

<sup>3</sup> V. considérant 13 du règlement.

<sup>4</sup> V. considérant 4 du règlement.

<sup>5</sup> Une actualisation permanente de la jurisprudence européenne concernant le règlement est assurée par Insol Europe et accessible sur internet ([www.eir-database.com](http://www.eir-database.com)). Les décisions citées ci-après se trouvent à cette adresse.

<sup>6</sup> V. considérant 22.

# Mediation (tiaojie - 调解) in China

Judith GIBSON



Judith GIBSON

**F**ew countries in the world can compare to China's heavy reliance upon mediation for dispute resolution. While the success of mediation in China has attracted international admiration<sup>1</sup>, mediation in China differs in significant respects from mediation in Western countries. In China mediated dispute resolution is a carefully structured procedure of dispute resolution which is supported by statutes which actively encourage negotiation and regard litigation as the weapon of last resort. The mediation process is, in addition, a product of the political beliefs that tie together the conflicting historical and social elements of China, including communism and customary law. The entry of China into the World Trade Organisation adds another layer of complexity to this system.

## NOTE ON TERMINOLOGY

The words "conciliation", "mediation", "consultation" and "negotiation" as these terms do not have the same specificity in Chinese. Both "conciliation" and "mediation" can be translated into "tiaojie" 调解. There is no meaningful distinction between these two concepts in Chinese. It is important to differentiate between mediation and the concept of "consultation"/"negotiation". "Consultation" and "negotiation" (which are indistinguishable in Chinese, both being translated as "xieshang" - 协商), mean discussions between the parties by themselves without the intervention of a third party who assists or persuades them to accept a mediated solution. Many Chinese laws and regulations demonstrate a preference for this kind of unmediated discussion. More than 20 laws and regulations refer to consultation/negotiation or mediation as the first choice of dispute resolution and go

on to set out alternatives in such a way as to make it clear that private agreements are the preferred way of dispute resolution.<sup>2</sup>

The expression commonly used for the legal system is "fazhi" 法制. Literally, "fazhi" means "laws and institutions" or "the legal system". However the same pinyin (pronunciation) can also refer to "fazhi" 法治, which means "to use the law to rule", a phrase which originally referred to a doctrine of the Legalists (who lost out to the Confucianists for power 2,000 years ago) but which is now often used to refer to the Western notion of the rule of law.<sup>3</sup> The references in political documents, newspapers and books to fazhi 法制 as "socialist legality"<sup>4</sup> and the Communist party's policies form the bases of law. However, this concept of law was not an acceptance of the Westernised idea of the rule of law; Deng Xioping has famously been quoted as saying that "our country has no tradition of observing and enforcing laws."<sup>5</sup> Thus the legal system in China is the product of political philosophy as well as cultural pressures for harmonious non-litigious resolution of disputes, as an examination of the history of the use of mediation will show.

When considering the use of mediation within China it is important to understand that the formal legal system plays little part in Chinese life. Less than 2% of rural Chinese disputes involve a lawyer or courts<sup>6</sup> and the vast majority of Chinese disputes are resolved by mediation or the even more informal process of "xinfang". This is because for centuries China has traditionally lacked a clear division between administrative and judicial power<sup>7</sup>. Xinfang translates as "letters and visits".



The enormous changes in the Chinese legal system can help us understand some of the most challenging questions in comparative law and law reform that legislators in all countries are considering. It is not the purpose of this discussion paper to reflect upon those changes. In fact, in relation to both the mediation process and the expansion of the role of the people's juror, there has not been Westernised change but rather the refinement of a system that has been in place since before the 1949 Communist Revolution, as the following brief history will demonstrate.

## RESOLUTION OF CIVIL DISPUTES IN CHINA

### a) From before the Revolution to 1978

Prior to 1949 the codified civil law, which was based on the German legal system, was an uneasy mix between a legal tradition drawing on the traditions and concepts of religious beliefs in a patrimonial society<sup>8</sup> and 19<sup>th</sup> century European legal concepts adopted reluctantly in a climate of antagonism resulting from the first and second Opium Wars. The fundamental problem then, as now, is redefining a relationship between the law and political authority. Historically law held a subordinate place in the hierarchy of social values.

