

REVUE DE DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES

INTERNATIONAL BUSINESS LAW JOURNAL

n° 2 - 2018

SOMMAIRE - CONTENTS

ARTICLES

Clotilde CAMUS, David CHEKROUN, Patrick-Hubert PETIT	Les entreprises au regard du Règlement Général sur la Protection des Données : quelles réformes à opérer ? / Companies and General Data Protection Regulation: What Reforms are needed?.....	125
Philipp FISCHER	De la « sphère de sécurité » au « bouclier de protection » : Aspects choisis du <i>EU-US Privacy Shield</i> / From the Safe Harbor to the Privacy Shield: Selected Aspects of the EU-US Privacy Shield	143
Filali OSMAN	The Harmonisation and/or Unification of the Arbitration Law in Arab-Mediterranean Countries / L'harmonisation et/ou l'unification du droit de l'arbitrage dans les pays arabo-méditerranéens	155

Opinion

Daniel BYRNE	Bratify and then Brexit? Between a Rock and a Hard Place / Jurisdiction unifiée des brevets : ratifier ou ne pas ratifier ? Lorsque le Royaume-Uni est entre le marteau et l'enclume.....	177
--------------	---	-----

ACTUALITES

DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL ET DE LA CONCURRENCE / INTERNATIONAL TRADE AND COMPETITION LAW

Nathalie JALABERT-DOURY, Estelle LECLERC, Jean-Maxime BLUTEL, Paul DODELLER	Politiques de Concurrence / Competition Policies	183
--	--	-----


ARBITRAGE INTERNATIONAL ET AUTRES MODES DE REGLEMENT DES CONFLITS / INTERNATIONAL ARBITRATION AND ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

Antonio MUSELLA et Živa FILIPIĆ	Les « Brèves » / Briefing	197
------------------------------------	---------------------------------	-----

LES ENTREPRISES AU REGARD DU REGLEMENT GENERAL SUR LA PROTECTION DES DONNEES : QUELLES REFORMES A OPERER ?

COMPANIES AND GENERAL DATA PROTECTION REGULATION: WHAT REFORMS ARE NEEDED?

Clotilde CAMUS,* David CHEKROUN** et Patrick-Hubert PETIT***

 Data processing; Data protection; Data protection officers; EU law; Implementation; Privacy by design

Cet article est issu d'une série de conférences organisées et d'entretiens réalisés sur le Règlement Général sur la Protection des Données. Ces conférences et entretiens ont mis en lumière une certaine appréhension des entreprises quant aux implications pratiques du Règlement. Les statistiques révèlent d'ailleurs le retard d'un grand nombre d'entreprises dans leur mise en conformité au Règlement.

L'objectif de cet article est donc de présenter de manière concrète les principales réformes que les entreprises doivent mettre en œuvre afin d'être en conformité avec les obligations posées par le Règlement. A cette fin, l'article se propose de capitaliser sur l'expérience pratique d'opérationnels qui traitent de ces problématiques au sein de leurs entreprises, ainsi que de la littérature existante sur le sujet.

Les auteurs tiennent à exprimer toute leur gratitude et à remercier très chaleureusement pour leur contribution notamment Vincent Maret,¹ Édouard Mercier,² Romain Perray,³ Samuel Profumo,⁴ Olivier Rigaudy⁵ et Lucy Savary,⁶ qui ont accepté de répondre à nos questions tout

This article is the result of a series of conferences and interviews on the EU General Data Protection Regulation. These conferences and interviews highlighted companies' apprehension regarding the practical implications of the Regulation. The statistics also show that many of these companies are experiencing delays in ensuring compliance with the Regulation.

The article aims at providing a concrete overview of the main reforms that companies have to implement in order to comply with the obligations set forth in the Regulation. To this end, the article seeks to capitalise on the practical experience of operational staff who deal with these issues within their companies, as well as on the existing literature on the subject.

The authors would like to extend their sincerest gratitude to all those who have contributed to this article, particularly Vincent Maret, Edward Mercier, Romain Perray, Samuel Profumo, Olivier Rigaudy and Lucy Savary, who agreed to answer our questions and offer their expertise. The views and comments expressed in

* Docteur en droit et chargée de mission au sein du KPMG Professorship in International Corporate Governance.

** Professeur de droit des affaires internationales à ESCP Europe, Directeur scientifique du KPMG Professorship in International Corporate Governance et Visiting Associate Professor of Law, Division of Social Science, New York University Abu Dhabi.

*** Associé KPMG SA, Président de l'Audit Committee Institute France et Président du Comité d'orientation du KPMG Professorship in International Corporate Governance à ESCP Europe.

this article are those of the authors and are not exhaustive.

The objective of this article is to present and discuss in practical terms the main reforms that companies must implement in order to comply with the obligations set forth in the General Data Protection Regulation.

The major change introduced by the Regulation is the transition from a system involving a declaration to the CNIL (French National Data Protection Commission) to one that requires the company itself to perform day-to-day monitoring activities. In exchange for this freedom (the current scheme is no longer based on reporting requirements), the European legislation imposes an accountability principle on companies. Under this principle, companies must on the one hand be able to take technical, organisational and legal measures on their own to comply with personal data law, and on the other hand be able to demonstrate their compliance at any given time (including through detailed documentation).

Although the Regulation sets only a general framework, without determining the specific means of implementing this principle, three main focuses of the reform can be identified:

- the compulsory appointment of a data protection officer for companies whose core business includes the regular and systematic large-scale monitoring of people or the large-scale processing of what is considered “sensitive” data, or data related to criminal convictions and offences;
- the obligation to protect data as early as the design stage of the data processing system (Privacy by Design) and to do so by default (Privacy by Default). Therefore, data controllers and sub-processors must on the one hand ensure that a product, service, application or solution complies with the Regulation throughout its entire life cycle; and on the other hand, by default, collect and process only the personal data that is strictly necessary for the purpose for which the processing of data is intended;
- the obligation to document all of the personal data processing activities the companies perform.

en apportant leur expertise. Bien entendu, les points de vue et commentaires exprimés dans cet article n’engagent que ses auteurs et ne sauraient prétendre à exhaustivité.

Cet article a pour objectif de présenter et commenter de manière concrète les principales réformes que les entreprises doivent mettre en œuvre afin d’être en conformité avec les obligations posées par le Règlement général sur la protection des données.

Le changement majeur apporté par le Règlement réside dans le passage d’une logique déclarative effectuée auprès de la CNIL à un contrôle au jour le jour fait par l’entreprise elle-même. En échange de cette liberté (le dispositif actuel ne repose plus sur un système d’obligations déclaratives), le législateur européen impose un principe d’*accountability*, de responsabilisation des entreprises. En vertu de ce principe, les entreprises devront, d’une part, être capables de prendre elles-mêmes des mesures — techniques, organisationnelles et juridiques — pour se conformer au droit des données personnelles, et d’autre part, être en mesure de démontrer leur conformité à tout moment (notamment à travers une documentation détaillée).

Si le Règlement se borne à fixer un cadre général, sans déterminer les moyens concrets de mise en œuvre de ce principe, trois principaux axes de réforme peuvent se dégager :

- la désignation obligatoire d’un délégué à la protection des données pour les entreprises dont l’activité de base consiste à réaliser un suivi régulier et systématique des personnes à grande échelle ou à traiter à grande échelle des données dites « sensibles » ou relatives à des condamnations pénales et à des infractions ;
- l’obligation de protéger les données dès la conception des traitements des données (*Privacy By Design*) et par défaut (*Privacy By Default*). Ainsi, les responsables de traitements et sous-traitants devront, d’une part, dès le stade de développement ainsi que tout au long du cycle de vie d’un produit, d’un service, d’une application ou d’une solution, assurer sa conformité au Règlement ; et d’autre part, collecter et traiter, par défaut, exclusivement les données à caractère personnel strictement nécessaires à la finalité poursuivie par le traitement ;
- l’obligation de documenter l’ensemble des traitements des données personnelles effectuées au sein des entreprises.

INTRODUCTION

La question des données qui, il y a encore quelques années était une question pour techniciens, est devenue aujourd'hui une question pour tous les décideurs, tous les acteurs de la vie publique et de la sphère économique, et assurément pour tous les juristes. La numérisation est en effet devenue omniprésente et le risque cyber se manifeste dans tous les domaines. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler que l'on « hacke » des entreprises, des administrations, des hôpitaux, des particuliers, etc.⁷

Par ailleurs, les individus sont de plus en plus soucieux de la protection de leurs données. L'exemple le plus emblématique est sans doute l'affaire dite *Max Schrems*, qui a donné lieu à un retentissant arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne.⁸ Dans cette affaire, Maximilian Schrems, étudiant autrichien et utilisateur de Facebook, réprouvait le transfert des données qu'il fournissait à Facebook depuis la filiale irlandaise de la société vers des serveurs situés aux Etats-Unis, données qui faisaient ensuite l'objet d'un traitement. Il avait alors déposé une plainte auprès de l'autorité irlandaise de contrôle, estimant qu'au regard des révélations faites en 2013 par Edward Snowden au sujet des activités des services de renseignement des Etats-Unis, le droit et les pratiques des Etats-Unis n'offraient pas de protection suffisante contre la surveillance, par les autorités publiques, des données transférées vers ce pays.⁹ L'autorité irlandaise avait rejeté la plainte au motif, notamment, que dans sa décision du 26 juillet 2000, la Commission avait considéré que dans le cadre du régime dit de la « sphère de sécurité » (*safe harbor*) les Etats-Unis assuraient un niveau adéquat de protection aux données à caractère personnel transférées. Saisie d'une question préjudicielle par la High Court of Ireland, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que les autorités nationales de contrôle pouvaient, même en présence d'une décision de la Commission constatant qu'un pays tiers offre un niveau de protection adéquat des données personnelles, examiner si le transfert des données d'une personne vers ce pays respecte les exigences de la législation de l'Union relative à la protection de ces données, et saisir les juridictions nationales, au même titre que la personne concernée, afin qu'elles procèdent à un renvoi préjudiciel aux fins de l'examen de la validité de cette décision. La Cour de justice a du même coup invalidé la décision de la Commission constatant que les Etats-Unis assuraient un niveau de protection adéquat aux données à caractère personnel transférées.

L'affaire n'est pas close, car le 3 octobre 2017, la High Court of Ireland a de nouveau interrogé la Cour de justice de l'UE sur la validité du mécanisme des clauses contractuelles types, lesquelles encadrent le transfert de données entre

INTRODUCTION

The data question, a few years ago only an issue for technicians, has now become one that concerns all decision-makers, all those involved in public life and the economic sphere, and certainly all jurists. Digitisation has now become pervasive and cyber risk is present in all arenas. To find proof of this, one only needs to observe how companies, administrations, hospitals, individuals, etc. have become victims of cyber-attacks.

Furthermore, individuals are increasingly concerned about the protection of their data. Perhaps the most emblematic example of this is the case known as *Max Schrems*, which led to the momentous ruling by the Court of Justice of the . In this case, Maximilian Schrems, an Austrian student and Facebook user, denounced the transfer of the data he provided to Facebook from the company's Irish subsidiary to servers located in the US, where the data was processed. He then filed a complaint with the Irish Data Protection Commissioner, believing that in light of the revelations made in 2013 by Edward Snowden about the activities of the US intelligence services, US law and practices did not offer sufficient protection against the monitoring of the data transferred to that country by public authorities. The Irish authority dismissed the complaint on grounds that in its decision of 26 July 2000, the Commission had considered that in the framework of the so-called "Safe Harbour" system, the US provided an adequate level of protection for the personal data that was transferred there. In light of reference made to a preliminary ruling by the High Court of Ireland, the Court of Justice of the European Union found that the national supervisory authorities could, even with the existence of a decision by the Commission stating that a third country offered an adequate level of protection of personal data, examine whether the transfer of a person's data to this country respected the requirements of EU legislation on the protection of this data. It also found that they could also bring the case before the national courts, in the same manner as the person in question, in order to refer it for a preliminary ruling to review the validity of this decision. At the same time, the Court of Justice overturned the decision of the Commission that found that the US provided an adequate level of protection for the personal data that was transferred there.

This is not a closed case, however, because on 3 October 2017, the High Court of Ireland again questioned the Court of Justice of the EU on the validity of the mechanism of standard contractual clauses, which govern the transfer of data between the EU and the US.

It is therefore evident that individuals are calling for increased protection of their personal data by European authorities, which are implementing stricter control.

Finally, the issue of personal data became a subject of major concern for companies with the adoption of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, known as the General Data Protection Regulation on the protection of data (hereinafter, GDPR). This Regulation provides for potential sanctions of 4 per cent of the companies' consolidated global turnover in the event of their failure to meet its obligations.

Although the GDPR entered into force on 24 May 2016, its effects, and in particular the attendant sanctions, have been deferred until 25 May 2018 in order to provide organisations with sufficient time to become compliant. Companies therefore have only a few months remaining to comply with the GDPR. Yet, in October 2017 some barometers predicted that "81% of enterprises will not be in compliance by May 2018".

The GDPR is bringing about a real cultural revolution within companies by forcing them to consider risks to other people, whereas traditionally they only considered their own risks. Thus the GDPR makes impact assessments mandatory whenever data processing is "likely to result in a high risk for the rights and freedoms of individuals".

Furthermore, what is of particular interest here is that the GDPR changes the "toolbox" and induces a shift in the data regulation paradigm. We are moving from a system of authorisations granted by regulators, with sanctions that were not very significant for large companies, to a system without authorisations in which the sanctions are potentially substantial, and within which the accountability of the company plays a decisive role. Therefore, the major change introduced by the GDPR lies in the switch from compliance being monitored exclusively by the CNIL (exo-control) to a control that is also carried out by the company itself (endo-control).

In exchange for this freedom (the new scheme is no longer based on a system of prior formalities), the European legislation imposes an accountability principle on companies. This concept is introduced in art.5, para.2 of the GDPR, which states that:

l'Union européenne et les Etats-Unis.¹⁰ Il est ainsi manifeste que les individus réclament plus de protection de leurs données personnelles auprès des autorités européennes, qui opèrent donc un contrôle plus rigoureux.

Enfin, la question des données personnelles devient un sujet de préoccupation majeur pour les entreprises avec l'adoption du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, dit Règlement général sur la protection des données (ci-après RGPD).¹¹ Celui-ci prévoit en effet des sanctions potentielles à hauteur de quatre pour cent du chiffre d'affaires mondial consolidé des entreprises en cas de manquement à leurs obligations découlant du Règlement.

Si le RGPD est entré en vigueur le 24 mai 2016, ses effets, et notamment les sanctions, ont été différés au 25 mai 2018 afin de laisser aux organisations le temps de se mettre en conformité.¹² Il ne reste donc que quelques mois aux entreprises pour se mettre en conformité avec le RGPD, tandis que certains baromètres prédisent en octobre 2017 que « 81% des entreprises ne seront pas en conformité en mai 2018 ».¹³

Le RGPD opère une véritable révolution culturelle au sein des entreprises en les obligeant à penser les risques pour les personnes, alors que traditionnellement elles pensaient les risques pour elles-mêmes.¹⁴ Le RGPD rend ainsi obligatoire les analyses d'impact dès lors qu'un traitement de données est « susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes concernées ».¹⁵

Par ailleurs, et pour ce qui nous intéresse plus particulièrement, le RGPD change la « boîte à outils » et le paradigme de la régulation des données. D'un système d'autorisations données par des régulateurs et avec des sanctions peu significatives pour les grandes entreprises, on passe à un dispositif sans autorisations, où les sanctions sont potentiellement considérables et au sein duquel la responsabilisation des entreprises (*accountability*) joue un rôle décisif. Le changement majeur apporté par le RGPD réside ainsi dans le passage d'un contrôle de conformité à la loi exclusivement effectué par la CNIL (exocontrôle) à un contrôle également opéré par l'entreprise elle-même (endocontrôle).

En échange de cette liberté (le dispositif actuel ne repose plus sur un système de formalités préalables), le législateur européen impose un principe d'*accountability*, c'est-à-dire de responsabilisation des entreprises.¹⁶ Cette notion est introduite à l'art.5, s.2 du RGPD, lequel énonce que

« le responsable du traitement est responsable du respect du paragraphe 1 [qui établit la liste de plusieurs principes généraux relatifs au traitement des données] et est en mesure de démontrer que celui-ci est respecté (responsabilité) ».

L'*accountability*, au sens du Règlement, est donc une situation dans laquelle l'entreprise est capable de démontrer qu'elle agit en conformité avec les principes du Règlement. L'article 24, intitulé « Responsabilité du responsable du traitement », réitère l'obligation de démontrer la conformité, laquelle doit passer par la mise en place de « mesures techniques et organisationnelles appropriées pour s'assurer — et être en mesure de démontrer — que le traitement est effectué conformément au présent règlement ».

En d'autres termes, en vertu du principe d'*accountability*, les entreprises devront, d'une part, être capables de prendre elles-mêmes des mesures — techniques, organisationnelles et juridiques — pour se conformer au droit des données personnelles, et d'autre part, être en mesure de démontrer leur conformité à tout moment.

Le RGPD se borne cependant à fixer un cadre général, sans déterminer les moyens concrets de mise en œuvre de ce principe, qui devront nécessairement être déclinés au cas par cas. La question se pose dès lors de savoir quels changements les entreprises vont devoir opérer pour se mettre en conformité avec le RGPD. En d'autres termes, quelles sont les mesures à prendre pour mettre en œuvre ce nouveau processus d'autorégulation ?

Parmi les différents chantiers à mettre en œuvre, trois axes principaux se dessinent. Ils seront traités dans les développements qui vont suivre. Le premier tient à la désignation d'un délégué à la protection des données. Le second est lié à l'obligation de protéger les données dès la conception — d'un produit ou d'un service — et par défaut. Enfin, le troisième impose aux entreprises l'obligation de tenir un registre des traitements des données effectués en leur sein.

LA DESIGNATION OBLIGATOIRE D'UN DELEGUE A LA PROTECTION DES DONNEES

Le RGPD prévoit la désignation obligatoire d'un délégué à la protection des données (« *Data Privacy Officer* » ou « DPO ») dans plusieurs cas, et notamment lorsque :

- « les activités de base du responsable du traitement ou du sous-traitant consistent en des opérations de traitement qui, du fait de leur nature, de leur portée et/ou de leurs finalités, exigent un suivi régulier et

“the controller shall be responsible for, and be able to demonstrate compliance with paragraph 1 [which establishes the list of several general principles for processing data] (accountability)”.