During the period from the Communist Revolution in 1949 until 1978 (the "pre-reform period") the legal system which had little impact on people's lives because most disputes were resolved by processes akin to mediation.

During this pre-reform period there were three main types of social conflicts involving civil law - economic dis-

putes, administrative grievances and civil disputes - and since dealings with the outside world were rare, economic disputes between domestic enterprises in China were principally resolved by administrative orders. Where disputes involving international trade were involved, the matter was referred to the Foreign Trade Arbitration Commission of the China Council for the Promotion of International Trade. A mere 27 cases involving foreign trade contracts were dealt with by this Commission between 1956 and 1976<sup>9</sup>.

**[...] In relation to both the mediation process and the expansion of the role of the people's juror, there has not been Westernised change but rather the refinement of a system that has been in place since before the 1949 Communist Revolution [...].**

The codified civil law was largely penal in nature and essentially deterrent in effect. The most effective means of resolving disputes was mediation. As early as the 1930s the Communist Party began organising people's mediation to resolve non-criminal disputes in places where it had established revolutionary bases. By the 1940s mediation was a recognised institution for domes-

tic civil disputes and according to government statistics more than 60% of disputes were solved by mediation<sup>10</sup>. These mediations, set up by regional regulations, survived the establishment of the Peoples Republic of China in 1949. In 1954 the Administrative Affairs Council of the Central People's Government adopted the Provisional General Principles on the Organisation of People's Mediation Committees. These regulations provided a general framework for conducting mediation by people's mediation committees; they not only handled civil disputes but also handled minor crimes and other matters such as family disputes and divorce. By 1955 70% of China's villages and neighbourhoods had mediation committees and more than 1 million people worked in the mediation system.

Mediation was not mandatory, nor was it a prerequisite to suing; the parties had to consent and the use of punishment or detention was forbidden. If the mediation failed the parties could go to court. If the mediation violated government policies or law it could be nullified by one of the Peoples Courts.

Although mediation remained popular after the 1949 revolution, the ideology behind it changed significantly. Two basic theories of Mao Zedong are relevant, namely the "mass line" theory (qunzhong luxian 群众路线) and "social contradictions" (shehui maodun - 社会矛盾). The "mass line" theory<sup>11</sup> is that organisations such as mediation committees, womens leagues, etc., are established to educate the masses and mobilise them for revolution. The theory of social contradictions was that there were two kinds of social contradictions - contradictions among the people and contradictions against the

people. For contradictions among the people (which was the character of the majority of disputes), education, persuasion and mediation are the preferred process whereas contradictions against the people were best handled by the adversarial process. In addition, the centuries-old tradition of consulting a revered elder still had some cultural force. However, mediators tended to be local officials chosen for their loyalty to the party rather than their mediation skills and results were uneven.

Alongside mediation, the traditional Chinese petitioning system of "xinfang" also survived the founding of the new regime. Xinfang offices were established in the early 1950s and somehow survived the Cultural Revolution; the process of sending letters of complaint rather than going to court remains popular to this day.

#### b) From 1978 to the current day

In 1978, with the introduction of the "open door policy", the new reformist leadership under Deng Xiao Ping assigned a high priority to the reform of the socialist legal system as part of a package of economic and legal reforms to introduce market mechanisms attractive to foreign investors as well as to maintain social order based on legal norms.

China's legal reforms have three key elements.<sup>12</sup> First, there is a basic structure through the promulgating and amending of general laws such as the Constitution, a criminal code and some aspects of the civil law. Secondly, by extensive borrowing from Western countries, China has enacted statutes over economic affairs such as contractual rights. Thirdly, China has substantially increased the number of lawyers

and judges and has improved training and conditions in order to deal with the significantly increased caseload.<sup>13</sup>

From 1979 to 1988 the National Peoples Congress (NPC) and its Standing Committee enacted about 80 new laws (falü - 法律) and decisions (juédìng - 决定). During the same period the State Council promulgated 550 administrative regulations. Provincial legislatures enacted more than 1,000 regulations.<sup>14</sup> Mediation continued to play a significant part in dispute resolution during this period. Not only did people's mediation continue, but mediation has come to be used in arbitration and court proceedings, and judges can be mediators. In 1980 the Provisional General Principles on the Organisation of People's Mediation Committees was promulgated. Mediation was promoted as the first line of defence for the purpose of resolving civil disputes and minor crimes in an atmosphere of public harmony.

At first mediations were conducted without much formal structuring but as the use of mediation increased the State Council (in 1989) promulgated the Regulations on the Organisation of People's Mediation Committees to formalise the process. An important part of this process was to set out the basis on which village members (cūnmín - 村民) and residents (jūmín - 居民) carried out mediation under the supervision of low-level public officials and grassroots peoples courts. Judicial assistants (sīfǎ zhùliúyuán - 司法助理员) appointed from among these low-level officials supervised the work of these mediation committees and the operating expenses were borne by villagers committees or residents' committees. Members of the mediation committee

were elected every three years and had to observe disciplinary rules such as not accepting invitations to dinner or gifts. They had to observe confidentiality and not insult (or imprison) the parties.

What kinds of disputes do these mediation committees hear? They consider all kinds of civil disputes between citizens of China, including helping to propagate laws or regulations through their work, and they also educate citizens to obey the law.

Examination of the kind of mediation available in China between its citizens helps us to understand the mindset that a Chinese person or company brings to the bargaining table. Two kinds of uniquely Chinese mediation/alternative dispute resolution of this kind are worth mentioning. The first is the administrative reconsideration process demonstrated in Zhang Yimou's film known in English as "The Story of Qiu Ju" (Qiu Ju da guansi) in which a woman seeks redress after her husband is kicked by the head man of her village. This interesting film depicts the ambivalence many of the more traditional Chinese have concerning justice. The complex relationships between members of a local community or a suburb are issues which are ideal for mediation but which may not be given weight by the formality of a legal system with strong Western characteristics.<sup>15</sup> The second is the completely informal domestic dispute resolution by the street committee (jiēdào wēiyuán huì - 街道委员会) which is not mediation but a neighbourhood justice system.

Mediation is free of charge and can be instigated even if the parties do not request it.<sup>16</sup> If it fails, or if one party does not accept the result, the matter can be litigated in court.



### WHAT KIND OF MEDIATION IS AVAILABLE?

The following kinds of mediation are available for disputes (excluding international or WTO-governed disputes):

- (a) **Mediation by the People's Mediation Committees.** Article 111 of the Constitution makes provision for this and Article 5 of the Regulations for the Organisation of People's Mediation Committees. These mediations occur outside the legal system.<sup>17</sup>
- (b) **Administrative mediation.** This is conducted outside the court system by "grassroots" local or government officials. Suitable matters for mediation include civil, economic and labour disputes. Zhu Yikun comments that there are no specialised mediators; they are usually carried out by the low-level public official who has been appointed as judicial assistant. This kind of mediation is largely unregulated.<sup>18</sup>
- (c) **Arbitration-based mediation.** These function outside the court and are conducted by arbitration bodies. If mediation fails then these bodies proceed to conduct the arbitration.<sup>19</sup>
- (d) **Judicial mediation.** This is the sole court-related mediation and it is used mainly in civil and economic disputes. It is compulsory in marital disputes. It is also, interestingly, available in minor criminal matters. If the court mediates, the decision is as valid as any court verdict. Unlike other mediations the result has the same force and effect as a court judgment.<sup>20</sup>
- (e) **Mediation Centre.** The Mediation Centre of China Chamber of International Commerce (CCOIC) and the

China Council for the Promotion of International Trade (CCPIT) were set up in 1987 as a nationwide network with numerous branches in major cities and the provinces. All areas of civil law including IP, technology and investment are covered. A panel of mediators selected by these bodies is available. Its mediation agreements do not have legally binding force.<sup>21</sup>

- (f) **Labor dispute mediation.** This is conducted by a mediation committee set up pursuant to Art. 79 of the Labor Law and Art. 7 of the ELDRR. It is a specialist mediation body for labor disputes only.