Accountability, within the meaning of the Regulation, is a situation in which the company is able to demonstrate that it complies with the principles of the Regulation. Article 24, entitled “Responsibility of the controller”, reiterates the obligation to demonstrate compliance, which must include the implementation of “appropriate technical and organisational measures to ensure and to be able to demonstrate that processing is performed in accordance with this Regulation.”

In other words, under the accountability principle, companies must on the one hand be able to take measures—technical, organisational and legal—on their own to comply with personal data law, and on the other hand be able to demonstrate their compliance at any given time.

However, the GDPR only sets a general framework, without determining the specific means of implementing this principle, which must necessarily be determined on a case-by-case basis. This prompts the question of what changes companies will have to make to become compliant with the GDPR. In other words, what measures will need to be taken to implement this new self-regulation process?

Among the various measures to be implemented, three main focuses are emerging. They will be addressed in the following sections. The first is the appointment of a data protection officer. The second is related to the obligation to protect data as early as the product or service design stage, and by default. Finally, the third requires companies to keep a record of the data processing activities they carry out.

THE COMPULSORY APPOINTMENT OF A DATA PROTECTION OFFICER

The GDPR provides for the compulsory appointment of a Data Protection Officer (DPO) in several cases, particularly in any case where:

- “the core activities of the controller or the processor consist of processing operations which, by virtue of their nature, their scope and/or their purposes, require regular and

systematic monitoring of data subjects on a large scale; or

- the core activities of the controller or the processor consist of processing on a large scale of special categories of data pursuant to Article 9 and personal data relating to criminal convictions and offences referred to in Article 10”.

A new stakeholder has therefore entered the company, with a significant role, since “the Data Protection Officer shall directly report to the highest management level of the controller or the processor”.

This appointment will lead to various difficulties in practice, depending on the initial maturity of the company in terms of data governance, and the company's type of structure and business sector.

While some companies have already appointed a CNIL-recognised data protection officer (hereinafter CIL, for the French term *Correspondant Informatique et Libertés*), others do not have this position or have limited the CIL's activity to a restricted scope (for example, human resources management).

In the first instance, the Data Protection Officer is ideally suited to replace the CIL since they have similar functions. We know that the CIL's role is to ensure that an organisation complies with the Act of 6 January 1978 on Information Technology, Data Files and Civil Liberties (hereinafter, Data Protection Act). In other words, the CIL is the reference person for all questions regarding privacy policy within the company, as well as being the primary contact person for communications with the CNIL. The DPO, on the other hand, is responsible for ensuring that the organisation which has appointed him or her is compliant with the GDPR. The CNIL presents this role as the “conductor whose mission involves providing information, advice and internal control”. More specifically, in accordance with art.39, para.1 of the GDPR, the DPO primarily has the following responsibilities:

- to inform and advise the controller or the processor and their employees on the content of the new obligations;
- to ensure the proper application of the GDPR and to monitor compliance. Therefore, “the CIL is no longer responsible for informing the data controller in the event of breaches, but must now guarantee the compliance of actions carried out within the organisation”;
- to advise the organisation on how to proceed with data protection impact assessments, and to monitor their performance. The Regulation

systematique à grande échelle des personnes concernées ; ou

- les activités de base du responsable du traitement ou du sous-traitant consistent en un traitement à grande échelle de catégories particulières de données visées à l'article 9¹⁷ et de données à caractère personnel relatives à des condamnations pénales et à des infractions visées à l'article 10 ».¹⁸

Un nouvel acteur fait ainsi son apparition au sein de l'entreprise, avec un message fort, puisque « le délégué à la protection des données fait directement rapport au niveau le plus élevé de la direction du responsable du traitement ou du sous-traitant ».¹⁹

Cette désignation suscitera des difficultés diverses en pratique, selon la maturité initiale de l'entreprise en matière de gouvernance des données, le type de structure et le secteur d'activité de l'entreprise.

En effet, alors que certaines entreprises ont déjà désigné un Correspondant Informatique et Libertés (ci-après CIL),²⁰ d'autres n'en sont pas dotées ou ont circonscrit l'activité du CIL à un périmètre restreint (la gestion des ressources humaines, par exemple).

Dans le premier cas, le délégué à la protection des données a une vocation naturelle à succéder au CIL dans la mesure où leurs fonctions sont similaires. On sait en effet que le rôle du CIL consiste à veiller à la conformité d'une organisation à la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (ci-après loi Informatique et Libertés).²¹ En d'autres termes, le CIL est non seulement le référent pour toute question ayant trait au respect de la vie privée au sein de l'entreprise, mais il est également l'interlocuteur privilégié de la CNIL. Le DPO est quant à lui chargé de mettre en œuvre la conformité au RGPD au sein de l'organisme qui l'a désigné.²² Il est présenté par la CNIL comme le « chef d'orchestre qui exerce une mission d'information, de conseil et de contrôle en interne ».²³ Plus précisément, et conformément à l'art.39, para.1 du RGPD, le DPO est principalement chargé :

- d'informer et de conseiller le responsable de traitement ou le sous-traitant ainsi que leurs employés sur le contenu des nouvelles obligations ;
- de contrôler le respect et la bonne application du RGPD. Ainsi, « il ne s'agit plus pour le CIL d'informer le responsable de traitement en cas de manquements, mais de se placer en garant de la conformité des actions entreprises au sein de l'organisme »²⁴ ;
- de conseiller l'organisme sur la réalisation d'études d'impact sur la protection des données et d'en vérifier l'exécution. Les études d'impacts sont en effet

rendues obligatoires par le Règlement dans le cas d'un traitement de données qui comporterait un risque élevé d'atteinte aux droits et libertés des individus ;

- de coopérer avec l'autorité de contrôle et d'être le point de contact de celle-ci.

Pour autant, le CIL d'aujourd'hui ne deviendra pas automatiquement le délégué à la protection des données de demain. Le RGPD confère en effet une autre dimension au délégué.

En premier lieu, les missions du délégué, et tout particulièrement son rôle de conseil et de sensibilisation sur les nouvelles obligations du Règlement, sont renforcées. A cet égard, la sensibilisation du personnel de l'entreprise — de la direction aux chefs de projet — sera délicate dans les entreprises où la donnée n'est pas au cœur du métier, et où le « retour sur investissement » peut sembler minime. Une véritable implication de l'ensemble du personnel en matière de protection des données sera illusoire tant que la direction ne prendra pas des mesures en ce sens et ne donnera pas l'exemple.

En tout état de cause, le délégué sera mieux armé que le CIL pour exercer ses missions dans la mesure où le RGPD fait obligation de lui donner les ressources nécessaires, notamment en termes de budget et d'infrastructures.²⁵

En deuxième lieu, dans la mesure où le délégué doit rendre compte au plus haut niveau de la direction de l'entreprise,²⁶ et ainsi délivrer son expertise aux cadres dirigeants, sa fonction se professionnalise. La question de ses qualifications et de sa formation se posera avec davantage d'acuité. En effet, alors que la loi dite Informatique et Libertés prévoit que le CIL « est une personne bénéficiant des qualifications requises pour exercer ses missions »,²⁷ le RGPD va plus loin en énonçant que :

« le délégué à la protection des données est désigné sur la base de ses qualités professionnelles et, en particulier, de ses connaissances spécialisées du droit et des pratiques en matière de protection des données, et de sa capacité à accomplir les missions visées à l'article 39 ».²⁸

De fait, de plus en plus d'universités notamment en France²⁹ et en Europe³⁰ proposent des formations de second cycle alliant le droit et les nouvelles technologies. Pour autant, en pratique, la formation continue se révèle la plus adaptée. En effet, pour exercer efficacement ses missions, le délégué doit, d'une part, être capable de comprendre les opérations de traitement effectuées par l'organisme qui l'a désigné, et d'autre part, avoir une connaissance intime de cet organisme et de son secteur d'activité.³¹

makes impact assessments mandatory when the processing of data involves a high risk for the rights and freedoms of individuals;

- to cooperate with the supervisory authority and to act as the contact point for this authority.

However, the current CIL will not automatically become the future data protection officer. The GDPR confers an additional dimension on this officer.

First of all, the DPO's position involves more duties, including the role of advising and raising awareness on the new obligations of the Regulation. In this regard, raising awareness among the company's staff—from senior management to project leaders—will be difficult in companies for whom data is not part of the core business, and for whom the "return on investment" may seem minimal. Genuine involvement of all staff in the area of data protection would be unrealistic unless senior management takes steps in this direction and leads by example.

In any event, the DPO will be better equipped than the CIL to carry out their duties, since the GDPR stipulates that these officers must be given the necessary resources, particularly in terms of budget and infrastructure.

Secondly, since the DPO must report to the highest level of company management, and thus offer their expertise to senior executives, this role takes on a higher level of professionalism. The question of the individual's training and qualification becomes more significant. Whereas the Data Protection Act stipulates that the CIL "must be an individual who holds the qualifications required to carry out his or her duties," the GDPR goes a step further, stating that:

"the data protection officer shall be designated on the basis of professional qualities and, in particular, expert knowledge of data protection law and practices and the ability to fulfil the tasks referred to in Article 39".

As a result, more and more universities in France and Europe are offering graduate training courses that combine law and new technologies. Yet, in practice, continuing education courses are better suited to this position. To effectively carry out these tasks, the DPO must on the one hand be able to understand the processing operations carried out by the organisation that appointed him or her, and on the other hand have an in-depth understanding of the organisation and its business sector.

Finally, the Data Protection Officer position will likely involve a more strategic aspect than the CIL position. The officer will need to independently challenge the business departments and have a sufficiently strong profile capable of questioning, where appropriate, company projects of strategic importance related to big data or digital marketing. To this end, the GDPR stipulates that:

“the controller and processor shall ensure that the Data Protection Officer does not receive any instructions regarding the exercise of those tasks. He or she shall not be dismissed or penalised by the controller or the processor for performing his tasks.”

Therefore, if a DPO considers that a processing operation will likely pose a high risk and advises the controller to carry out an impact assessment, and if the processor disagrees with the DPO's analysis, the DPO may not be removed from his or her position for having provided this advice. Similarly, pursuant to art.38 para.6 of the GDPR, “the controller or processor shall ensure that any such tasks and duties do not result in a conflict of interests.” This means that the officer must not have a position within the organisation that would involve him or her determining the purposes or means of the processing of data.

The task of integrating and positioning the DPO within a company is more difficult within large, hierarchical structures, as well as in sectors in which data is central to the business, such as banks and insurance companies. In practice, reflections on the kind of role the DPO should play can lead to significant delays. Should it be connected to the admin department, the legal department, the IT department or the communications department? None of these positions are completely suited to this role due to the multiple skills the DPO must possess: legal, technical and communication skills. For example, in some banks the DPO reports to the “compliance” department. It is perhaps regrettable that some approaches simplify this role, and do not reflect the true challenge the GDPR represents.

The task of positioning the DPO is less problematic within smaller structures and in the industry sector, in which data is not as significantly linked to the core business. The issue then becomes polarised, focusing on the efficiency of its function rather than on the strategies for managerial positioning.

Finally, while the designation of a CIL was optional, in some cases the compulsory appointment of a data

Enfin, le poste de délégué à la protection des données est susceptible de revêtir une dimension plus stratégique que celui du CIL. Le délégué doit en effet pouvoir, en toute indépendance, interpellier les directions métiers et avoir la stature suffisante pour remettre en question, le cas échéant, des projets d'entreprise à fort enjeu liés au *big data* ou au marketing digital. A cette fin, le RGPD prévoit que :

« le responsable du traitement et le sous-traitant veillent à ce que le délégué à la protection des données ne reçoive aucune instruction en ce qui concerne l'exercice des missions. Le délégué à la protection des données ne peut être relevé de ses fonctions ou pénalisé par le responsable du traitement ou le sous-traitant pour l'exercice de ses missions ».³²

Ainsi, si un DPO estime qu'un traitement est susceptible d'engendrer un risque élevé et conseille au responsable de traitement de procéder à une analyse d'impact, et si le responsable de traitement est en désaccord avec l'analyse du DPO, alors ce dernier ne peut être relevé de sa fonction pour avoir formulé un tel conseil.³³ De même, en application de l'art.38 para.6 du RGPD, « le responsable du traitement ou le sous-traitant veillent à ce que ces missions et tâches n'entraînent pas de conflit d'intérêts ». Cela signifie que le délégué ne peut occuper au sein de l'organisme des fonctions le conduisant à déterminer les finalités et les moyens d'un traitement.³⁴

La question de l'intégration et du positionnement du délégué au sein d'une entreprise est davantage sensible dans les grandes structures très hiérarchisées, ainsi que dans les secteurs où la donnée est au cœur du métier, comme la banque ou les assurances. En pratique, d'importants retards peuvent résulter d'une réflexion sur la place que devra occuper le délégué. Faut-il le rattacher au secrétariat général, au service juridique, au service IT ou au service communication ? Aucune de ces positions n'est réellement satisfaisante en raison des multiples compétences attendues du délégué : compétences juridiques, techniques et de communication. A titre d'exemple, dans certaines banques, le délégué est rattaché au service « conformité ». On peut regretter certaines approches réductrices, alors que l'enjeu véritable du RGPD réside ailleurs.

La question du positionnement du délégué est moins problématique dans les plus petites structures ou dans le secteur de l'industrie où la donnée n'est pas aussi sensiblement liée au cœur du métier. L'enjeu est alors polarisé autour de l'efficacité de sa fonction plutôt que sur des stratégies de positionnement managérial.

Enfin, alors que la désignation d'un CIL était facultative, la désignation obligatoire d'un délégué à la protection des

données dans certaines hypothèses opère un changement d'échelle. Ce sont en effet plus de 28.000 postes de délégué qui sont à pourvoir au sein de l'Union européenne³⁵ et la pénurie frappe la France, au même titre que d'autres Etats membres de l'Union européenne.³⁶ Certains Etats membres, qui ne connaissent pas la fonction de CIL, sont au demeurant davantage pénalisés.

La question du recrutement d'un délégué à la protection des données est donc particulièrement préoccupante. A cet égard, plusieurs possibilités s'offrent aux entreprises.

Tout d'abord, il ne faut pas négliger les candidats internes, quand bien même la tentation peut être grande de vouloir recruter un expert venant de l'extérieur. En pratique, en effet, on attend du délégué une connaissance intime de l'entreprise et d'excellentes qualités de communication. Un expert — juridique ou informatique — recruté à l'extérieur ne sera en revanche pas connu au sein de l'entreprise et pourra éprouver des difficultés à vulgariser auprès du plus grand nombre des informations spécialisées. Un choix astucieux pourrait alors consister à former quelqu'un en interne. A cet égard, les RSSI ou les auditeurs internes incarnent de bons candidats.

Ensuite, le délégué à la protection des données peut être mutualisé, c'est-à-dire désigné pour plusieurs organismes, sous certaines conditions. Par exemple, lorsqu'un délégué est désigné pour un groupe d'entreprises, il doit être facilement joignable à partir de chaque lieu d'établissement. Il doit en effet être en mesure de communiquer efficacement avec les personnes concernées et de coopérer avec l'autorité de contrôle.³⁷

Enfin, le RGPD permet aux entreprises d'externaliser les délégués à la protection des données. L'article 37 para.6 dispose en effet que « le délégué à la protection des données peut [...] exercer ses missions sur la base d'un contrat de service ». Toutefois, si l'idée d'externaliser les délégués est régulièrement évoquée,³⁸ une telle initiative ne semble réellement opératoire que dans des petites structures, telles des *start-ups* innovantes qui réalisent des projets risqués pour la vie privée.

GARANTIR LA PROTECTION DES DONNEES DES LA CONCEPTION (*PRIVACY BY DESIGN*) ET PAR DEFAULT (*PRIVACY BY DEFAULT*)

La protection des données dès la conception est prévue à l'art.25 du RGPD. Il s'agit d'une démarche proactive en vertu de laquelle les responsables de traitement et les sous-traitants doivent mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour assurer, dès le stade de développement ainsi que tout au long du cycle de vie d'un produit, d'un service, d'une application ou d'une

protection officer will now require a scale-up. There are indeed over 28,000 DPO posts to be filled within the EU and the shortage has affected France as well as other Member States of the EU. Some Member States that did not have the CIL function are further penalised.

Hiring a Data Protection Officer therefore represents a major concern. To meet this challenge, companies have several options.

First of all, they must not overlook internal candidates, even when it is tempting to seek an outside expert. In practice, the DPO is expected to have in-depth knowledge of the company and excellent communication skills. However, a legal or IT expert recruited from outside the company will not be well known within the company and may have difficulties communicating specialised information to as many staff members as possible. Training an internal staff member could therefore be a wise choice. In this case, information systems security managers and internal auditors could be good candidates.

The Data Protection Officer may also share his or her expertise with several organisations under certain conditions. For example, when a DPO is appointed for a group of companies, he or she must be reachable from each entity. The DPO must be able to communicate effectively with the individuals concerned and cooperate with the supervisory authority.

Finally, the GDPR allows companies to outsource Data Protection Officers. Article 37 para.6 states that "The Data Protection Officer may [...] fulfil the tasks on the basis of a service contract." However, although the idea of outsourcing the DPO is often mentioned, this kind of initiative only seems feasible for small structures, such as innovative start-ups that develop projects that involve privacy risks.

ENSURING DATA PROTECTION THROUGH PRIVACY BY DESIGN AND PRIVACY BY DEFAULT

Data protection by design is provided for in art.25 of the GDPR. It is a proactive approach in which the controller and processors must implement suitable technical and organisational measures to ensure, from the development stage and throughout the life cycle of a product, service, application or solution, its compliance with the GDPR, and especially the protection of the rights of data subjects. In other words, the GDPR

imposes an obligation to anticipate all the risks involved in processing personal data.

More generally, the Privacy by Design measure is a question of common sense, effectiveness and efficiency. The ex-post costs of compliance can indeed be very high if a breach or non-compliance is detected after the production of an application.

Protection of data by default, on the other hand, involves the default collection and processing only of personal data that is strictly necessary for the purpose of the processing operation. The GDPR specifies that data protection by default limits the amount of personal data collected, as well as the scope of the processing, how long the data is kept and the amount of people who can access the data.

These measures must "make the individual master of his or her data" and thus enable "the company to adopt a responsible approach that boosts user confidence and offers a competitive advantage".