Mediation is not available in administrative law proceedings where legal proceedings have been commenced first.<sup>22</sup>

**Mediation is free of charge and can be instigated even if the parties do not request it. If it fails, or if one party does not accept the result, the matter can be litigated in court.**

The success rate for mediation in these schemes was high. From 1980 to 1994 peoples mediation committees resolved more than a million disputes, with a success rate of around 94.5%.<sup>23</sup> By contrast, between 1980 and 1981, only 6,132 economic cases of all varieties (including contracts) were submitted to the courts for adjudication.

However, in the late 1980s, the imbalance between cases sent to mediation and cases litigated in court began to change. By 1987 the number of cases going to court rather than mediation had increased to 256,432 cases involving civil obligations and an additional 332,496 cases involving contract disputes of a commercial nature.<sup>24</sup> In 1998 there were 984,000 peoples mediation committees, 9,175,000 mediators and 52,875 full-time judicial assistants. 5,267,000 civil disputes were mediated.<sup>25</sup> Judicial mediation still represents a popular alternative to going to court. However, an increasingly attractive feature of the legal system in China has been the appointment of clever and highly-trained judges who not only hear cases but can mediate as well.

### JUDICIAL MEDIATION IN CHINA

Judicial mediation has been used in China since the late 1930s and in 1982 the Civil Procedure Law formalised this, although on a temporary basis. The idea was that judges should encourage mediation but if this was ineffective then the judge should immediately hear the case. This led to comments about perceived coercion and further amendments in 1991 when the Civil Procedure Law was amended to emphasise voluntariness and to require that judges apply the law.

Mediation is available in China in courts at both first instance and second instance. If one party can prove that a legally effective mediated agreement was not entered into voluntarily or its contents violate the law, the appellate court can set aside the agreement and remit the case for rehearing.

In 1998 the courts of first instance con-



**While the reforms to Chinese law often appear to be Western in nature many, including mediation, are a uniquely Chinese interpretation of the law. The Chinese saying “yang wei zhong yong” (洋为中用) – “making foreign things serve China’s purpose” – is an apt description of the real nature of these changes to the law.**

cluded 3,360,028 civil disputes of which 1,540,368 were resolved by mediation (about 46%) and 1,456,247 economic disputes, of which 626,741 were resolved by mediation (about 43%). The courts of second instance decided 204,958 civil disputes, of which 17,620 were resolved by mediation (about 9%) and 89,261 economic disputes, of which 7328 were resolved by mediation (about 8%); these smaller percentages reflect the semi-appellate nature of the courts of second instance.

Vai Lo Lo notes that judicial mediation has received little praise and is generally regarded as a failure. For example, it is claimed that judges prefer to try to mediate because then they do not have to hand down a judgment. In addition, it is asserted that lower court judges have insufficient legal knowledge and use mediation and their interpersonal skills to hide this. However, the increasingly high educational and intellectual standard of judges in China and the apparent statistical evidence of increasing preference for going to court in my view will put an end to these kinds of criticisms of judicial mediation.

### SOME CONCLUSIONS

What advice should a lawyer give a client involved in a commercial dispute in China where there is an opportunity for mediation? The purpose of setting out this information is to dispel some of the myths about the mediation process in China and to show the very different mindset that the Chinese businessman may bring to the bargaining table.

The mediation processes described above relate to mediation inside China between residents of China. There are different procedures where foreign companies are concerned.

Nevertheless, it is important to bear in mind, when considering mediation with a Chinese company, that China has a lengthy history of solving conflicts in a non-adversarial and often highly informal fashion, and that the reluctance of Chinese companies to embark upon litigation may be partly as a result of the considerable success mediation has had in China in resolving conflicts.

To summarise some of the features of Chinese mediation that I have endeavoured to set out:

1. While mediation is not unique to China, Chinese mediation is unique in that it has been part of the social control network and has been set up in accordance with the revolutionary principles of the mass line and social contradiction as enunciated by Mao Zedong.
2. Different kinds of mediation have been institutionalised as part of the overall legal system. However, other forms of mediation exist outside the legal system and run parallel with it.
3. Pressure on the parties from a number of sources can be seen. As well as institutional pressures of the kind complained about in relation to judi-

cial mediation, or by reason of the mediators being adherents of the Communist Party, there are pressures even in informal mediation when one has regard to the traditional cultural values still in place in China such respect for elders and concepts of the desirability of harmony and balance.

4. However, mediation has a long and distinguished history in China of resolving disputes. In particular, judicial mediation has a significant role to play.
5. The way in which the World Trade Organisation (WTO) procedure for resolving trade quarrels under the Dispute Settlement Understanding will impact on this long history of alternate dispute resolution will be interesting to watch. Like the Chinese system, the WTO system encourages countries to settle their disputes by negotiation first. Following that, there is a carefully mapped out stage-by-stage procedure that includes the possibility of a ruling by a panel of experts and the right to appeal on a point of law. Issues such as enforcement of agreements, concerns about human rights and the need for training of Chinese mediators, lawyers and judges concerning these new provisions are issues outside this short summary.
6. Finally, the expansion of the role of the "people's juror" (also called a "lay assessor") by legislation coming into force on 1 May 2005 mean that the use of a lay member on the panel of judges will bring an additional "non-legal" flavour into court cases, both civil and criminal. It may well be that the presence of lay judges in courts will ensure that the prefer-

ence shown by many Chinese businesses for mediation and non-legal resolution of disputes may start to decline and the present increasing trend for parties to go to court will continue to rise. Given the higher calibre of judges in courts and the advantages of court-regulated procedure, the increasing role of the rule of law in determining disputes inside China seems not only desirable but more likely.

While the reforms to Chinese law often appear to be Western in nature many, including mediation, are a uniquely Chinese interpretation of the law. The Chinese saying "yang wei zhong yong" ( 洋为中用 ) - "making foreign things serve China's purpose" - is an apt description of the real nature of these changes to the law. It will be interesting to observe the interaction of these uniquely Chinese characteristics with the requirements of the WTO in WTO-regulated mediations.

Judith GIBSON

*About the author*

*Judith Gibson is judge of the District Court of New South Wales (in Australia) and a member of the International Law Council of the Law Council of Australia. In 2004 she was appointed to a Conseil Scientifique advising the Conseil d'Etat concerning World Bank reports ranking legal systems on business efficiency. She contributed an article in Chinese to the Sichuan Shenpan (the journal of the judges of Sichuan) in May 2005. This is a summary of her conference paper at the ULA conference in August 31 - September 4, 2005; the full text of this will be published in French by Les Echos de Paris in 2006.*



**Judge GIBSON with women judges from Shenzhen, China**

<sup>1</sup> The former Chief Justice of the U.S., Warren Burger, has expressed admiration of Chinese mediation institutions: Donald C Clarke, "Dispute Resolution in China", *Journal of Chinese Law*, University of Columbia, Vol 5 No. 2. Judge Jerome Frank expressed a similar admiration for the Chinese system for avoiding litigation in "Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice", Princeton University Press, 1949, p. 412.

<sup>2</sup> Zhu Yikun, "China's Procedural law", Law Press, China, 2003, p. 202, citing examples of legislation.

<sup>3</sup> See the discussion of this term by Yuanyuan Shen in "Conceptions and Receptions of Legality - Understanding the Complexity of Modern Law Reform in China", Karen G Turner, James V Feinerman and R Kent Guy (eds.), "The Limits of the Rule of Law in China" University of Washington Press 2000, p. 24.

<sup>4</sup> For example, the Third Plenary Session of the Eleventh Central Committee of the Communist Party (1978) issued a statement calling for a comprehensive and complete body of law (fazhi 法制).