To better understand the concept of Privacy by Design, which appears in the text of the GDPR, we must present the work of the woman who inspired it, Canadian Ann Cavoukian, who conceptualised it in the 1990s during her term as the Information and Privacy Commissioner of Ontario. She began with the observation that the legal framework was insufficient to ensure the true protection of privacy. She suggested that it was necessary to intervene prior to data processing by using an approach that integrates technical and organisational measures into all technology in order to avoid the invasion of individuals' privacy. Ann Cavoukian identified several principles that should govern Privacy by Design:

- *Proactivity*, which aims to prevent personal data breaches rather than trying to rectify the consequences after the fact. In this regard, the economic operator must think about the privacy breach incidents that could result from the exploitation of the technology. The difficulty here is related to the fact that the economic operator must examine this issue in the short, medium and long terms, even though all the potential incidents cannot always be anticipated;
- *Protection by default*, in order to protect individuals' personal data in all circumstances, without requiring any action on their part. This means that the operator must define the maximum level of protection and ensure that

solution, sa conformité au RGPD, et tout particulièrement la protection des droits des personnes concernées.³⁹ En d'autres termes, le RGPD impose une obligation d'anticipation de tous les risques liés au traitement des données à caractère personnel.

Plus généralement, le *Privacy by Design* est une mesure de bon sens, d'efficacité et d'efficience. Les coûts de mise en conformité *a posteriori* en cas de découverte de failles ou de non-conformité après la mise en production d'une application peuvent en effet se révéler très élevés.

La protection des données par défaut, consiste quant à elle à collecter et traiter, par défaut, exclusivement les données à caractère personnel strictement nécessaires à la finalité poursuivie par le traitement. Le RGPD précise que la protection des données par défaut vise à limiter la quantité de données à caractère personnel collectées, ainsi que l'étendue du traitement, la durée de conservation des données et le nombre de personnes pouvant accéder aux données.⁴⁰

Ces mesures doivent « rendre l'individu maître de ses données »⁴¹ et permettre ainsi à « l'entreprise de s'inscrire dans une démarche responsable améliorant la confiance des utilisateurs et apportant un avantage compétitif ».⁴²

Pour mieux saisir le concept de *Privacy By Design*, qui fait son apparition textuelle dans le RGPD, il faut présenter les travaux de son inspiratrice, la canadienne Ann Cavoukian, qui l'a conceptualisé dans les années 90 alors qu'elle était commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario. Celle-ci est partie du constat selon lequel le cadre légal était insuffisant pour assurer une réelle protection de la vie privée. Selon elle, il fallait intervenir en amont grâce à une démarche qui intègre à toute technologie des mesures techniques et organisationnelles afin qu'elle ne porte pas atteinte à la vie privée des individus. Ann Cavoukian a identifié divers principes devant régir le *Privacy By Design*⁴³ :

- *La proactivité*, qui consiste à prévenir les risques d'atteinte aux données personnelles plutôt que d'essayer d'en corriger les conséquences *a posteriori*. A cet égard, l'opérateur économique doit s'interroger sur les incidents d'atteinte à la vie privée qui peuvent résulter de l'exploitation de la technologie. La difficulté ici va être liée au fait que l'opérateur économique doit se poser la question à court, moyen et long terme, alors même que l'ensemble des incidents possibles ne peut pas toujours être anticipé ;
- *La protection par défaut*, afin de protéger les données personnelles de l'individu en toutes circonstances, même sans action préalable de sa part. Cela signifie que l'opérateur doit définir le niveau de protection

maximale et s'assurer que la solution technique la garantit sans qu'aucun réglage par l'utilisateur ne soit nécessaire ;

- *La protection par construction*, qui suppose d'intégrer la protection de la vie privée dans la conception des systèmes et des pratiques. Ainsi, la réflexion de la protection de la vie privée doit être prise en compte dès la conception du produit ou du service. Ce principe vise également à concilier les intérêts des utilisateurs d'un produit et des entreprises ;
- *La protection de bout en bout*, pendant toute la période de conservation des renseignements. Cette obligation n'est pas nouvelle et suppose que l'entreprise soit en mesure d'assurer la sécurité de la conservation et de la destruction des données ;
- *Visibilité et transparence*, qui devront être assurées par une documentation réalisée par le responsable de traitement afin de démontrer, notamment en cas de contrôle, que l'utilisation de la technologie est conforme à ses objectifs ;
- *Souveraineté de l'utilisateur*, dont le respect de la vie privée et la protection des données personnelles doivent structurer les échanges d'information.

Ces principes fondamentaux doivent permettre de réduire les risques pour les personnes, liés à un mauvais usage de leurs données, ce qui n'était pas assuré par le régime de formalités préalables.

En pratique, le *Privacy By Design* se pense *in concreto*, en fonction de chaque modèle technique et commercial développé, et repose sur une analyse des risques adaptée, qui durera tout au long de la vie du produit/service. De ce point de vue, la généralité des termes employés par le RGPD est source d'interrogations. Se pose en particulier la question des acteurs qui doivent prendre part au respect de ce principe, des technologies concernées et surtout des mesures concrètes à mettre en œuvre.⁴⁴

Les acteurs du Privacy By Design. Dans la mesure où ce principe est à la frontière d'obligations juridiques, informatiques, économiques, éthiques et organisationnelles, il va nécessiter une coopération de l'ensemble des acteurs de l'entreprise. L'entreprise va devoir insuffler une véritable culture des données personnelles à l'ensemble des intervenants. Si cette culture devra être portée en premier lieu par le *Data Privacy Officer*, on comprend aisément que les responsables de développement et de projet vont devoir être les premiers à s'emparer du *Privacy By Design* et à en tenir compte dès le stade de réflexion sur le développement de nouvelles technologies.

the technical solution guarantees this level without requiring the user to make any adjustments;

- *Protection embedded into design*, which requires the protection of privacy to be integrated into the design stage of systems and practices. The reflection on privacy protection must therefore begin at the design stage for a product or service. This principle also aims to reconcile the interests of the users of a product with those of companies;
- *End-to-end security*, throughout the entire period the information is retained. This obligation is not new and assumes that the company is able to ensure the security of data retention and destruction;
- *Visibility and transparency*, which must be ensured through documentation carried out by the controller in order to demonstrate, particularly in the event of a control, that the use of the technology is consistent with its objectives;
- *User sovereignty*, including respect for user privacy and the protection of personal data, must structure the exchange of information.

These fundamental principles are intended to reduce the risks for individuals related to the misuse of their data, which was not provided for in the previous system of formalities.

In practice, Privacy by Design must be thought of in concrete terms, according to each technical and commercial model developed, and based on a suitable risk analysis that will continue throughout the entire life cycle of the product/service. In this regard, the general nature of the wording used in the GDPR raises questions. In particular, questions arise regarding the actors that should be involved in enforcing this principle, the technology concerned, and especially the concrete measures to be implemented.

The actors involved in Privacy by Design. Since this principle overlaps legal, IT, economic, ethical and organisational obligations, it will require the cooperation of all the company stakeholders. The company will need to instil a genuine culture of personal data protection among all stakeholders. While this culture must be primarily led by the Data Privacy Officer, it is easy to see that development and project leaders will have to be the first to integrate Privacy by Design and take it into account as early as the initial reflection process for developing new technology.

The technology concerned. Examples include social networks, devices related to e-health (watches, pedometers, etc.), connected objects such as cars (geo-location, recording behaviours), the development and use of drones, etc.

The measures to be implemented. In general, Privacy by Design will require companies to change their methodology for project management and will require them to make certain choices, particularly in limiting the offer they propose to customers. More specifically, this can involve, in the beginning stages of designing a personal data collection form, adding a check box to obtain the individual's consent to use their data that is not strictly necessary for the purpose for which it is being processed, and that will be used for other purposes, such as profiling for the purpose of commercial prospecting. It may also involve, at the time of a website's initial construction, planning for an area in the graphical user interface where a specific information statement will be displayed on the site. In particular, this will include all measures to anonymise or pseudo-anonymise personal information, for example, in order to limit access to aggregated data only, not to raw data when data are communicated to third parties, or to minimise the amount of data collected by a connected object according to the purpose of the processing.

Beyond these uncertainties, a few difficulties may arise during the practical implementation of this concept. For example, how can a controller be sure that a given technology complies with the Privacy by Design principle, especially regarding the anonymisation technique used, since it has been demonstrated that anonymisation techniques are not fool-proof and that individuals can potentially be re-identified by cross-referencing several anonymised datasets?

Moreover, the fundamental principles of Privacy by Design appear contrary to the very operating principle of certain technologies: for example, how can data be minimised based on the given objective in the case of Big Data, when its very purpose is to process huge volumes of data for an objective that it is meant to discover on its own?

Finally, it is extremely difficult to anticipate all the potential uses related to changes in behaviours and in the initial technology. A possible solution could involve an ex-post intervention, using an approach that some call Privacy by Redesign, which would be aimed at applying the fundamental Privacy by Design principles to existing systems.

Les technologies concernées. On peut par exemple citer les réseaux sociaux, les appareils en lien avec l'e-santé (montres, podomètres, etc.), les objets connectés tels que les voitures (géolocalisation, enregistrement des comportements),⁴⁵ le développement de l'usage des drones, etc.

Les mesures à mettre en œuvre. De manière générale, le *Privacy By Design* va obliger les entreprises à modifier leur méthodologie de gestion de projets et va les contraindre à faire des choix, notamment en restreignant l'offre qu'elles proposent à leurs clients. Plus concrètement, il peut s'agir de prévoir, dès l'élaboration d'un formulaire de collecte de données à caractère personnel, une case à cocher afin de recueillir le consentement de la personne concernée pour la collecte de ses données qui ne seraient pas strictement nécessaires à la réalisation de la finalité du traitement et qui poursuivraient d'autres finalités telles que le profilage à des fins de prospection commerciale. Il peut également s'agir de prévoir un emplacement pour la mention d'information sur l'interface graphique d'un site internet dès sa construction. Il s'agira notamment de toutes mesures d'anonymisation ou de pseudonymisation pour, par exemple, limiter l'accès aux seules données agrégées et non aux données brutes lors de leur communication à des tiers, ou encore de la minimisation de la quantité de données collectées par l'objet connecté au regard de la finalité du traitement.⁴⁶

Au-delà de ces incertitudes, quelques difficultés peuvent surgir dans la mise en œuvre pratique de ce concept.⁴⁷ Ainsi, comment un responsable de traitement peut-il être sûr qu'une technologie est conforme au principe de *Privacy By Design* d'autant, que concernant la technique de l'anonymisation par exemple, il a été démontré que la plupart des techniques d'anonymisation n'étaient pas infaillibles et qu'il était possible de ré-identifier des personnes physiques via un croisement de plusieurs données anonymisées ?⁴⁸

Les principes fondamentaux de la *Privacy By Design* semblent par ailleurs contraires au principe même de fonctionnement de certaines technologies : comment minimiser les données à l'accomplissement d'un objectif alors que, par exemple, le *Big Data* trouve sa raison d'être dans le traitement de volumes gigantesques de données dans un dessein qu'il est censé découvrir lui-même ?⁴⁹

Enfin, il est extrêmement difficile d'anticiper tous les usages, qui peuvent être liés tant à l'évolution des comportements qu'à la technologie initiale. Une intervention *a posteriori* en application d'un principe, que certains nomment *Privacy by Redesign*, qui aurait pour objectif d'appliquer les principes fondamentaux de *Privacy By Design* aux systèmes existants, pourrait être une réponse.⁵⁰

LA TENUE D'UN REGISTRE DES TRAITEMENTS

Enfin, avec le principe d'*accountability*, les entreprises doivent être en mesure de démontrer à *tout moment* qu'elles respectent le RGPD. Pour prouver cette conformité, elles doivent tenir un registre des traitements, lequel documente, comme son nom l'indique, l'ensemble des traitements des données personnelles en leur sein.

Si cette obligation de déclarer les traitements existe depuis la loi dite Informatique et Libertés de 1978,⁵¹ force est de constater qu'en pratique elle a peu été respectée. S'ouvre dès lors pour les entreprises un travail de fouille potentiellement titanesque dans 10, 20, 30, voire 40 ans de processus métier afin d'établir ce « *data mapping* ». Il s'agit sans conteste d'un des plus gros chantiers de la mise en conformité avec le RGPD. A cela s'ajoute la cartographie des contrats de sous-traitance, qu'il faudra le cas échéant renégocier.

Concrètement, ce dossier documentaire devra indiquer les différents traitements de données personnelles, les catégories de données personnelles traitées, les objectifs poursuivis par les opérations de traitement de données, les acteurs (internes ou externes) qui traitent ces données, les flux en indiquant l'origine et la destination des données, afin notamment d'identifier les éventuels transferts de données hors de l'Union européenne.

Ainsi, le RGPD impose aux entreprises des obligations qui peuvent se révéler aussi chronophages (l'élaboration d'un registre des traitements) que coûteuses (les moyens, informatiques en particulier, pour réaliser ce registre). Pour autant, la plupart de ces obligations existaient déjà. Le RGPD se bornerait-il à les formaliser ? L'apport réel du RGPD résiderait-il ailleurs, dans la prise de conscience des enjeux liés aux traitements des données personnelles et la nécessité d'apporter des réponses uniformes à ces problèmes transnationaux ? Les avis du management et de la gouvernance sont souvent partagés.

APPENDIX: PERSPECTIVE OF AN OPERATIONAL MANAGER

Olivier Rigaudy, Managing Director of the Teleperformance Group

Which changes do you need to implement within your company in order to be compliant with the GDPR? Could you please, among others, detail, depending on the activity of your company, the measures that you have taken and that you will take regarding privacy by design and privacy by default?

Teleperformance operates in 77 countries, and thus, it also operates in countries that will not be subject to the GDPR. But the Group has decided to ensure a global standard level of protection that will be based on the GDPR. To do so, the Group has applied for Binding Corporate Rules (BCRs) for both Data Controllers (when it processes the personal data of its employees, candidates, among others) and Data Processors (when the company processes personal data on behalf of its Clients). The BCRs are based on a new

KEEPING A RECORD OF PROCESSING ACTIVITIES

Finally, according to the accountability principle, companies must be able to demonstrate their compliance with the GDPR *at any time*. To prove this compliance, they must keep a record of processing activities which, as the name implies, records all the personal data the companies process.

While this obligation to declare processing activities existed in the Data Protection Act of 1978, it is now clear that this obligation has seldom been met. Companies now must face the potentially monumental task of searching through 10, 20, 30, or even 40 years of business processes in order to establish this "data mapping". This is without a doubt one of the largest operations required for compliance with the GDPR. Added to this is the mapping of subcontracting agreements, which in certain cases will need to be renegotiated.

In practical terms, this documentary record must indicate the various personal data processing activities, the categories of personal data processed, the objectives set for the data processing operations, the actors involved (internal or external) in processing this data, the data flows specifying the origin and destination of the data, especially in order to identify the possible transfers of data outside the EU.

Therefore, the GDPR imposes obligations on companies that could prove to be as time-consuming (the development of a processing record) as they are costly (the resources, especially in terms of IT, required to develop this record). And yet most of these obligations were already in existence. Has the GDPR merely formalised them? Perhaps the real benefit of the GDPR lies elsewhere, in raising awareness of the issues related to personal data processing and the need to provide consistent responses to these transnational problems? There are varying opinions on this issue among those in management and governance.

Group Data Privacy Policy that will apply to each company of Teleperformance Group (whether it is located in the EEA or not).

Teleperformance has created the Privacy Office that is led by the Chief Privacy Officer and that is composed by 3 Data Privacy Officers (each responsible for the following regions: Americas (North, Central, South), CEMEA + UK, Portugal and Spain, Asia Pacific).

A specific training on the Group Data Privacy Policy will be implemented and a specific audit program to review the compliance of each subsidiary with the new Group Data Privacy Policy, the BCRs and the GDPR requirements was created.

We will ensure that the appropriate provisions set forth in the GDPR are integrated in our agreements whenever it includes a processing of personal data.

We need to ensure that each company subject to the GDPR maintains the appropriate register up-to-date with all the necessary information relating to the processing of personal data.

We already have in place an incident response process that enables us to handle fraud events or data breaches, but this incident response process will be adapted to ensure that, (i) if there is a breach of the data of our Clients' customers, we report the breach to the Client without undue delay and (ii) if there is a breach of the data of our employees, for instance, we are able to report the breach to the Supervisory Authority and the data subjects without undue delay too.

Privacy by design and by default: Teleperformance has already established a Technology Privacy Committee that aims at discovering potential information privacy issues before Teleperformance implements new processes, technologies, systems, programs, and devices.

Which difficulties do you encounter to ensure compliance with the GDPR?

Teleperformance acts as both Data Controller and Data Processor, thus we need to ensure that we are compliant with the GDPR in both scenarios.

It was a long process to proceed with the data flow mapping because Teleperformance is located in 77 countries.

We need to ensure that all the persons within the company understand the Group Data Privacy Policy (the agents, sales team, HR, management, etc...) and Teleperformance employs more than 210.000 employees around the world.

All the countries do not ensure the same level of protection (some of them provides for quite a low level), and thus, we will have to ensure that even the subsidiaries located in those countries are compliant by May 2018.

What do you think about the cultural change introduced by the GDPR (from a system of "obligation to declare" to the "principle of accountability")?

This obliges us to put in place the appropriate process and training to ensure that the companies properly maintain and update the Register on which will be detailed the processing. Indeed, the burden of proof is reversed and this is now the company that needs to prove that it is compliant, while, before it was up to the Data Protection Authority to show the non-compliance of the company, and thus the company had some time to regularise the situation. This is more stringent for the companies but this will help increase the confidence of the employees in the processing of their personal data and this will reassure our Clients when we process the personal data of their customers.

How do you see the evolution of the life of the company with the GDPR?

The GDPR will provide assurance to our employees that their personal data will be adequately protected. Regarding our Clients, on the one hand, there will be more and more discussions regarding the negotiations of the agreements and the liability provisions but we believe that the GDPR will provide assurance to our Clients that personal data of their customers is adequately protected. In addition, thanks

to the BCRs that we are implementing, this will give us flexibility to choose service locations depending on our Clients' operational needs without worrying about international data transfer laws as all the companies of the Group will provide for the same level of protection. We already conduct audits to ensure that the companies comply with the security and compliance policies that the Group implemented in 2015 in order to reduce security and fraud risks, thus the compliance with the GDPR will be integrated into the audit program. We already have a strong culture of security, thus, we are already used to aligning our processes and implementing new tools to protect personal data.

Notes

1. Associé KPMG en charge de l'activité Protection des données personnelles.
2. Président de la société KoppaSoft.
3. Avocat Associé chez McDermott Will & Emery.
4. Chief Data Officer du Groupe Figaro—CCM Benchmark.
5. Directeur Général Délégué du groupe Teleperformance.
6. Responsable Protection des Données à Caractère Personnel chez Saint-Gobain Interservices.