<sup>5</sup> Deng Xiaoping, quoted in "Fundamental Issues in Present Day China", Beijing, Foreign Languages Press, 1987, p. 146.

<sup>6</sup> US Congressional Executive Commission on China 2004 Report, p. 72; by comparison, similar rural disputes in the United States involve lawyers 10% of the time. However, even in Beijing, civil disputes involving lawyers form only 9% of the total disputes: Ethan Mitchelson, "How much does Law Matter in Beijing?", [www.indianan.edu/emsoc/Publications/Mitchelson](http://www.indianan.edu/emsoc/Publications/Mitchelson).

<sup>7</sup> Ibid, p. 72.

<sup>8</sup> Max Weber, "The Religion of China", New York, Free Press, 1951, p. 148 - 50.

<sup>9</sup> Vai Lo Lo, "Resolution of Civil Disputes in China" (2001) *UCLA Pacific Basin law Journal* 117

<sup>10</sup> Vai Lo Lo, loc. cit.

<sup>11</sup> The phrase "mass line" was actually used by Mao in "A Talk to the Editorial Staff of the Shansi-Suiyuan Daily" (April 2, 1948), reproduced in "Selected Works", Vol IV, p. 241 - 2.

<sup>12</sup> Yuanyuan Shen, loc. cit., p. 21.

<sup>13</sup> The statistics speak for themselves. By 1986 there were 137,006 judges and clerks, and by 1990 this had increased to 171, 609. There were a mere 3,000 lawyers in 1980; by 1990 there were 37,806. There has been an even more rapid growth in size and professionalism of the legal profession since; by 1998 there were 101,220 lawyers and by 2002 there were 136,684 (source: "The State of China Atlas", Donald & Benewick, University of California Press, 2005, p. 118). In March 2004 the Tenth National People's Congress announced there would be thousands more lawyers trained (Shanghai Daily, 11

March 2004). The number of law offices has similarly greatly expanded; Professors Donald and Benewick note (at p.118, loc. cit.) the number of law offices increased from 8,946 in 1998 to 18,873 in 2002. The training programme for Chinese judges and lawyers includes overseas training as part of the budgets allocated for the courts and for lawyers. As one example of such overseas training, during 2003 and 2004 six judges from Beijing and Shanghai came to the District Court of NSW for up to half a year each of intensive work experience.

<sup>14</sup> Wang Renbo and Cheng Liaoyuan, *Fazhi lun 法制论*, Shandong People's Publishing House, Shandong, p. 415.

<sup>15</sup> For an interesting discussion of this film see Margaret K Woo, "Law and Discretion in Courts", "The Limits of the Rule of Law in China", loc. cit., at 184 - 5.

<sup>16</sup> Vai Lo Lo, op. cit. This is not as intrusive as it sounds; many Australian courts, for example, have provisions for compulsory mediation even where both the parties oppose mediation; see for example section 164A District Court Act 1973(NSW).

<sup>17</sup> Zhu Yikun, "China's Procedural law", Law Press, 2003, p. 204

<sup>18</sup> *ibid*, p. 205

<sup>19</sup> *ibid*, p. 206

<sup>20</sup> *ibid*, p.205. I have observed a judge attempt to mediate a settlement before, after and even during a commercial case he was hearing in court. The reason for judicial mediation being so common has much to do with the very high rate of unrepresented litigants.

<sup>21</sup> Zhu Yikun, loc cit, p.206

<sup>22</sup> However, if mediation or other non-judicial resolution is refused, an application for arbitration may be made or a lawsuit brought before a people's court: Administrative Reconsideration Law of the PRC, 1999, Article 8. The legislation encourages resolution of administrative matters by administrative reconsideration by denying this remedy to a litigant who has gone to a court first: Article 16.

<sup>23</sup> Vai Lo Lo, op. cit

<sup>24</sup> See the statistics collected by Pitman B. Potter in "Equality and Justice in Official and Popular Views about Civil Obligations", "The Limits of the Rule of Law in China", at p. 213. Potter notes that during 1987 and 1988 only 4.7 and 5.4% respectively of the claims submitted to mediation organs involved civil obligations, whereas during the same 2 years 37% and 47% respectively of the civil and economic cases submitted to the courts involved civil obligations and economic contracts.

<sup>25</sup> Vai Lo Lo, op. cit.

## Juriste International : politique éditoriale

L'objectif du Juriste International est d'offrir un forum de débats et d'informations sur des sujets qui intéressent les juristes en exercice dans le monde entier.

Juriste International n'esquivera pas les questions délicates ou controversées. Une publication qui ne viserait que des sujets faciles et sans risques ou qui ne publierait que des articles exprimant des opinions unanimes ou majoritaires ne vaudrait pas la peine d'être lue.

Les opinions exprimées dans le Juriste International ne reflètent que celles de leurs auteurs. La publication dans Juriste International n'implique ni que l'UIA ni que le Juriste International partagent ou soutiennent ces opinions. La publication ou la dissémination de matériel publicitaire ou promotionnel par Juriste International n'indique en aucun cas l'approbation des produits, services, personnes ou organisations par l'UIA ou par Juriste International.

## Juriste International: editorial policy

The aim of Juriste International is to offer a forum for discussion and information on issues of interest to practising lawyers throughout the world. Juriste International will not avoid difficult or controversial issues. A journal which covered only the safe or easy issues, or which only published articles expressing the consensus view or the opinions of the majority, would not be worth reading. The views expressed in articles in Juriste International are the views of the authors. Publication in Juriste International does not imply that either the UIA or Juriste International shares or supports those views. Publication or dissemination of advertising or promotional material does not indicate endorsement or support of any product, service, person or organisation by the UIA or Juriste International.

## Juriste International: política editorial

El objetivo de Juriste International es el de ofrecer un fórum de debate e información sobre temas que interesan a los juristas en ejercicio en el mundo entero. Juriste International no eludirá las cuestiones delicadas o controvertidas. No valdría la pena leer una publicación que trate únicamente sobre temas fáciles y sin riesgo, o que publique tan sólo artículos que expresen opiniones unánimes o mayoritarias. Las opiniones expresadas en Juriste International son sólo el reflejo del punto de vista de sus autores. Su publicación en Juriste International no implica que la UIA o Juriste International comparta o apoye dichas opiniones. La publicación o distribución de material publicitario o promocional en Juriste International no indica en ningún caso la aprobación de los productos, servicios, personas u organizaciones por parte de la UIA o de Juriste International.



# JURISTE INTERNATIONAL

PUBLICATION DE L'UIA / UIA PUBLICATION / PUBLICACIÓN DE LA UIA  
25, rue du Jour  
75001 PARIS (France)  
Tel. +33 1 44 88 55 66  
Fax. +33 1 44 88 55 77  
E-mail : uiacentre@uianet.org  
Site Web : www.uianet.org

## EQUIPE DE REDACTION / EDITORIAL TEAM / EQUIPO DE REDACCIÓN

Bernard GRELON,  
Rédacteur en Chef / Chief Editor / Redactor Jefe

Stephen DREYFUSS,  
Rédacteur en Chef Adjoint / Deputy Chief Editor / Redactor Jefe Adjunto

Rafael TRUAN BLANCO,  
Rédacteur en Chef Adjoint / Deputy Chief Editor / Redactor Jefe Adjunto

## DIRECTEURS DE RUBRIQUES / SECTION DIRECTORS / DIRECTORES DE SECCIÓN

Actualités de l'UIA / UIA News / Novedades de la UIA  
Verena MOLL

Droits de l'Homme et de la Défense / Human Rights and Defence of the Defence /  
Derechos Humanos y de la Defensa  
Stéphane BONIFASSI

La Profession d'Avocat / The Legal Profession / La Abogacía  
Franco VILLA

Pratique du Droit / Legal Practice / Ejercicio de la Abogacía  
Bénédicte QUERENET-HAHN