7. L'on se souvient à cet égard qu'en mai 2017 le « rançongiciel » *WannaCry* a été utilisé lors d'une cyberattaque mondiale touchant plus de 300.000 ordinateurs dans plus de 150 pays. Cette attaque a visé non seulement de grandes entreprises, mais également des hôpitaux et diverses administrations, en particulier au Royaume-Uni où le système informatique du National Health Service a été en grande partie paralysé. Sur l'actualité du « rançongiciel » *WannaCry*, voir le site dédié du *Monde* à l'adresse suivante : <http://www.lemonde.fr/logiciel-de-racket-wannacry/1.html> [Consulté le 13 février 2018].

8. Voir CJUE, 6 octobre 2015, *Maximilian Schrems c/ Data Protection Commissioner*, aff. C-362/14 (*Comm. com. électr.* 2015, étude 21, R. Perray et J. Uzan-Naulin ; *JCP G* 2015, 1258, A. Debet ; *RLDI nov.* 2015, no. 3867, note Y. Padova ; N. Metallinos, « Invalidation du Safe Harbor : et après ? », *Archimag*, nov. 2015).

9. Rappelons à cet égard que la directive sur le traitement des données à caractère personnel dispose que le transfert de telles données vers un pays tiers ne peut, en principe, avoir lieu que si le pays tiers en question assure un niveau de protection adéquat à ces données (Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données [1995] JO L281/31. Toujours selon la directive, la Commission peut constater qu'un pays tiers assure, en raison de sa législation interne ou de ses engagements internationaux, un niveau de protection adéquat. Enfin, la directive prévoit que chaque Etat membre désigne une ou plusieurs autorités publiques chargées de surveiller l'application, sur son territoire, des dispositions nationales adoptées sur le fondement de la directive (« autorités nationales de contrôle »).

10. Voir la décision de la Irish High Court, *The Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Ltd and Maximilian Schrems*, 2016 No. 4809 P., téléchargeable à l'adresse suivante : <https://epic.org/privacy/intl/schrems/> [Consulté le 13 février 2018].

11. Ce texte n'impose pas aux Etats membres d'abroger leur législation nationale. Ainsi, la Loi no.78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés est toujours en vigueur. A cet égard, un projet de loi relatif à la protection des données personnelles a été présenté le 13 décembre 2017 en Conseil des ministres et a pour but de modifier la loi Informatique et Libertés au regard du droit de l'Union européenne.

Précisons par ailleurs que l'autorité britannique de la protection des données personnelles, l'*Information Commissioner's Office* (ICO), a indiqué que le Règlement européen entrerait en vigueur au Royaume-Uni le 25 mai 2018, comme dans l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne. S'agissant des conséquences juridiques du Brexit sur la protection des données personnelles après le 29 mars 2019, l'ICO a d'ores et déjà précisé qu'un niveau élevé de protection des données personnelles serait maintenant au Royaume-Uni (voir <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/consultation-responses/2016/1625633/ico-response-implications-of-brexit-consultation-20161110.pdf> [Consulté le 13 février 2018]).

12. Voir l'art. 99 du RGPD : « 1. Le présent règlement entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne. 2. Il est applicable à partir du 25 mai 2018 ».

13. Voir par ex. <https://www.globalsecuritymag.fr/Le-RGPD-81-des-entreprises-ne,20171011,74339.html> [Consulté le 13 février 2018].

14. Pour une présentation générale du RGPD, voir not. M. Griguer, « Le point sur la réforme de la réglementation européenne sur la protection des données personnelles », *Cahiers de droit de l'entreprise* no.4, juillet 2016, prat. 20 ; M. Bourgeois & F. Régnier-Pécastaing, « Le Règlement général sur la protection des données (RGPD) Un chantier à démystifier ! », *JCP éd. G*, no.36, 4 septembre 2017, p.914.

15. Article 35, para.1 du RGPD. La CNIL précise que, « généralement, les traitements qui remplissent au moins deux des critères suivants doivent faire l'objet d'une analyse d'impact :

- évaluation/scoring (y compris le profilage) ;
- décision automatique avec effet légal ou similaire ;
- surveillance systématique ;
- collecte de données sensibles ;
- collecte de données personnelles à large échelle ;
- croisement de données ;
- personnes vulnérables (patients, personnes âgées, enfants, etc.) ;

- usage innovant (utilisation d'une nouvelle technologie) ;
- exclusion du bénéfice d'un droit/contrat.

Exemple : une entreprise met en place un contrôle de l'activité de ses salariés, ce traitement remplit le critère de la surveillance systématique et celui des données concernant des personnes vulnérables donc la réalisation d'un DPIA sera nécessaire » (voir le site web de la CNIL à l'adresse suivante : <https://www.cnil.fr/en/node/23907> [Consulté le 13 février 2018]).

Sur la façon de mener ces études d'impact, voir *Etude d'impact sur la vie privée (EIVP) Privacy Impact Assessment (PIA) - Comment mener une étude d'impact*, CNIL, éd. juin 2015, ainsi que les guidelines du G29 : <https://www.cnil.fr/fr/analyse-dimpact-relative-la-protection-des-donnees-dpia> [Consulté le 13 février 2018].

16. Sur les origines de l'*accountability*, voir W. Maxwell & S. Taïeb, « L'*accountability*, symbole d'une influence américaine sur le règlement européen des données personnelles ? », *Dalloz IP/IT*, 2016, p.123. Sur ce que « du point de vue du respect des droits de l'individu, ce principe de responsabilité est sans doute plus efficace que les obligations déclaratives très lourdes qui ne faisaient pas forcément l'objet, par exemple en France, d'un contrôle de la part de la CNIL (96.323 dossiers de formalités en 2015, dont 50.339 formalités simplifiées) », voir A. Debet, « Les nouveaux instruments de conformité », *Dalloz IP/IT*, 2016, p.592.

17. C'est-à-dire « des données à caractère personnel qui révèle l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que [les] données génétiques, [l]es données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, [l]es données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique ».

18. Article 37, s.1 du RGPD.

19. Article 38, s.3 du RGPD : « Le délégué à la protection des données fait directement rapport au niveau le plus élevé de la direction du responsable du traitement ou du sous-traitant ».

20. La fonction du CIL a été instaurée par le Décret no.2005-1309 du 20 octobre 2005 pris en application de la Loi no.78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

21. L'article 49 du Décret no.2005-1309 du 20 octobre 2005 prévoit que « le correspondant veille au respect des obligations prévues par la loi du 6 janvier 1978 susvisée pour les traitements au titre desquels il a été désigné ».

22. Sur l'absence de responsabilité du délégué en cas de non-respect du règlement, voir *infra* la note 36.

23. Voir le site web de la CNIL à l'adresse suivante : <https://www.cnil.fr/fr/principes-cles/reglement-europeen-se-preparer-en-6-etapes> [Consulté le 13 février 2018].

24. G. Péronne & E. Daoud, « L'évolution du rôle du CIL à la lumière du nouveau règlement européen sur les données personnelles », *Dalloz IP/IT*, 2016, p.192.

25. Voir l'art.38 s.2 du RGPD : « Le responsable du traitement et le sous-traitant aident le délégué à la protection des données à exercer les missions visées à l'article 39 en fournissant les ressources nécessaires pour exercer ces missions, ainsi que l'accès aux données à caractère personnel et aux opérations de traitement, et lui permettant d'entretenir ses connaissances spécialisées ».

26. Voir l'art.38 s.3 du RGPD : « Le délégué à la protection des données fait directement rapport au niveau le plus élevé de la direction du responsable du traitement ou du sous-traitant ».

27. Article 22, III de la Loi no.78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Une étude menée pour la CNIL en 2015 a montré que les CIL proviennent de domaines d'expertise très variés (profil technique à 47%, profil juridique à 19% et profil administratif à 10%) : <https://www.cnil.fr/fr/devenir-delegue-la-protection-des-donnees> [Consulté le 13 février 2018].

28. Article 37 du RGPD.

29. Une nouvelle formation est proposée par l'Université Paris V Descartes pour former les DPO, le DU Protection des données à caractère personnel : [http://www.scfc.parisdescartes.fr/index.php/descartes/formations/droit/du-protection-des-donnees-a-caractere-personnel/\(language\)/fre-FR](http://www.scfc.parisdescartes.fr/index.php/descartes/formations/droit/du-protection-des-donnees-a-caractere-personnel/(language)/fre-FR) [Consulté le 13 février 2018].

Sur cette formation, voir l'interview d'Anne Debet, directrice du DU, professeur de droit privé et ancien membre de la CNIL dans *La Semaine Juridique – Edition Générale* no.38, 18 septembre 2017, p.974, « Le RGPD insiste sur la nécessité de désigner un délégué à la protection des données et rend cette désignation obligatoire dans de nombreux organismes ». Elle y explique que ce DU « offre une formation à la fois généraliste et pratique. Il vise à étudier tant le cadre général de la protection des données à caractère personnel (champ d'application, principes relatifs au traitement des données, droit des personnes, obligations du responsable de traitement, rôle et pouvoirs de la CNIL...), présenté de manière concrète et pratique, que les questions plus spécifiques concernant des secteurs à forts débouchés professionnels (banque, prospection commerciale, santé, secteur public...). En outre, cette formation est pluridisciplinaire — majoritairement en droit, mais aussi en informatique (sécurité des systèmes d'information...) — ce qui est indispensable pour bien comprendre ces problématiques. »

On peut également citer le Master 2 « Droit du commerce électronique et de l'économie numérique » proposé par l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne (<http://www.m2droit-e-commerce.com/>) [Consulté le 13 février 2018].

30. Voir notamment la liste suivante des universités européennes dispensant des formations incluant la protection des données : Cambridge, Luxembourg, Leibniz Universitaet Hannover, Università degli Studi di Bologna, Strathclyde University Glasgow, Katholieke Universiteit Leuven, Queen Mary University of London, Université Notre-Dame de la Paix Namur, Universitetet i Oslo, Lapin yliopisto Rovaniemi, University of Vienna, Universidad de Zaragoza, Aristotle University Thessaloniki.

31. Voir à cet égard les lignes directrices du Groupe de travail Article 29 sur la protection des données (dit G29) sur le délégué à la protection des données, disponibles à l'adresse suivante : https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/guidelines_on_dpos_5_april_2017.pdf [Consulté le 13 février 2018]. Le G29 préconise que le délégué possède les compétences suivantes : une expertise en matière de droit (national et européen) des données personnelles, une bonne compréhension des opérations de traitement effectuées par l'organisme qui l'a désigné, une bonne connaissance de cet organisme et de son secteur d'activité, la capacité de promouvoir une culture de la donnée au sein de cet organisme.

32. Article 38 s.3 du RGPD.

33. Au demeurant, le délégué n'est pas responsable en cas de non-respect du règlement. L'article 24.1 prévoit clairement que c'est le responsable du traitement ou le sous-traitant qui est tenu de « s'assurer et [d']être en mesure de démontrer que le traitement est effectué conformément » à ses dispositions. Le respect de la protection des données relève donc de la responsabilité du responsable du traitement ou du sous-traitant. Il n'est pas possible de transférer au délégué, par délégation de pouvoir, la responsabilité incombant au responsable de traitement ou les obligations propres du sous-traitant. En effet, cela reviendrait à conférer au délégué un pouvoir décisionnel sur la finalité et les moyens du traitement ce qui serait constitutif d'un conflit d'intérêts contraire à l'art.38.6 du RGPD.

34. La CNIL indique, à titre d'exemple, que les fonctions suivantes sont susceptibles de donner lieu à un conflit d'intérêts : secrétaire général, directeur général des services, directeur général, directeur opérationnel, directeur financier, médecin-chef, responsable du département marketing, responsable des ressources humaines ou responsable du service informatique, mais également d'autres rôles à un niveau inférieur de la structure organisationnelle si ces fonctions ou rôles supposent la détermination des finalités et des moyens du traitement. Un conflit d'intérêt peut également exister par exemple si un délégué, sur la base d'un contrat de services, représente l'organisme devant les tribunaux dans des dossiers impliquant des sujets en matière de données à caractère personnel.

35. Voir « Pénurie de DPO sur l'Europe, les entreprises face au RGPD européen », à l'adresse suivante : <http://itsocial.fr/enjeux-it/securite-dsi/cybersecurite/penurie-de-dpo-leurope-entreprises-face-rgpd-europeen/> [Consulté le 13 février 2018].

36. Voir, par exemple, « L'émergence des nouveaux métiers de la 'data' se heurte au manque de diplômés » à l'adresse suivante : https://www.lesechos.fr/10/05/2016/LesEchos/22188-086-ECH_l-emergence-des-nouveaux-metiers-de-la-data-se-heurte-au-manque-de-diplomes.htm [Consulté le 13 février 2018].

37. Voir l'art.37 s.2 du RGPD : « un groupe d'entreprises peut désigner un seul délégué à la protection des données à condition qu'un délégué à la protection des données soit facilement joignable à partir de chaque lieu d'établissement ».

38. Voir par ex : <https://www.soluxions-magazine.com/externalisation-dpo-opportunite/> [Consulté le 13 février 2018].

39. Voir l'art.25 s.1 du RGPD : « le responsable du traitement met en œuvre, tant au moment de la détermination des moyens du traitement qu'au moment du traitement lui-même, des mesures techniques et organisationnelles appropriées, telles que la pseudonymisation, qui sont destinées à mettre en œuvre les principes relatifs à la protection des données, par exemple la minimisation des données, de façon effective et à assortir le traitement des garanties nécessaires afin de répondre aux exigences du présent règlement et de protéger les droits de la personne concernée ».

Si l'art.34 de la loi dite Informatique et Libertés prévoit déjà que « le responsable de traitement est tenu de prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données, et notamment, empêcher qu'elles soient déformées, endommagées, ou que des tiers non autorisés y aient accès », l'art.25 du Règlement va au-delà et impose cette démarche proactive dans le but de répondre à toutes les exigences en lien avec la protection des données personnelles, sans la limiter à la seule obligation de sécurité.

40. « Le responsable du traitement met en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées pour garantir que, par défaut, seules les données à caractère personnel qui sont nécessaires au regard de chaque finalité spécifique du traitement sont traitées. Cela s'applique à la quantité de données à caractère personnel collectées, à l'étendue de leur traitement, à leur durée de conservation et à leur accessibilité. En particulier, ces mesures garantissent que, par défaut, les données à caractère personnel ne sont pas rendues accessibles à un nombre indéterminé de personnes physiques sans l'intervention de la personne physique concernée » (art.25 s.2 du RGPD).

41. M. Dary & L. Benaïssa, « *Privacy by Design* : un principe de protection séduisant mais complexe à mettre en œuvre », *Dalloz IP/IT*, 2016, p.476.

42. M. Dary & L. Benaïssa, « *Privacy by Design* : un principe de protection séduisant mais complexe à mettre en œuvre », *Dalloz IP/IT*, 2016, p.476.

43. V.A. Cavoukian, « *Privacy by Design — The 7 foundational principles* », mai 2010 : <https://iapp.org/media/presentations/11Summit/RealitiesHO1.pdf> [Consulté le 13 février 2018].

44. M. Dary & L. Benaïssa, « *Privacy by Design* : un principe de protection séduisant mais complexe à mettre en œuvre », *Dalloz IP/IT*, 2016, p.476.

45. C. Zolynski, « La *Privacy by Design* appliquée aux Objets connectés : vers une régulation efficiente du risque informationnel ? », *Dalloz IP/IT*, 2016, p.404.

46. M. Griguer & J. Schwartz, « *Privacy by Design/Privacy by Default*. Une obligation de conformité et un avantage concurrentiel », *Cahiers de droit de l'entreprise*, no.3, mai 2017, prat.15.

47. M. Dary & L. Benaïssa, « *Privacy by Design* : un principe de protection séduisant mais complexe à mettre en œuvre », *Dalloz IP/IT*, 2016, p.476.

48. C. Zolynski, P. Pucheral, A. Rallet et F. Rochelandet, « La *Privacy by Design* : une fausse bonne solution aux problèmes de protection des données personnelles ? », *Légipresse*, no.340, juill.-août 2016.

49. Sur ce sujet, voir le rapport de l'*Information Commissioner's Office* intitulé « Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection », disponible à l'adresse suivante : <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/2013559/big-data-ai-ml-and-data-protection.pdf> [Consulté le 13 février 2018].

50. J. Verdure, « Le concept de « *Privacy by Design* » : un remède à l'insuffisance des moyens actuels de protection de la vie privée », févr. 2012, <http://www.e-juristes.org/le-concept-de-privacy-by-design-un-remede-a-linsuffisance-des-moyens-actuels-de-protection-de-la-vie-privee/> [Consulté le 13 février 2018].

51. Voir l'art.22, I de la loi dite Informatique et Libertés : « A l'exception de ceux qui relèvent des dispositions prévues aux arts 25, 26 et 27 ou qui sont visés au deuxième alinéa de l'article 36, les traitements automatisés de données à caractère personnel font l'objet d'une déclaration auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. »

DE LA « SPHERE DE SECURITE » AU « BOUCLIER DE PROTECTION » : ASPECTS CHOISIS DU *EU-US PRIVACY SHIELD*

FROM THE SAFE HARBOR TO THE PRIVACY SHIELD: SELECTED ASPECTS OF THE EU-US PRIVACY SHIELD

Philipp FISCHER*

LT EU law; International co-operation; Ombudsmen; Personal data; Privacy shield; Switzerland; Transborder data flows; United States

INTRODUCTION

Un transfert de données personnelles vers un Etat autre que l'Etat de résidence de la personne concernée accroît le risque pour cette dernière de perdre le contrôle sur ses données personnelles, respectivement de ne plus être en mesure d'exercer les droits que lui confère la législation en matière de protection des données de son Etat de résidence.

Pour ce motif, les flux transfrontaliers de données personnelles font l'objet d'une réglementation spécifique sous l'empire de la Directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données personnelles et à la libre circulation de ces données (la « Directive 95/46/CE »).¹ Ces règles sont en substance reprises dans le Règlement général sur la protection des données (Règlement no. 2016/679, le « RGPD ») qui sera directement applicable dans tous les Etats membres de l'UE à compter du 25 mai 2018.

TRANSFERT DE DONNEES PERSONNELLES VERS UN PAYS TIERS SOUS L'EMPIRE DU RGPD

A teneur de l'art.45(1) RGPD, un transfert de données personnelles vers un pays tiers (hors UE et Espace économique européen) est possible « sans autorisation

INTRODUCTION

A transfer of personal data to a State other than the State of residence of the data subject increases his or her risk of losing control over the personal data, as well as the risk of no longer being able to exercise the rights conferred by the data protection legislation of his or her State of residence.

Accordingly, the cross-border flows of personal data are subject to specific regulatory requirements under the Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (the "Directive 95/46/EC"). These rules are in essence also encapsulated in the General Data Protection Regulation (Regulation 2016/679, the "GDPR"), which will be directly applicable in all EU Member States as of 25 May 2018.