Coordinateur de la Rédaction / Editorial Coordinator / Coordinador de la Redacción  
Jean-Frédéric MAURO

Secrétaire de Rédaction / Editorial Assistant / Secretaria de Redacción  
Marie-Pierre RICHARD

## MAQUETTE ET EDITION / DESIGN AND EDITIONS / MAQUETA Y EDICION

APPS FRANCE  
Tél. : +33 1 53 34 92 17 - Email : fpcard@appsfrance.com

TIRAGE - DISTRIBUTION / CIRCULATION - DISTRIBUTION /  
TIRAJE - DISTRIBUCIÓN  
3500 exemplaires / copies / ejemplares

## CRÉDIT PHOTOS / PHOTOS CREDIT / CRÉDITO FOTOS

Couverture : MATTON  
Pages 25, 41, 49, 53 et 57 : ONHT (Office National Hellénique du Tourisme)  
Page 2 : Brochure de l'ONHT, GRÈCE 83, photo 17, page 22 de I. Giannelos  
Page 6 : Brochure de l'ONHT, GRÈCE 87, photo 226, page 180 de A. Miliarakis  
Page 37 : Brochure de l'ONHT, GRÈCE 83, photo 196, page 157 de N. Kontos  
Page 37 : Brochure de l'ONHT, GRÈCE 83, photo 199, page 160 de N. Kontos  
Page 37 : Brochure de l'ONHT, GRÈCE 83, photo 200, page 161 de N. Kontos  
Page 37 : Brochure de l'ONHT, GRÈCE 83, photo 207, page 169 de N. Kontos  
Page 38 : Brochure de l'ONHT, GRÈCE 87, photo 229, page 185 de I. Giannelos  
Pages 24, 29 et 30 : GOODSHOOT.COM





**UNION INTERNATIONALE DES AVOCATS  
INTERNATIONAL ASSOCIATION OF LAWYERS  
UNIÓN INTERNACIONAL DE ABOGADOS**



Information, programme et inscription en ligne : *Information, programme and registration online: información, programa e inscripción en línea:*

**www.uianet.org**

**INTERNATIONAL CIVIL LITIGATION  
AND THE USA  
(INCLUDING WHITE COLLAR CRIMINAL ISSUES)**



**WINTER SEMINAR**

**FEBRUARY 25 - MARCH 3, 2006**

SEMINAR ORGANISED BY THE UIA LITIGATION COMMISSION WITH THE SUPPORT OF THE ABA SECTION OF LITIGATION, INTERNATIONAL LITIGATION COMMITTEE, THE ABA INTERNATIONAL LAW SECTION, THE NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION, INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE SECTION, INTERNATIONAL LITIGATION COMMITTEE, THE COLORADO BAR ASSOCIATION, INTERNATIONAL LAW SECTION AND THE DENVER BAR ASSOCIATION, YOUNG LAWYERS DIVISION



International Law and Practice Section



International Law Section



Young Lawyers Division

**BRECKENRIDGE, COLORADO, USA**

**INFORMATION**

**UIA CENTRE  
25, RUE DU JOUR  
PARIS - FRANCE  
TEL: +33 1 44 88 55 66  
FAX: +33 1 44 88 55 77  
EMAIL: [uiacentre@uianet.org](mailto:uiacentre@uianet.org)**



There will be no hardcopies of the programme circulated in order to reduce costs.  
The full programme is only available on the internet.



Bahia.com.br - Ilha de Camamu - Cachoeira do Fraga

# Salvador de Bahia 2006

October 31 - November 4



CONGRÈS  
CONGRESS  
CONGRESO



Bahia.com.br - Ilha - Grande Margarete



UNION INTERNATIONALE DES AVOCATS  
INTERNATIONAL ASSOCIATION OF LAWYERS  
UNIÓN INTERNACIONAL DE ABOGADOS

Bahia.com.br - Valença - Pointe de la Bergerie



Bahia.com.br - Lincéus

# Brasil!