TRANSFER OF PERSONAL DATA TO A THIRD COUNTRY UNDER THE GDPR

According to art.45(1) GDPR, a personal data transfer to a third country (outside the EU and the European Economic Area) is possible without "specific

* Philipp Fischer, LL.M. (Harvard), partner at OBERSON ABELS SA in Geneva

authorization” provided that the third country ensures an adequate level of data protection. The recognition of the adequate level is formalised by an “adequacy decision” issued by the European Commission (art.45(3) GDPR). Even though, as indicated, the transfer of personal data to such a State is not subject to a specific authorisation requirement, such transfer must still comply with the general data protection principles, particularly those set forth in art.5 GDPR.

A transfer of personal data to a State with data protection regulations which have not been subject to an adequacy decision is not prohibited, but is subject to additional requirements. The main additional requirements fall into the following two categories: (i) the “appropriate safeguards” (art.46 GDPR); and (ii) the “derogations for special situations” (art.49 GDPR):

- Transfers subject to appropriate safeguards include situations in which the data controller/processor and the recipient of the personal data in the third country agree upon a contractual data protection framework, which meets the standards set forth by the European Commission and/or a national data protection authority (“standard data protection clauses” within the meaning of art.46(2) GDPR).
- Derogations include situations in which: (i) the data subject has explicitly consented to the transfer (art.49(1)(a) GDPR); (ii) the transfer is necessary for the performance of a contract between the data subject and the controller (art.49(1)(b) GDPR) or the conclusion or performance of a contract concluded in the interest of the data subject (art.49(1)(c) GDPR); (iii) the transfer is necessary for important reasons of public interest (art.49(1)(d) GDPR); or (iv) the transfer is necessary in order to protect the vital interests of the data subject when the data subject is physically or legally incapable of giving consent (art.49(1)(f) GDPR).

FROM THE SAFE HARBOR TO THE PRIVACY SHIELD

The US data protection regulatory regime has not been the subject of an adequacy decision under the Directive 95/46/EC and it is unlikely that this situation will be

spécifique » pour autant que ce pays tiers assure un niveau de protection adéquat. La reconnaissance du niveau adéquat est formalisée par une « décision d’adéquation » rendue par la Commission européenne (art.45(3) RGPD). Même si, comme indiqué, le transfert de données personnelles vers un tel Etat n’est pas soumis à une autorisation spécifique, il n’en demeure pas moins qu’un tel transfert doit s’effectuer dans le respect des principes généraux en matière de protection des données, notamment ceux visés à l’art.5 RGPD.²

Un transfert de données personnelles vers un Etat dont la réglementation en matière de protection des données n’a pas fait l’objet d’une décision d’adéquation n’est pas interdit, mais est soumis à des exigences additionnelles, qui peuvent, pour l’essentiel, être regroupées en deux catégories : (i) les « garanties appropriées » (art.46 RGPD) ; et (ii) les « dérogations pour des situations particulières » (art.49 RGPD) :

- Les transferts moyennant des garanties appropriées comprennent notamment les situations dans lesquelles le responsable du traitement (ou le sous-traitant) convient avec le récipiendaire des données personnelles dans l’Etat tiers de garanties contractuelles en matière de protection des données, qui répondent à des standards minimaux approuvés par la Commission européenne et/ou une autorité de contrôle nationale (« clauses types de protection des données » au sens de l’art.46(2) RGPD).
- Les cas de dérogation visent notamment les situations dans lesquelles : (i) la personne concernée a donné son consentement explicite au transfert (art.49(1)(a) RGPD) ; (ii) le transfert est nécessaire à l’exécution d’un contrat entre la personne concernée et le responsable du traitement (art.49(1)(b) RGPD) ou à la conclusion ou l’exécution d’un contrat conclu dans l’intérêt de la personne concernée (art.49(1)(c) RGPD) ; (iii) le transfert est nécessaire pour des motifs importants d’intérêt public (art.49(1)(d) RGPD) ; ou (iv) le transfert est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée lorsque la personne concernée se trouve dans l’incapacité physique ou juridique de donner son consentement (art.49(1)(f) RGPD).

DE LA « SPHERE DE SECURITE » (SAFE HARBOR) AU « BOUCLIER DE PROTECTION » (PRIVACY SHIELD)

Les Etats-Unis n’ont pas fait l’objet d’une décision d’adéquation dans le cadre de la Directive 95/46/CE et il est peu vraisemblable que cette situation soit modifiée sous

l'empire du RGPD. Les transferts de données personnelles vers les Etats-Unis sont donc en principe soumis aux exigences additionnelles évoquées ci-dessus. Cela étant dit, la Commission européenne et les Etats-Unis avaient conclu un accord intitulé la « sphère de sécurité » (*EU-US Safe Harbor*) qui permettait aux entreprises américaines de prendre, sur une base volontaire, un certain nombre d'engagements en matière de protection des données. Les transferts de données personnelles vers les entreprises qui avaient adhéré au *EU-US Safe Harbor* étaient alors réputés intervenir vers un Etat au bénéfice d'une décision d'adéquation.³

Le *EU-US Safe Harbor* a été examiné en détail par la Cour de justice de l'UE dans le cadre de l'affaire *Schrems*.⁴ Cette affaire a été déclenchée par un utilisateur du réseau social Facebook, Maximilian Schrems, qui se plaignait que les données personnelles qu'il fournissait à Facebook étaient transférées depuis la filiale irlandaise du Groupe Facebook (Facebook Ireland) vers des serveurs appartenant à Facebook, Inc. situés aux Etats-Unis. M. Schrems considérait que les règles en matière de protection des données en vigueur aux Etats-Unis n'offraient pas une protection suffisante. M. Schrems se référait notamment aux révélations faites par M. Edward Snowden au sujet des activités de la National Security Agency. L'autorité irlandaise de première instance rejeta la demande au motif que la Commission européenne avait considéré, dans le cadre de sa Décision 2000/520,⁵ que les Etats-Unis offraient un niveau de protection adéquat dans le cadre de transfert de données personnelles vers des entreprises américaines ayant adhéré au *EU-US Safe Harbor*.

Saisie d'une question préjudicielle par l'autorité irlandaise de seconde instance, la Cour de justice de l'UE a, par jugement du 6 octobre 2015, invalidé la Décision 2000/520 au motif que les engagements souscrits dans le cadre du *EU-US Safe Harbor* étaient insuffisants pour retenir que les Etats-Unis assuraient effectivement un niveau de protection adéquat en matière de protection des données.⁶

Cette décision de la Cour de justice de l'UE a eu un impact considérable, dans la mesure où elle supprimait le fondement juridique de nombreux transferts de données personnelles de l'UE vers les Etats-Unis. Le 6 février 2016,⁷ quelques mois seulement après la publication du jugement, la Commission européenne a annoncé avoir conclu un nouvel accord avec les Etats-Unis. Le *EU-US Safe Harbor* devait être remplacé par un « bouclier vie privée UE-Etats-Unis » (*EU-US Privacy Shield*), un nouveau dispositif visant à tenir compte des critiques formulées par la Cour de justice de l'UE à l'égard du *EU-US Safe Harbor*.

La Commission européenne a publié le 12 juillet 2016 la décision d'adéquation qui formalise la reconnaissance du

modified under the GDPR. Transfers of personal data to the US are therefore, as a matter of principle, subject to the additional requirements referred to above. That being said, the European Commission and the US had reached an agreement called the EU-US Safe Harbor, which allowed US data controllers/processors to take, on a voluntary basis, a number of data protection commitments. Transfers of personal data to US data controllers/processors that had decided to take part in the EU-US Safe Harbor were deemed to be made to a State with the benefit of an adequacy decision.

The EU-US Safe Harbor has been examined in detail by the Court of Justice of the EU in the context of the *Schrems* case. The proceedings were launched by a user of the social network Facebook, Maximilian Schrems, who complained that the personal data he provided to Facebook was being transferred from the Irish subsidiary of the Facebook Group (Facebook Ireland) to servers owned by Facebook, Inc. and located in the US. Mr Schrems considered that the data protection rules in force in the US did not offer a sufficient level of protection. Mr Schrems referred in particular to the revelations made by Mr Edward Snowden in respect of the activities of the National Security Agency. The Irish first instance authority rejected the claim on the ground that the European Commission had considered, in its decision 2000/520, that the US provided an adequate level of protection for the transfer of personal data to US data controllers/processors that have adhered to the EU-US Safe Harbor.

On a preliminary ruling requested by the Irish second instance authority, the Court of Justice of the EU, in a 6 October 2015 judgment, invalidated the decision 2000/520 on the grounds that the commitments entered into under the EU-US Safe Harbor were insufficient to hold that the US provide an adequate level of data protection.

This decision of the Court of Justice of the EU had a significant impact, as it removed the legal basis of numerous transfers of personal data from the EU to the US. On 6 February 2016, just a few months after the publication of the decision, the European Commission announced that it had reached a new agreement with the US. The EU-US Safe Harbor was to be replaced by the EU-US Privacy Shield, a new mechanism designed to take into account the criticisms of the Court of Justice of the EU in respect of the EU-US Safe Harbor.

On 12 July 2016, the European Commission published the "adequacy decision" which formalises the

recognition of the EU-US Privacy Shield as an adequate protection mechanism in the context of the EU data protection regulatory framework. The EU-US

Every US data controller/processor intending to take part in the EU-US Privacy Shield must apply for a registration on the Privacy Shield list (which is publicly available) and self-certify that it meets the data protection standards provided in this mechanism. This application must be renewed on an annual basis. More than 2,400 US companies have joined the EU-US Privacy Shield. The US Department of Commerce is in charge of ensuring compliance by the participating companies, in addition to the range of instruments at the disposal of data subjects to assert their rights.

EU-US PRIVACY SHIELD

Obligations for participating companies

The main obligations of companies which take part in the EU-US Privacy Shield can be summarised as follows.

Right to information

The right to information towards the data subject covers in particular the following elements:

- the types of personal data that are processed;
- the purposes for which the personal data are processed;
- the intention to transfer the personal data to a third party and the reasons for this transfer;
- the right of the data subject to formulate a request for access to personal data;
- the right, for the data subject, to authorise the participating company: (i) to process the personal data for another purpose than the one for which the data collection took place; or (ii) to communicate the personal data to a third party;
- the different legal avenues available to the data subject to assert his or her rights; and
- the possibility that the participating company may be required to respond to legitimate requests from the US authorities to disclose information about the data subject.

The participating company must publish a privacy notice on its website. The participating company is also to provide a link to the Privacy Shield list (*i.e.*, the

EU-US Privacy Shield comme un dispositif de protection adéquat dans le contexte du droit communautaire de la protection des données.⁸ Le *EU-US Privacy Shield* est opérationnel depuis le 1^{er} août 2016.

Chaque entreprise américaine qui souhaite adhérer au *EU-US Privacy Shield* doit demander son inscription sur la liste d'adhésion (qui est publiquement disponible⁹) et s'auto-certifier comme répondant aux normes en matière de protection des données prévues dans ce dispositif. Cette inscription doit être renouvelée sur une base annuelle.¹⁰ Plus de 2.400 entreprises américaines ont adhéré au *EU-US Privacy Shield*.¹¹ Le *US Department of Commerce* est en charge d'assurer le contrôle du respect des obligations souscrites par les entreprises participantes, en sus de l'éventail de mesures à disposition des personnes concernées pour faire valoir leurs droits.

EU-US PRIVACY SHIELD

Obligations à charge des entreprises participantes

Les principales obligations à charge des entreprises qui participent au *EU-US Privacy Shield* peuvent être résumées comme suit.

Devoir d'information

Le devoir d'information à l'égard des personnes concernées¹² porte notamment sur les éléments suivants :

- les types de données personnelles qui sont traitées ;
- les finalités pour lesquelles les données personnelles sont traitées ;
- l'intention de transférer les données personnelles à un tiers et les motifs de ce transfert ;
- le droit de la personne concernée de formuler une requête d'accès aux données personnelles ;
- le droit, pour la personne concernée, d'autoriser l'entreprise participante : (i) à traiter les données personnelles pour une autre finalité que celle pour laquelle ces données ont été collectées ; ou (ii) à les communiquer à un tiers¹³ ;
- les différents instruments à disposition de la personne concernée pour faire valoir ses droits ; et
- la possibilité que l'entreprise participante puisse être amenée à répondre à des demandes licites des autorités américaines de divulguer des informations au sujet de la personne concernée.

L'entreprise participante doit publier sur son site Internet sa politique de confidentialité (*privacy notice*). L'entreprise participante doit également fournir un lien vers la liste des

entreprises participantes¹⁴ afin de permettre de vérifier facilement le statut de l'entreprise au regard du *EU-US Privacy Shield*.

Respect du principe de finalité

Une entreprise participante ne peut traiter les données personnelles que : (i) dans le cadre de la finalité pour laquelle la collection de données est intervenue ou ; (ii) une finalité autorisée ultérieurement par la personne concernée.¹⁵

Si la nouvelle finalité, tout en étant différente de la finalité initiale, est néanmoins liée à celle-ci, l'entreprise participante peut utiliser les données personnelles si la personne concernée ne s'y oppose pas (*opt-out*). L'utilisation pour une finalité incompatible avec la finalité initiale présuppose un consentement préalable spécifique (*opt-in*). Un tel consentement spécifique est également nécessaire pour tout changement de finalité dans le cadre du traitement de données sensibles.

Ainsi, si un employeur a transféré des données personnelles vers les Etats-Unis à des fins de traitement, l'entreprise américaine (qui, par hypothèse, a adhéré au *EU-US Privacy Shield*) pourrait être autorisée à utiliser ces données pour proposer une police d'assurance ou un système de pension, tant que la personne concernée ne s'y oppose pas (*opt-out*). Par contre, sans un consentement spécifique (*opt-in*), l'entreprise américaine ne peut pas vendre ces données personnelles à une entité commerciale tierce afin que celle-ci propose des produits ou services qui n'ont pas de rapport avec l'emploi de la personne concernée.

Obligation de minimisation des données

L'entreprise participante ne peut recevoir et traiter des données personnelles que si celles-ci sont pertinentes aux fins du traitement envisagé. Elle est autorisée à conserver les données personnelles uniquement pendant le temps nécessaire aux fins du traitement. Une conservation plus longue présuppose l'existence de certaines finalités déterminées, telles que l'archivage dans l'intérêt public ou la recherche scientifique.¹⁶

Obligation d'assurer la sécurité des données

L'entreprise participante doit veiller à ce que les données personnelles soient conservées dans un environnement sûr et protégé contre la perte, l'abus, l'accès non autorisé, la divulgation, la modification ou la destruction, en tenant dûment compte de la nature des données et des risques liés au traitement.¹⁷

list of participating companies) to allow a verification of the company's status under the EU-US Privacy Shield.

Respect of the principle of purpose limitation

A participating company may only process personal data: (i) for the purpose for which the data collection took place; or (ii) for a purpose subsequently authorised by the data subject.

If the new purpose, while different from the original purpose, is nevertheless linked to the original purpose, the participating company may use the personal data if the data subject does not object to it (*opt-out*). The use for a purpose incompatible with the original purpose presupposes a specific prior consent (*opt-in*). Such consent is also necessary for any change of purpose in the processing of sensitive data.

Thus, if an employer has transferred personal data to the US for processing, the US data controller/processor (which takes part in the EU-US Privacy Shield) may be allowed to use that data to market an insurance policy or a pension system, as long as the data subject does not oppose to it (*opt-out*). On the other hand, without a specific consent (*opt-in*), the US data controller/processor cannot sell these personal data to a third-party commercial entity to allow the acquirer to offer products or services that are not related to the employment of the data subject.

Obligation of data minimisation

The participating company may receive and process personal data only if it is relevant for the purposes of the contemplated activities. It is authorised to keep personal data only for the time necessary for processing purposes. A longer storage presupposes the existence of specific purposes, such as archiving for public interest reasons or scientific research activities.

Obligation to ensure data security

The participating company must ensure that personal data is kept in a secure environment and protected against loss, abuse, unauthorised access, disclosure, alteration or destruction, with due regard to the nature of the data and risks related to the processing.

Enforcement mechanisms**Legal avenues available to data subjects**

The EU–US Privacy Shield contains a set of mechanisms available to the data subjects in order to assert their rights:

1. Contact with the participating US data controller/processor: Each participating controller/processor must indicate the contact details of a person who can be contacted directly for any question or complaint. A response must be provided within 45 days.
2. Mechanism of Alternative Dispute Resolution (“ADR”): Each participating company must offer the data subject an access to an ADR mechanism in order to settle disputes relating to the processing of personal data. Such ADR mechanism can take the following two forms:

Firstly, the participating company may elect an independent ADR body. The ADR body must be able to impose corrective actions and effective sanctions (for example the publication of the decision) to ensure that the participating company fulfills its obligations to protect personal data. As a matter of principle, the procedure before the ADR body is free of charge for the data subject.

Secondly, a participating company may also elect a national data protection authority (in the EU) as the ADR body. An obligation to choose such authority as an ADR body exists only in cases where the participating company processes personal data that has been collected in the context of an employment relationship. Hence, an employee always has the possibility to liaise with a national data protection authority (in the EU) in order to formulate complaints in connection with personal data that was collected in the employment relationship and then transferred to a participating company.

The national data protection authority shall issue its notice setting out its position within 60 days of receipt of the complaint. The data subject is informed of the notice, which is, as matter of principle, publicly available. The participating company then has 25 days to comply with the notice, otherwise the national authority may take the case to the US Federal Trade Commission for a decision on possible enforcement actions. It may also notify the US Department of Commerce of the company's refusal to comply with the notice, which may result in the company

Instruments de mise en œuvre**Eventail de mesures à disposition des personnes concernées**

Le *EU–US Privacy Shield* contient une série de mécanismes à disposition des personnes concernées pour faire valoir leurs droits :

1. Contact avec l'entreprise participante : Chaque entreprise participante doit indiquer les coordonnées d'une personne qui peut être contactée directement pour toute question ou réclamation. Une réponse doit être fournie dans les 45 jours.
2. Mécanisme de règlement alternatif de litiges (*Alternative Dispute Resolution*, « ADR ») : Chaque entreprise participante doit offrir aux personnes concernées une voie d'ADR afin de trancher les litiges relatifs au traitement de données personnelles. Cette voie d'ADR peut prendre deux formes :

En premier lieu, l'entreprise participante peut choisir un organisme d'ADR indépendant.¹⁸ L'organisme d'ADR doit être en mesure d'imposer des actions correctrices et des sanctions efficaces (par exemple la publication de la décision) pour garantir que l'entreprise participante remplit ses obligations de protéger les données personnelles. La procédure devant l'organisme d'ADR est en principe gratuite.

En second lieu, une entreprise participante peut également choisir une autorité nationale (de l'UE) en matière de protection des données en tant qu'organisme d'ADR.¹⁹ Une obligation de choisir une telle autorité en tant qu'organisme d'ADR n'existe que dans les cas dans lesquels l'entreprise participante traite des données personnelles qui ont été collectées dans le cadre d'une relation de travail. Ainsi, un employé dispose toujours de la possibilité de s'adresser à l'autorité nationale (dans l'UE) en matière de protection des données pour formuler des griefs en lien avec des données personnelles recueillies dans le cadre d'une relation de travail et qui ont été transférées à une entreprise participante.

L'autorité nationale donne son avis dans les 60 jours qui suivent la réception de la réclamation. La personne concernée est informée de l'avis, qui est en principe publié. L'entreprise participante dispose alors de 25 jours pour se conformer à l'avis, faute de quoi l'autorité nationale pourra porter l'affaire devant la *US Federal Trade Commission* en vue du prononcé d'éventuelles mesures coercitives. Elle peut également informer le *US Department of Commerce* du refus de l'entreprise de se conformer à l'avis, ce qui

peut entraîner son retrait de la liste des entreprises participantes.

Par ailleurs, si la réclamation montre que le transfert des données personnelles à l'entreprise participante viole la législation européenne (par exemple le RGPD à compter du 25 mai 2018), l'autorité nationale peut également prendre des mesures à l'encontre de la société de l'UE qui transmet les données, telles que l'ordre de suspendre le transfert de données.

3. *US Department of Commerce* ou *US Federal Trade Commission* : La personne concernée peut introduire une réclamation directement auprès de ces deux autorités, sans nécessairement contacter au préalable une autorité nationale (dans l'UE) en matière de protection des données.

Procédure arbitrale

Si la personne concernée estime que sa réclamation n'a pas été tranchée de manière satisfaisante par le biais des instruments évoqués ci-dessus, la personne concernée peut recourir à l'arbitrage. Ce mécanisme constitue donc un instrument de dernier ressort.²⁰

Seule la personne concernée (personne physique) peut engager une procédure arbitrale contre un participant au *EU-US Privacy Shield*. La personne concernée doit notifier formellement à l'entreprise l'intention d'initier une procédure arbitrale. Cette notification doit comporter une description de la violation alléguée et un résumé des démarches déjà entreprises. Différentes mesures ont été mises en place pour assister la personne concernée dans le cadre de l'initiation et le déroulement de la procédure arbitrale :

- le droit de demander l'assistance de l'autorité nationale (dans l'UE) en matière de protection des données pour préparer la réclamation ;
- la possibilité de participer aux audiences par téléphone ou vidéoconférence ;
- la possibilité d'obtenir gratuitement la traduction des documents de l'anglais vers une autre langue ; et
- la prise en charge des frais d'arbitrage (sauf les honoraires d'avocat) par un fonds spécialement créé par le *US Department of Commerce* et financé par les contributions annuelles des sociétés adhérant au *EU-US Privacy Shield*.

Les arbitres (un ou trois en fonction de l'accord des parties) sont choisis au sein d'un groupe d'au moins 20 arbitres désignés par le *US Department of Commerce* et la Commission européenne. La procédure d'arbitrage doit être clôturée dans les 90 jours. Si le tribunal arbitral constate l'existence d'une violation des principes de

being removed from the list of participating companies.

In addition, if the complaint shows that the transfer of personal data to the participating company is not in line with EU law (typically the GDPR as of 25 May 2018), the national data protection authority may also take actions against the EU company that transferred the personal data. For instance, the national data protection authority may order a suspension of the data transfer.

3. US Department of Commerce or US Federal Trade Commission: The data subject may file a claim directly with these two US authorities, without necessarily contacting beforehand a national data protection authority (in the EU).

Arbitral proceedings

If the data subject is of the view that his or her claim has not been addressed in a satisfactory manner through the legal avenues mentioned above, the data subject may initiate arbitral proceedings. This mechanism is therefore an instrument of last resort.

Only the data subject (natural person) can initiate arbitral proceedings against a participant in the *EU-US Privacy Shield*. The data subject must formally notify the company of its intention to initiate arbitral proceedings. This notification must include a description of the alleged violation and a summary of the steps already taken. Various measures have been put in place to assist the data subject in initiating and taking part in the arbitral proceedings:

- the right to request assistance from the national data protection authority (in the EU) to prepare the claim;
- the possibility to participate to hearings through telephone or videoconference;
- the possibility to obtain free translation of documents from English to another language; and
- the coverage of arbitration fees (except for legal fees) by a special fund created by the US Department of Commerce and financed by the annual contributions of the companies joining the *EU-US Privacy Shield*.

The arbitrators (one or three depending upon the agreement of the parties) are chosen from a panel of at least 20 arbitrators appointed by the US Department of Commerce and the European Commission. The arbitral proceedings must be closed within 90 days. If the arbitral tribunal finds a violation of privacy protection principles, it may impose corrective action such as the

access to personal data, their correction, their deletion or their restitution. The arbitral tribunal cannot, however, grant financial indemnification.

Privacy Shield Ombudsperson (in the field of US national security)

The EU-US Privacy Shield introduces a new independent organ intended to regulate the processing of personal data in the field of US national security: the Privacy Shield Ombudsperson.

A request regarding the processing of personal data in the US in the field of national security must, as a first step, be submitted to the national data protection authority (in the EU).

Before being submitted to the Ombudsperson, the application is examined to verify: (i) the identity of the applicant; (ii) that the applicant is acting solely on his own behalf and not on behalf of a government or an intergovernmental organisation; (iii) that the application contains all the appropriate information; (iv) that it relates to personal data transferred to the US; and (v) that it is not unfounded, vexatious or made in bad faith.

Once it has been determined that the application is complete, the Ombudsperson (a senior official from the US State Department) forwards it to the appropriate US agencies. The Ombudsperson may cooperate with one of the independent supervisory bodies that benefit from investigative powers. At the end of the procedure, the Ombudsperson will confirm that the application has been duly examined and that US laws have been complied with or, if not, that the violation has been remedied. The Ombudsperson's response will not specify, however, whether the data subject has been under the surveillance of the US National Intelligence Service.

RESULTS OF THE FIRST ANNUAL REVIEW (SEPTEMBER 2017)

The implementation of the EU-US Privacy Shield is being reviewed on an annual basis, for the first time in September 2017. The report in relation to this review was released by the European Commission on 18 October 2017.

This report indicates that, according to the European Commission, the mechanism set forth in the EU-US Privacy Shield ensures an adequate level of data protection. The three main areas of improvement that have been highlighted are: (i) the need for enhanced

protection de la vie privée, il peut imposer une action correctrice telle que l'accès aux données personnelles, leur correction, leur suppression ou leur restitution. Le tribunal arbitral ne peut, en revanche, pas accorder d'indemnisation financière.

Médiateur du EU-US Privacy Shield (dans le domaine de la sécurité nationale)

Le *EU-US Privacy Shield* instaure un nouvel organe indépendant destiné à encadrer les traitements de données personnelles dans le domaine de la sécurité nationale des Etats-Unis : le Médiateur du *EU-US Privacy Shield*.²¹

Une requête relative à un traitement de données personnelles intervenu aux Etats-Unis dans le domaine de la sécurité nationale doit, dans un premier temps, être introduite auprès de l'autorité nationale (dans l'UE) en charge de la protection des données.

Avant d'être soumise au Médiateur, la demande est examinée pour vérifier : (i) l'identité du demandeur ; (ii) que le demandeur agit uniquement pour son propre compte et non pour le compte d'un gouvernement ou d'une organisation intergouvernementale ; (iii) que la demande contient toutes les informations appropriées ; (iv) qu'elle porte sur des données personnelles transférées vers les Etats-Unis ; et (v) qu'elle n'est pas dénuée de fondement, vexatoire ou faite de mauvaise foi.

Une fois qu'il a été constaté que la demande est complète, le Médiateur (un haut fonctionnaire du *US State Department*) la transmet aux organismes américains appropriés. Le Médiateur peut coopérer avec l'un des organes de contrôle indépendants dotés de pouvoirs d'enquête. A la fin de la procédure, le Médiateur confirmera que la demande a été dûment examinée et que le droit américain a été respecté ou, dans le cas contraire, que la violation a été réparée. La réponse du Médiateur ne précisera toutefois pas si la personne concernée a fait l'objet d'une surveillance de la part des services de renseignement nationaux des Etats-Unis.

RESULTAT DE LA PREMIERE REVUE ANNUELLE (SEPTEMBRE 2017)

La mise en œuvre du *EU-US Privacy Shield* fait l'objet de revues sur une base annuelle, pour la première fois en septembre 2017. Le rapport relatif à cette revue a été publié par la Commission européenne le 18 octobre 2017.²²

Ce rapport indique que le fonctionnement du *EU-US Privacy Shield* permet, de l'avis de la Commission européenne, d'assurer un niveau adéquat en matière de protection des données. Les trois principaux points d'amélioration qui ont

été mis en exergue sont : (i) la nécessité d'assurer une meilleure surveillance des entreprises participantes par le *US Department of Commerce* ; (ii) la nécessité de mieux informer les personnes concernées au sein de l'UE des droits conférés par le *EU-US Privacy Shield* ; et (iii) un renforcement de la coopération entre les autorités américaines et leurs homologues au sein de l'UE.

SWISS-US PRIVACY SHIELD

Un mécanisme tout à fait similaire au *EU-US Privacy Shield* a été mis en place entre la Suisse et les Etats-Unis. La réglementation en matière de communication transfrontalière de données personnelles entre la Suisse et les Etats-Unis est basée sur des principes tout à fait similaires à la réglementation européenne, à savoir une subdivision entre : (i) des Etats (de destination) dont la législation est réputée adéquate (dans une perspective suisse) ; et (ii) d'autres Etats (de destination) dont la législation n'est pas jugée adéquate. Les Etats-Unis sont classés dans la seconde catégorie. Cela étant dit, des entreprises américaines pouvaient obtenir une certification dans le cadre du *Swiss-US Safe Harbor* (un mécanisme très largement inspiré du *EU-US Safe Harbor*). Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence a estimé que l'arrêt de la Cour de justice de l'UE dans l'affaire *Schrems* avait de facto également une portée en Suisse : Suite à la publication de cet arrêt, l'autorité suisse a considéré que le *Swiss-US Safe Harbor* ne constituait plus une base juridique suffisante pour les transferts de données personnelles de la Suisse vers les Etats-Unis.²³

Suite aux développements intervenus au niveau de l'UE, la Suisse a également négocié avec les autorités américaines la conclusion d'un « bouclier de protection » (*Swiss-US Privacy Shield*), dont les dispositions sont substantiellement équivalentes à celles du *EU-US Privacy Shield*. Le *Swiss-US Privacy Shield* est entré en vigueur le 12 avril 2017.²⁴

CONCLUSION

Le transfert de données personnelles sur une base transfrontalière vers les Etats-Unis revêt une importance considérable en pratique, notamment au sein de groupes de sociétés et en raison de l'implantation, aux Etats-Unis, d'entreprises dont le modèle d'affaires est principalement axé sur l'exploitation de données personnelles.

Les approches en matière de protection des données sont toutefois radicalement différentes entre l'Europe continentale et les Etats-Unis. La mise en place du *EU-US Privacy Shield* (et de son pendant suisse, le *Swiss-US Privacy Shield*) vise à permettre à certaines entreprises américaines de souscrire sur une base volontaire à un

compliance checks to be made by the US Department of Commerce; (ii) the need to better inform the data subjects within the EU of the rights granted under the *EU-US Privacy Shield*; and (iii) the need to enhance the cooperation between the concerned US authorities and their counterparts in the EU.

SWISS-US PRIVACY SHIELD

A similar mechanism to the *EU-US Privacy Shield* has been put in place between Switzerland and the US. The rules on cross-border communication of personal data between Switzerland and the US are based on principles similar to those applicable at EU level, namely a subdivision between: (i) States (of destination) whose data protection legislation is deemed adequate (from a Swiss perspective); and (ii) other States (of destination) whose legislation is not considered adequate. The US has been allocated to the second category. That being said, US data controllers/processors could obtain certification under the *Swiss-US Safe Harbor* (a mechanism based on the *EU-US Safe Harbor*). The Federal Data Protection and Information Commissioner considered that the judgment of the Court of Justice of the EU in the *Schrems* case was also relevant in Switzerland. Following the publication of this judgment, the Swiss authority took the position that the *Swiss-US Safe Harbor* was no longer a sufficient legal basis for the transfer of personal data from Switzerland to the US.

Following the developments that occurred at the EU level, Switzerland negotiated with the US authorities the conclusion of a privacy shield (*Swiss-US Privacy Shield*), which is substantially equivalent to the *EU-US Privacy Shield*. The *Swiss-US Privacy Shield* came into force on 12 April 2017.

CONCLUSION

The transfer of personal data on a cross-border basis to the US is of significant importance in practice, particularly within groups of companies and because of the existence, in the US, of companies whose business model is mainly focused on the exploitation of personal data.

That being said, the approach to data protection regulations is radically different between continental Europe and the US. The purpose of the *EU-US Privacy Shield* (and its Swiss counterpart, the *Swiss-US Privacy Shield*) is to allow US data controllers/processors to undertake, on a voluntary basis, certain data protection commitments so as to facilitate the cross-

border flows of personal data between the EU and the US, while ensuring the protection of the rights of the data subjects.

The first annual review of this new mechanism shows that there is room for improvement as regards the “administrative” enforcement of the commitments undertaken by companies that have adhered to the EU-US Privacy Shield. The EU-US Privacy Shield does provide for rather sophisticated mechanisms to allow data subjects to assert their rights. The individual enforcement of data protection rules by the data subjects is however often an illusion. This is true for the processing of personal data within the same State, but applies *a fortiori* to the cross-border communications of personal data.

faisceau d’obligations en matière de protection des données de manière à faciliter les flux transfrontaliers de données personnelles entre l’UE et les Etats-Unis, tout en assurant la protection des droits des personnes concernées.

Le premier rapport d’évaluation de ce nouveau mécanisme montre que la mise en œuvre (*enforcement*) « administrative » des obligations souscrites par les entreprises qui ont adhéré au *EU-US Privacy Shield* doit encore être améliorée. Le *EU-US Privacy Shield* prévoit certes des mécanismes relativement sophistiqués pour permettre aux personnes concernées de faire valoir leurs droits. En matière de protection des données, la mise en œuvre individuelle par les personnes concernées reste toutefois souvent une illusion. Ce constat vaut pour les traitements de données personnelles au sein d’un même Etat, mais s’applique *a fortiori* en cas de communication transfrontalière de données personnelles.

Notes

1. Cf. arts 25 et suivants de la Directive 95/46/CE.
2. L’article 5 RGPD liste les principes généraux suivants : licéité, loyauté, transparence / limitation des finalités / minimisation des données / exactitude / limitation de la conservation / intégrité et confidentialité.
3. Décision 2000/520/CE de la Commission du 26 juillet 2000 conformément à la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « sphère de sécurité » et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du Commerce des Etats-Unis d’Amérique.
4. CJUE, 6 octobre 2015, *Maximillian Schrems c/. Data Protection Commissioner*, aff. C-362/14.
5. Cf. note de bas de p.3.
6. CJUE, 6 octobre 2015, *Maximillian Schrems c/. Data Protection Commissioner*, aff. C-362/14, paras 97 ss. Sur ces questions, cf. également Clotilde Camus, David Chekroun, Patrick-Hubert Petit, Les entreprises au regard du Règlement Général sur la Protection des Données : quelles réformes à opérer ?, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2018, p.125.
7. Communiqué de presse de la Commission européenne du 2 février 2016, disponible à l’adresse : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-216_fr.htm [Consulté le 13 février 2018].
8. Décision d’exécution (UE) 2016/1250 de la Commission du 12 juillet 2016 conformément à la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l’adéquation de la protection assurée par le *EU-US Privacy Shield* UE-Etats-Unis.
9. Cette liste est disponible à l’adresse suivante : <https://www.privacyshield.gov/welcome> [Consulté le 13 février 2018].
10. Les entreprises qui n’adhèrent plus au *EU-US Privacy Shield* sont radiées de la liste, mais doivent continuer à appliquer les principes du dispositif aux données personnelles obtenues lorsqu’elles en étaient membres.
11. Communiqué de presse de la Commission européenne du 18 octobre 2017, disponible à l’adresse suivante : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3966_fr.htm [Consulté le 13 février 2018].
12. Annexe II de la Décision d’exécution (UE) 2016/1250 de la Commission du 12 juillet 2016 conformément à la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l’adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-Etats-Unis (« Annexe II de la Décision d’exécution (UE) 2016/1250 »), para.II.1.
13. Dans un tel cas de figure, la société qui reçoit les données doit contractuellement garantir le même niveau de protection des données personnelles que celui qui est garanti dans le cadre du *EU-US Privacy Shield* (Annexe II de la Décision d’exécution (UE) 2016/1250, para.II.3).
14. Cf. note de bas de p.9.
15. Annexe II de la Décision d’exécution (UE) 2016/1250, para.II.2.
16. Annexe II de la Décision d’exécution (UE) 2016/1250, para.II.5.
17. Annexe II de la Décision d’exécution (UE) 2016/1250, para.II.4.
18. Cf. par exemple l’organisme « TRUSTE » qui a été choisi par la société *Facebook, Inc.* (<https://www.privacyshield.gov/participant?id=a2zt0000000GnywAAC&status=Active>) [Consulté le 13 février 2018].

19. A titre d'exemple, cette alternative semble avoir été choisie par la société *Microsoft Corporation* (<https://www.privacyshield.gov/participant?id=a2zt0000000KzNaAAK&status=Active>) [Consulté le 13 février 2018].

20. Décision d'exécution (UE) 2016/1250 de la Commission du 12 juillet 2016 conformément à la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-Etats-Unis, considérant 56.

21. Annexe III de la Décision d'exécution (UE) 2016/1250 de la Commission du 12 juillet 2016 conformément à la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-Etats-Unis.

22. Ce rapport est disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/info/strategy/justice-and-fundamental-rights/data-protection/data-transfers-outside-eu/eu-us-privacy-shield_fr [Consulté le 13 février 2018].


23. Communication figurant sur le site Internet du Préposé fédéral à la protection des données, supprimée depuis lors.

24. La liste des entreprises participant au *Swiss-US Privacy Shield* peut être consultée sur le même site Internet que la liste des entreprises participant au *EU-US Privacy Shield* : <https://www.privacyshield.gov/welcome> [Consulté le 13 février 2018].

THE HARMONISATION AND/OR UNIFICATION OF THE ARBITRATION LAW IN ARAB-MEDITERRANEAN COUNTRIES

L'HARMONISATION ET/OU L'UNIFICATION DU DROIT DE L'ARBITRAGE DANS LES PAYS ARABO-MEDITERRANEENS

Filali OSMAN*

 Algeria; Arbitration; Egypt; Harmonisation; Jordan; Lebanon; Mauritania; Morocco; Palestine; Syria; Tunisia

“The Civil Law system that some refer to as (for no historical reasons) Western, has taken shape in the Orient thanks to the schools of Beirut and Constantinople (...) (translation)”¹

INTRODUCTION

The Union for the Mediterranean, which was officially inaugurated on 13 July 2008 in the prestigious Grand Palais, joins together 43 states from Europe, the Mediterranean, Community institutions and regional organisations. It was set up in a spirit of continuity and break with the Barcelona Process which was initiated on 28 November 1995.² This latter came into existence because of the strategic significance of countries on the southern shore of the Mediterranean and, following the collapse of the Soviet Bloc along with the danger associated with what some called the US hyper-power, a concept coined by the then French Foreign Minister, Hubert Védrine in 1999 to refer to the American domination at the end of the 20th Century in all fields—politics, diplomacy, the military, economy, culture and the media.

Backed-up by seven bilateral agreements between the EU on the one hand and seven partner countries on the other,

INTRODUCTION

Inaugurée officiellement le 13 juillet 2008, dans le prestigieux Grand Palais, lors du Sommet de Paris pour la Méditerranée, l'Union pour la Méditerranée réunit 43 Etats d'Europe et de la Méditerranée, les institutions communautaires et les organisations régionales. Elle est à la fois en continuité et en rupture avec le Processus de Barcelone qui avait été initié le 28 novembre 1995. Ce dernier était alors né en raison de l'importance stratégique des pays de la rive sud de la Méditerranée, à la suite de l'effondrement du bloc soviétique et des dangers liés à ce que d'aucuns ont qualifié d'hyper-puissance américaine, concept dont usera le ministre français des Affaires étrangères, Hubert Védrine, dès 1999, et ce pour désigner la domination américaine à la fin du XXème siècle, dans tous les domaines politique, diplomatique, militaire, économique, culturel et médiatique.

Etayée par sept accords bilatéraux entre d'une part, l'Union européenne et, d'autre part, sept des pays

* Professor at the University of Franche-Comté—CRJFC; Former Government Counsellor; Associate Researcher at the International Commerce and Business Law Center at the University of Montreal—CDACI.

partenaires, la déclaration de Barcelone de 1995 fixait les trois objectifs suivants :

- un partenariat politique et de sécurité, destiné à définir un espace commun de paix et de stabilité,
- un partenariat économique et financier afin de construire une zone de prospérité partagée. C'est ce deuxième objectif qui a requis la conclusion d'accords bilatéraux d'association en vue de remplacer les anciens accords de coopération, devenus inadaptés à l'ambition affichée de créer une zone de libre-échange euro-méditerranéenne.
- enfin un partenariat dans les domaines social, culturel et humain, ayant pour objectif ambitieux de développer les ressources humaines, de favoriser la compréhension entre les cultures et les échanges entre les sociétés civiles.

Le partenariat né autour du processus dit de Barcelone auquel succède depuis le 13 juillet 2008 la toute jeune Union pour la Méditerranée est-il de nature à susciter une harmonisation du droit des affaires dans l'espace arabe méditerranéen, et ce, en relation avec le deuxième objectif résidant dans l'établissement d'une zone de libre-échange euro-méditerranéenne ? Quelle place pour une harmonisation du droit de l'arbitrage ? Quelle place pour un droit arabe et méditerranéen de l'arbitrage.

La base juridique pour fonder un tel rapprochement existe. On relèvera, d'une part, les nombreuses références faites par tous les accords euro-méditerranéens d'association au droit du commerce international, et plus précisément au respect des règles de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). D'autre part, les obligations contractées en vertu de ces accords d'association, impliquent un travail de rapprochement des législations afin de lever tous les obstacles à la libéralisation des échanges.

Ainsi, et nous le verrons en seconde partie de cette synthèse, il existe une faisabilité juridique qui peut inspirer les actions normatives du législateur méditerranéen. Mais, dans le cadre d'une vision pluraliste des sources du droit, les opérateurs privés sont indéfectiblement associés à cette entreprise normative.

Certes l'objectif de l'Union européenne de faire du bassin méditerranéen une zone de dialogue, d'échanges et de coopération entre 43 partenaires est loin d'être atteint. Cependant cet objectif requiert-il de trouver un modèle juridique applicable à tous les échanges, quels qu'ils soient, dans le domaine du règlement des différends par voie d'arbitrage ? Quelle peut être la contribution de la circulation de modèles juridiques romano-germaniques, de *common law* ou droit de musulman qui constituent cette intégration régionale ?

Mais l'invitation, dédiée au droit de l'arbitrage des pays arabes méditerranéens était tout aussi prometteuse que périlleuse car elle comportait le risque de succomber aux chants des sirènes d'une étude purement exhaustive et descriptive du droit positif de

the Barcelona Declaration of 1995 sets the following three goals:

- a political partnership aimed at establishing a common area of peace and stability,
- economic and financial partnership aimed at creating an area of shared prosperity. This second objective required the conclusion of bilateral association agreements with a view to replacing the previous cooperation agreements which became incompatible with the ambition of creating a Euro-Mediterranean free trade area.
- a partnership in social, cultural and human affairs whose ambitious goals is to develop human resources and promote understanding between cultures and exchanges between civil societies.

Does the partnership emerging from the Barcelona Process which has been succeeded, since 13 July 2008, by the newly created UfM give rise to the harmonisation of business law in the Arab-Mediterranean zone with respect to the second goal which lies in establishing a Euro-Mediterranean free trade area? What place is there for the harmonisation of the law of arbitration? What place is there for the Arab-Mediterranean law of arbitration?

The legal basis for such reconciliation does indeed exist. It should be noted that there are several references to international trade law in each of the Euro-Mediterranean association agreements, particularly with respect to the rules of the World Trade Organization (WTO).

Furthermore, the obligations undertaken by virtue of these association agreements entail the approximation of laws with a view to removing all obstacles to free trade. Therefore, as will be shown in the second section of this paper, there is a legal feasibility that can inspire lawmakers in the Mediterranean to initiate normative acts. However, within the framework of a pluralistic view of the sources of the law, private operators are irrevocably involved in this norm-setting enterprise.

Admittedly, the EU goal of making the Mediterranean basin a zone of dialogue, exchange and cooperation among 43 partners is far from being achieved. Does this goal require finding a legal model applicable to all trade sectors, of any kind, in the field of dispute resolution by means of arbitration? What kind of contribution can the spread of legal traditions, i.e. Romano-Germanic law, common law or Islamic law that constitute this regional integration make?

Calling for the provision of a *Lex Arab Mediterranea* of arbitration carries both great promises as well as great perils because it entails succumbing to the siren songs of a purely exhaustive and descriptive study of arbitration law that is

currently in force in each of the 43 state members of UfM irrespective of judicial practices and private arbitration institutions.

I would first point out that nine Arab countries that belong to UfM (Mauritania, Morocco, Algeria, Tunisia, Egypt, Jordan, Lebanon, Syria, Palestine) are collectively referred to as “Middle East and North Africa” (MENA), which is an English expression that covers a geographical and geopolitical reality of variable geometry. Based on the greatest bulk of legal writings, the MENA region comprises Arab countries but also Turkey and Iran. Similarly, according to the geographical demarcation of the World Bank, the MENA region consists of 20 countries.³

An international organisation such as the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) recognises likewise the MENA region as a geographical and economic area to the point that it reached the conclusion of putting in place a strategic program of cooperation with 20 states concerned in order to develop their competitiveness in investment.

We are concerned here with nine Arab countries described as Mediterranean not in the geographical sense of the term (neither Jordan nor Mauritania have access to the Mediterranean, with the first having access to the Red Sea and the second to the Atlantic Ocean) but in the institutional sense with respect to states being members to UfM (Libya is not a state party thereto!). What harmonisation and/or unification of arbitration law is there for these nine Arab countries?

If the approximation of laws does not spare any area, provided that there is an impact on the Mediterranean trade, then, one thing for sure, wouldn't such a result already be achieved by now in the field of arbitration which has received all the attention of international governmental and private organisations for half a century now?

With regard to law approximation in legal systems that are embedded in converging traditions and cultures and founded on an Arab-Muslim culture, there are two issues that keep arising: firstly, one which relates to the need to harmonise the law of arbitration in the Arab-Mediterranean region, and second, if so, the scope of its feasibility.

Upon the invitation from sponsors of the conference, I accepted to take part and embark on the Arab-Mediterranean odyssey that is rife with hardships and challenges. Just like Ulysses, the aim at the end is to reach the shores of Ithaca and join Penelope, who endured 20 years of waiting. The aim is to shed light on ways that are conducive to greater harmonisation of the law of arbitration where the question at issue regarding the degree of autonomy remains open.

l'arbitrage en vigueur dans chacun des 43 Etats de l'UpM, sans tenir compte, ni des pratiques judiciaires, ni de celles des institutions privées d'arbitrage.

Soulignons d'abord que neuf pays arabes font partie de l'UpM (Mauritanie, Maroc, Algérie, Tunisie, Egypte, Jordanie, Liban, Syrie, Palestine) et également de l'ensemble dit « Middle East and North Africa » (MENA), expression anglaise qui recouvre une réalité géographique et géopolitique à géométrie variable. Ainsi, selon la majorité de la doctrine, elle inclut les pays arabes mais également la Turquie et l'Iran. De même, selon la délimitation géographique opérée par la Banque mondiale, la région MENA comprend 20 pays.

Une organisation internationale comme l'OCDE reconnaît également l'aire géographique et économique MENA, au point qu'elle en est arrivée à mettre en place un programme stratégique de coopération avec 20 des Etats concernés pour développer leur compétitivité en matière d'investissements.

Nous nous intéressons ici aux neuf pays arabes, qualifiés de Méditerranéens, non pas au sens géographique (ni la Jordanie, ni la Mauritanie n'ont, en effet, d'accès à la Méditerranée, le premier ayant un accès à la mer Rouge et le second à l'océan Atlantique) mais au sens institutionnel de pays appartenant à l'UpM (la Libye méditerranéenne n'en fait pas partie !). Quelle harmonisation et/ou unification du droit de l'arbitrage pour ces neuf pays arabes ?

En effet, si le rapprochement des législations n'épargne aucun domaine, pourvu qu'il ait des incidences sur le commerce méditerranéen, un tel résultat n'est-il pas d'ores et déjà atteint dans le domaine de l'arbitrage objet de toutes les attentions des organisations internationales gouvernementales et privées, et ce, depuis un demi-siècle ?

En effet s'agissant de rapprocher le droit de systèmes juridiques ancrés dans des traditions et cultures convergentes, fondés sur une culture arabo-musulmane, se posent constamment deux questions qui sont, d'une part, la nécessité de l'harmonisation du droit de l'arbitrage dans l'espace méditerranéen arabe et, d'autre part, dans l'affirmative, celle de sa faisabilité.

A l'invitation des promoteurs de ce colloque, j'ai accepté de prendre part à cette odyssee méditerranéenne et arabe semée d'embûches mais ô combien pleine de défis. Au final, il s'agit, comme pour Ulysse, de rejoindre les rives d'Ithaque et Pénélope qui l'y attendit pendant 20 ans. Il s'agit de mettre en lumière les voies d'une harmonisation du droit de l'arbitrage plus poussée dont la question du degré d'autonomie reste ouverte.

Aussi, nous examinerons la nécessité d'un droit de l'arbitrage unifié et/ou harmonisé, et, dans la mesure où la réponse est assurément positive, la faisabilité d'une telle entreprise.

LA NECESSITE D'UN DROIT DE L'ARBITRAGE UNIFIE ET/OU HARMONISE

Nous observons deux raisons majeures rendant nécessaire la consolidation d'un droit uniforme de l'arbitrage des pays arabes méditerranéens. La première est d'ordre économique (réalisation d'une zone de libre-échange, diminution des coûts de procès méditerranéens, etc.), tandis que la seconde est liée à la fragmentation du droit de l'arbitrage dans l'espace méditerranéen, et ce, en dépit de travaux mondiaux en la matière.

Une nécessité liée à la réalisation d'une zone de libre-échange euro-arabo-méditerranéenne

Le droit des pays arabes méditerranéens, à l'instar de tout droit, est un facteur d'attractivité et de compétitivité d'une économie, d'où l'intérêt d'évaluer son efficacité, notamment au travers du recours à l'arbitrage. Il est un des éléments de la concurrence entre les économies régionales. Cette concurrence s'exerce principalement pour attirer les investissements.

La Conférence de lancement du Groupe de travail MENA-OCDE sur la sécurité des investissements dans la région méditerranéenne (Groupe de travail MENA-OCDE « ISMED ») qui s'est tenue le 9 décembre 2013 a ainsi rappelé « l'importance de développer de nouvelles approches « innovantes susceptibles d'accroître l'efficacité des mesures de protection de l'investissement et des instruments d'atténuation des risques ». Et de conclure que « d'ici fin 2014, le Groupe élaborera des recommandations sur des questions telles que l'arbitrage commercial, les partenariats public-privé, la finance islamique ou les instruments de partage des coûts et des risques, sur la base de travaux de recherche et d'analyse ».

Aussi, la question de l'impact du droit, et du droit de l'arbitrage en particulier, sur la croissance et l'économie en général, provoque depuis plusieurs décennies des débats passionnés, parmi les universitaires mais également auprès des décideurs politiques, et plus particulièrement au sein des agences de développement. L'Union pour la Méditerranée n'échappe pas à ces débats.

Les neuf pays arabes parmi les 43 qui composent l'Union pour la Méditerranée tentent de donner aux investisseurs étrangers une image globale de leur capacité à favoriser à la fois l'accueil, la rentabilité et l'exploitation de leur investissement. C'est dans ce cadre que s'inscrit la publication annuelle, depuis l'automne 2003, des rapports *Doing Business* (DB) par la Société financière internationale (SFI), filiale de la Banque mondiale. Il s'agit d'une tentative de quantifier et d'évaluer de manière comparative l'impact du droit national sur la croissance économique et sur la vie des affaires grâce à un indicateur synthétique de « facilité à

We will explore the need for a *Lex Arab Mediterranea* of Arbitration (I) and, provided the answer is obviously affirmative, the feasibility thereof (II).

THE NEED FOR A UNIFIED AND/OR HARMONISED OF ARBITRATION LAW IN THE ARAB-MEDITERRANEAN AREA

There are two major reasons that create the need for consolidating an Arab-Mediterranean law of arbitration. The primary one is economic (establishing a free trade zone, reduce the cost of litigation in the Mediterranean, etc.), while the second is related to the fragmentation of arbitration law in the Mediterranean region notwithstanding the global work in this respect.

A necessity linked to the establishment of an Euro-Arab-Mediterranean Free Trade Area

The law in the Arab Mediterranean countries (AMCs), like any other law, is a factor that is strongly appealing and a determinant of economic competitiveness, hence the importance of assessing its effectiveness, in particular through recourse to arbitration. It bears an element of competition between regional economies and is mainly carried out to attract investment.

The conference to launch the MENA-OCDE Working Group on Investment Security in the Mediterranean (MENA-OCDE ISMED Working Group) held on 9 December 2013⁴ recalled “the importance of developing new approaches that are innovative and bring about the effectiveness of investment security measures and risk mitigation instruments.” It concluded that “by the end of 2014, the group will develop recommendations drawing on research and analysis conducted on such matters as commercial arbitration, public-private partnerships, Islamic finance, cost and risk-sharing instruments (translation)”.

Also, the impact of law and in particular the arbitration law on the economic growth in general has caused, for decades, lively debates among academics, but also among policy-makers and particularly development agencies. The UfM is no exception. It has been brought into debate.

It is in this context that the International Finance Corporation (IFC), a subsidiary of the World Bank, has published the *Doing Business* series of annual reports (DB) since the fall of 2003. The objective is to qualify and assess in a comparative manner the impact of national law on the economic growth and business by means of synthetic indicators (“ease of doing business index”), which comprise the average of ten indicators considered significant: (1) starting business, (2) construction permits, (3) hiring and redundancy, (4) registering property, (5) getting credit, (6) protecting

investors, (7) paying taxes, (8) trading across borders, (9) enforcing contracts and (10) resolving insolvency. There is an obvious link between indicators 6 and 9 with arbitration when observing their components. With regard to enforcing contract indicator, consideration should be given to the recovery of the claim value, sum of proceedings, court costs, etc. Arbitration, hereby, interferes with all these sub-indicators.

Even if such an approach has prompted strong controversy over the ability of law to provide for economic growth, this did not leave lawmakers in the Mediterranean indifferent. Rules of arbitration and mediation were championed by IFC particularly in Morocco, Algeria, Tunisia and Mauritania.

These controversies go beyond the legal framework of Arab countries that are members of the UfM.

The attractiveness of arbitration law is a catalyst in the search for uniformity and the quest for a *Lex Arab Mediterranea* of arbitration. Institutions of arbitration that will be set up or those which already exist in the Mediterranean area are institutional manifestations. International arbitration centres headquartered in Algeria, Morocco and Tunisia take part in this competition within the Maghreb, despite the numerous weaknesses demonstrated. This will be explored in more detail in the second part of this paper.

It is these considerations of economic importance that are behind private standard-setting initiatives among which are the arbitration centers of Cairo, Bahrain and Tunis.

The Arab-Mediterranean *Lex Mercatoria* aims at achieving higher performance and attractiveness that provide guidance for Mediterranean legislators or in a pluralistic approach to the sources of the law, all public and private stakeholders with normative power regardless of its nature: national law, treaties, private charters, private codes of ethics, contractual guidance, arbitration rules, etc.

Thankfully, the economic advantage related to the recourse to arbitration is not asymmetrical or with variable geometry. The intervention of Arab judges should afford effective right of access to arbitration.

There is a need for the economic harmonisation of economic nature with a view to removing obstacles related to the establishment of a Mediterranean free trade zone. In fact, the cost-benefit balance of the rule of law being fully observed is part of the data set that is necessarily taken into account by Arab businessmen in bringing legal actions. "The law against economic analysis", or the law observed by the prism of the economist giving rise to the need to promote alternative methods of resolving disputes that must be financially affordable.

faire des affaires » (« *ease of doing business index* »), constitué de la moyenne de dix indicateurs jugés significatifs : la création d'entreprises (1), l'obtention de licence (2), le recrutement et le licenciement (3), l'enregistrement de la propriété (4), l'obtention du crédit (5), la protection des investisseurs (6), le paiement des taxes (7), le commerce transfrontalier (8), l'exécution des contrats (9) et la fermeture d'entreprise (10). Les indicateurs 6 et 9 entretiennent un lien évident avec l'arbitrage si l'on observe les éléments sur lesquels ils se fondent. Ainsi, à propos de l'indicateur exécution des contrats, il est tenu compte du coût de recouvrement de la créance, du nombre de procédure, des frais de justice, etc. Or, l'arbitrage peut interférer sur l'ensemble de ces sous-indicateurs.

Même si une telle approche a suscité une forte polémique sur la capacité du droit à former de la croissance économique, elle n'a pas laissé indifférents les législateurs méditerranéens dont les règles en matière d'arbitrage et de médiation ont été promues par la Société financière internationale de la Banque mondiale, notamment au Maroc, en Algérie et Tunisie et en Mauritanie.

Ces controverses dépassent, et de loin, le seul cadre juridique des pays arabes membres de l'Union pour la Méditerranée.

Mais l'attractivité du droit de l'arbitrage constitue un catalyseur dans la recherche de l'uniformité et la quête d'un droit arabo-méditerranéen de l'arbitrage. Les institutions d'arbitrage en voie de création ou d'ores et déjà établies dans l'espace régional méditerranéen en sont des manifestations institutionnelles. Les offres d'arbitrage international de centres installés en Algérie, au Maroc et en Tunisie, participent à cette concurrence au sein du Maghreb, et ce, même si ce dernier observe une multitude de faiblesses sur lesquelles nous reviendrons en seconde partie.

Ce sont ces considérations éminemment économiques qui sont à l'origine d'initiatives normatives privées parmi lesquelles celle des centres d'arbitrage du Caire, de Bahreïn ou de Tunis.

Ainsi, la *lex mercatoria* arabo-méditerranéenne serait une quête de la performance économique, de l'attractivité qui devrait guider le législateur méditerranéen ou, dans une approche pluraliste des sources du droit, l'ensemble des acteurs publics et privés disposant d'un pouvoir normatif, quelle qu'en soit la forme : lois nationales, traités, chartes privées, codes privés d'éthique, guidance contractuelle, règlements d'arbitrage, etc.

Il est donc heureux que l'avantage économique lié au recours à l'arbitrage ne soit pas asymétrique ou à géométrie variable. L'ingérence du juge arabe doit être au service d'un droit effectif à l'accès à l'arbitrage.

Aussi, il existe bel et bien une nécessité d'harmonisation d'essence économique, en vue de lever tous les obstacles liés à la réalisation d'une zone méditerranéenne de libre-échange. En effet, le bilan coût/avantage à voir la règle de droit respectée fait partie des données dont l'homme d'affaire arabe, tient nécessairement compte dans l'exercice de l'action en justice. « Le droit face à l'analyse économique », ou observé par le prisme de l'économiste met en exergue la nécessité de promouvoir, dans l'espace méditerranéen des modes de règlement des différends qui doivent être accessibles financièrement.

Ceci est particulièrement vrai dans le domaine du droit des investissements internationaux, mais, à cette nécessité économique, il faut ajouter une seconde nécessité, d'ordre juridique : celle de la fragmentation du droit de l'arbitrage dans l'espace méditerranéen arabe.

Une nécessité liée à la fragmentation du droit de l'arbitrage dans l'espace arabo-méditerranéen

Comme l'observait déjà Pierre Lalive en 1964, à propos de l'intégration européenne « parler d'harmonisation ou de rapprochement (...), c'est toujours en bonne logique, reconnaître défaut d'harmonie, éloignement, diversité des éléments en présence ». Or, il suffit de lire les sept accords d'association, qui stipulent le rapprochement des législations, pour supposer qu'il existe une disparité des législations requérant un travail de rapprochement, terme synonyme d'harmonisation, se distinguant de celui d'unification ou de codification. Ces différents concepts recouvrent des réalités bien distinctes par le degré de rapprochement des législations qu'ils supposent.

L'unification à laquelle aspire les pays arabes revêt donc la particularité d'être graduelle, ce qui suppose que pour chaque domaine abordé on s'interroge sur sa faisabilité — *is it feasible* ? — et les moyens de la réaliser — *how to proceed*. C'est précisément la question posée pour l'arbitrage. Aussi est-ce tout logiquement que, dans le domaine international, « l'unification n'enlève pas le besoin de codification, elle l'appelle ! », écrit le Professeur Hondius.

Ainsi, avec un risque évident de fragmentation législative — effet mille-feuille — on signalera les conventions régionales, comme la Convention interarabe d'Amman de 1987 qui est signée par les sept pays de l'Union pour la Méditerranée sur les 14 qui l'ont ratifiée. Aussi, la perspective d'un droit uniforme arabo-méditerranéen de l'arbitrage en matière d'investissement, peut paraître ardue en raison de tropismes juridiques régionaux suscitant de vives réserves. Le droit de l'arbitrage aspire à l'universalité et le réduire à une aire géographique arabe dans sa pratique n'est-il pas inopportun ?

Le risque de fragmentation est encore plus important en matière d'arbitrage d'investissement puisque la Convention de Washington de mars 1965 créant le CIRDI a été ratifiée par les 39 des 43 Etats membres de l'UpM, parmi lesquels huit pays arabes. La dernière révision du règlement d'arbitrage de la CCI de 2012 rappelle également son ouverture à ce type d'arbitrage. La frontière entre concurrence ou complémentarité est ténue. Elle l'est encore plus depuis que l'assemblée générale des Nations Unies a adopté le 16 décembre 2013 par sa Résolution 68/109 une réforme du Règlement d'arbitrage CNUDCI de 2010 intégrant dans ce dernier le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités.

Qu'il y ait un risque manifeste de fragmentation, nul ne le contestera. Les entreprises normatives, publiques ou privées, mettent en exergue l'insuffisance d'une

This is particularly true in the field of international investment law but given the economic need, the need for a legal order with respect to the fragmentation of the law of arbitration in the Arab-Mediterranean area should be added.

A necessity linked to the fragmentation of arbitration law in the Arab-Mediterranean area

As noted by Pierre Lalive in 1964, regarding the European integration “to talk about harmonization or approximation (...), ideally implies recognizing the lack of harmony, remoteness and diversity of elements at play (translation)”⁵. One only has to look at the seven association agreements, which stipulate the approximation of laws, to assume that there is disparity between national laws requiring approximation, a synonym of harmonisation, both distinguishable from unification and codification. These different concepts encompass diverse situations that are governed by the degree of law approximation involved.⁶

The unification that Arab countries yearn for has the distinctive feature of being gradual, i.e. questions always arise as to the feasibility in any field addressed—is it feasible? and the means of achieving that—how to proceed.⁷ This is precisely the question asked with respect to arbitration. It is therefore logical, in the international ambit, that “unification does not lessen the need for codification, it calls for it,” as put by Professor Hondius.⁸

Accordingly, with a clear risk of legislative fragmentation—the layering effect—regional conventions such as the 1987 Inter-Arab Convention⁹ signed by seven UfM Member States out of 14 that ratified it.¹⁰ The prospect of a *Lex Arab Mediterranea* of investment arbitration may appear challenging because of the regional and legal tropism which has given rise to great concern. Isn't it inappropriate to reduce arbitration law to an Arab geographical area when this one seeks to attain universality?

The risk of fragmentation is even more significant in investment arbitration particularly that the Washington Convention of March 1965 setting up ICSID was ratified by 39 out of the entire 43 Member States of UfM, of which eight are Arab countries.¹¹ The latest revision of the ICC Rules of Arbitration in 2012 recalls its openness for this type of arbitration. There is a thin line between competition and complementarity. It is all the more tenuous since the United Nations General Assembly has adopted on 16 December 2013 under the terms of 68/109 Resolution the 2010 reform of the UNCITRAL Arbitration Rules which incorporates the UNCITRAL rules regarding transparency in treaty-based investor-State arbitration.

No one questions the existence of a clear risk of fragmentation. Standard-setting bodies, whether private or public, underline the significant lack of the harmonisation of

arbitration law or, alternatively, a competition among institutions which, de facto, do not favour that. The question that should be answered, hereby, is related to whether Arab countries have sufficient leeway to achieve an effective balance of harmonisation.

The area of mutual legal assistance with respect to arbitration is one more example which illustrates the lack of harmony between Arab legislation, giving rise to the conflict of conventions. It is to be recalled that there are many bilateral agreements on legal assistance between Maghreb countries on the recognition and enforcement of judgments and arbitral awards. These conventions suffer from weaknesses in governing bilateral relations. In addition, the scope covers that of the New York Convention for countries that are Contracting Parties as well as that of the 1987 Inter-Arab Amman Convention on International Commercial Arbitration.

There is also a risk of fragmentation of arbitration on the northern shore of the Mediterranean along with that in Arab countries. This requires an Arab-Mediterranean law of arbitration with the exception of two areas: sport and maritime arbitration.

Both types are transnational in nature. Their transnationality has an intrinsic value in such a way as it creates an environment of acculturation within Arab-Mediterranean countries. This applies to the case of sport arbitration where the Court of Arbitration for Sport (CAS) acts as a unifier of transnational rules and reflects a transnational unification enterprise, i.e. *Lex Sportiva*. This latter is widely acknowledged within the different Arab countries particularly those on the Mediterranean rim.

Maritime arbitration presents, mutatis mutandis, the same features. It is governed by the fundamental principles of the law of arbitration such as compliance with the adversarial principle, the principle of impartiality and independence of arbitrators, the duty to act expeditiously and the duty of loyalty. Maritime arbitration leaves great scope to seaman-ship. In addition, there does exist a *Lex Maritima Mediterranea* which also governs Arab-Mediterranean countries that are bound likewise by the Paris Agreement which was at the origin of the Union of the Mediterranean (UfM).

There is undoubtedly a need for harmonisation yet with respect to its feasibility, it remains a tricky issue to be addressed.

THE FEASIBILITY OF AN ARAB-MEDITERRANEAN OF ARBITRATION LAW

This feasibility is partly due to the existence of a legal basis for a standard-setting action, and a set of areas that are covered by the law of arbitration that initially did not resist the

harmonisation du droit de l'arbitrage ou alors une concurrence entre les institutions qui, de facto, ne la favoriseraient pas. La question à laquelle une réponse doit être donnée est donc celle de la marge de manœuvre dont dispose les pays arabes pour atteindre un réel équilibre d'harmonisation.

Le domaine particulier de l'entraide judiciaire, en lien avec l'arbitrage, est une autre illustration du défaut d'harmonie entre législations arabes, notamment, à la suite de conflit de conventions. Ainsi, on observe plusieurs conventions bilatérales d'entraide judiciaire conclues entre pays du Maghreb contenant et couvrant la reconnaissance et l'exécution des jugements et sentences arbitrales. Or, ces conventions souffrent de l'infirmité de régir exclusivement des rapports bilatéraux. En outre, leur champ d'application recouvre celui de la Convention de New York pour les pays qui en sont parties contractantes, ainsi que celui de la Convention interarabe d'Amman de 1987, relative à l'arbitrage commercial international.

Ce risque d'émiettement de l'arbitrage dans les pays arabes existe également sur la rive nord de la Méditerranée et rend nécessaire un droit uniforme arabo-méditerranéen de l'arbitrage, il est deux domaines qui font exception. Il s'agit de l'arbitrage sportif et de l'arbitrage maritime.

Le premier comme le second jouissent d'une transnationalité qui leur est intrinsèque de sorte que les pays arabes méditerranéens les consacrent au terme d'un phénomène d'acculturation intégrale. Tel est la situation de l'arbitrage sportif où le Tribunal Arbitral du Sport (TAS) joue une fonction d'unification des règles transnationales à très belle entreprise d'unification transnationale réussie, bref d'une *lex sportiva*. Celle-ci est largement reçue dans l'ensemble des pays arabes et tout particulièrement ceux de l'espace méditerranéen.

L'arbitrage maritime revêt, mutatis mutandis, les mêmes caractéristiques. Et obéit-il aux principes fondamentaux du droit de l'arbitrage comme le respect du contradictoire, impartialité et indépendance des arbitres, obligation de célérité et de loyauté. Mais il laisse pour les pays arabes, une large place aux usages maritimes. Par ailleurs, il existe une *lex maritima mediterranea* qui régit aussi les pays arabes méditerranéens qui sont également liés par l'Accord de Paris à l'origine de l'Union pour la Méditerranée (UpM).

Si la nécessité de l'harmonisation ne fait nul doute, demeure l'épineuse question de sa faisabilité.

LA FAISABILITE D'UN DROIT ARABO-MEDITERRANEEN DE L'ARBITRAGE

Cette faisabilité résulte d'une part, de l'existence d'une base légale pour une intervention normative, et d'un ensemble de domaines couverts par le droit de

l'arbitrage qui ne sont pas réfractaires à une entreprise légistique d'harmonisation, et ce, même s'il subsiste des îlots de résistance.

L'existence d'une base légale d'un droit arabo-méditerranéen

On observe que, bien que l'Union pour la Méditerranée, en tant que sujet du droit international public n'est pas directement dotée d'un pouvoir normatif portant sur un travail d'harmonisation du droit des affaires, il existe une base légale constituée par les sept accords d'association. Or, l'ensemble de ces accords concernent des pays arabes, mise à part celui conclu avec Israël.

D'une part, les obligations contractées en vertu de ces accords d'association, impliquent un travail de rapprochement des législations afin de lever tous les obstacles à la libéralisation des échanges. Or, assurer l'efficacité des sentences arbitrales et leur circulation participe assurément de cet objectif de libéralisation. Il existe donc une faisabilité juridique qui peut inspirer les actions normatives du législateur méditerranéen. Certes, aucun des sept accords d'association conclus entre l'Union européenne et sept pays arabes de la rive sud de la Méditerranée (l'Égypte, la Jordanie, le Liban, le Maroc, la Tunisie et l'Algérie, la Palestine. Les négociations engagées en mai 1998 entre la Communauté européenne et la Syrie pour remplacer un accord de coopération de 1977 n'ont abouti qu'en 2004. Toutefois, cet accord n'avait jamais été signé, pour des raisons politiques). ne fait expressément référence à une harmonisation. Tous évoquent, cependant, de manière explicite, l'objectif de « rapprochement des législations ». Ainsi, l'art.56 de l'accord euro-algérien intitulé « Rapprochement des législations », stipule que « La coopération aura pour objectif le rapprochement de la législation de l'Algérie à la législation de la Communauté dans les domaines couverts par le présent accord » de même que celui conclu avec le Maroc, la Tunisie ou l'Autorité palestinienne.

D'autre part, les nombreuses références faites par tous les accords euro-méditerranéens d'association au droit du commerce international, et plus précisément au respect des règles de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), sont également une base légale directe à une œuvre d'harmonisation.

Il existe, en outre, d'autres bases comme celles des traités bilatéraux en matière d'investissement conclus entre Etats méditerranéens arabes ou non. Ces TBI stipulent des clauses de règlement des différends en vertu desquelles les Etats hôtes d'investissement Parties émettent une offre d'arbitrage au profit des investisseurs de l'autre Etat Partie. Les TBI conclus par les pays arabes contiennent de telles clauses, sur le modèle des autres TBI. Mais c'est là une source indirecte d'harmonisation car leur objet réside dans l'offre d'arbitrage sans remettre en cause, ni l'autonomie procédurale des Etats en la matière, ni celle visant le droit matériel, sauf dans les situations de recours à une instance arbitrale créée de manière conventionnelle entre deux ou plusieurs Etats — CIRDI, etc.

change brought by the legislative body of harmonisation notwithstanding the ongoing resistance.

The presence of a legal basis for an Arab-Mediterranean arbitration law

It is to be noted that although UfM concerns public international law, it has no authority to set standards regarding the harmonisation of business law, there does exist a legal basis provided for in the seven association agreements that involve Arab countries apart from the agreement with Israel.

First, the obligations under those association agreements entail legislative approximation so as to remove all obstacles to free trade. Ensuring the efficiency and circulation of arbitral awards undoubtedly contribute to the objective of liberalisation. Therefore, there is a legal feasibility that may guide normative action of Mediterranean legislatures. Admittedly, none of the seven association agreements between the EU and seven arab countries on the southern shore of the Mediterranean (Egypt, Jordan, Lebanon, Morocco, Tunisia, Algeria, Palestine. Negotiations initiated in May 1998 between the European Community and Syria to replace the 1977 Cooperation Agreement have run their course only in 2004. However, this agreement was never signed for political reasons). make explicit reference to harmonisation. They all explicitly mention the objective of “legislative approximation”. Thus, art.56 of the Euro-Algerian Agreement¹² entitled “The Approximation of Laws” states that “cooperation shall be aimed at helping Algeria to bring its legislation closer to that of the Community in the areas covered by this Agreement” as well as the agreements with Morocco, Tunisia and the Palestinian Authority.¹³

On the other hand, the various references made to international trade law in the Euro-Mediterranean agreements and more specifically with respect to the rules of the World Trade Organization (WTO) also provide for the legal basis that puts harmonisation in place.

Moreover, there are other bases such as those established by bilateral investment treaties (BITs) signed between Mediterranean states whether Arab or not. These BITs include settlement of dispute clauses under which the host state's parties allow for arbitration to the benefit of investors from other states that are party thereto. Along the line of other BITs, those concluded by Arab states also contain such clauses. Yet, these constitute an indirect source of harmonisation because their main purpose resides in allowing for arbitration without jeopardising the procedural autonomy of states in this field or the substantive law except in cases where recourse to a court of arbitration is allowed in a conventional manner between two or more states—ICSID, etc.

However, these conventions applicable in the Euro-Mediterranean area, which provide for dispute settlement mechanisms, are mainly bilateral conventions. The only multilateral agreement concluded exclusively between Arab member states of UfM is the Maghreb Convention on Investment Encouragement and Guarantee. This convention, currently in force, was signed in Algiers on 23 July 1990 between the five states of the Arab Maghreb Union (AMU).¹⁴ It broadly incorporates the same rules contained in BITs.

Under these conditions, one would say that creating a Euro-Mediterranean Court of Arbitration including the nine Arab-Mediterranean countries would be useful in restoring the balance between bodies on the northern and southern shores of the Mediterranean. This makes one somewhat skeptical since arbitration is sufficiently promoted in the global trade space and the establishment of an arbitration court including the nine Arab-Mediterranean countries, be it Euro-Mediterranean, can unlikely make any contribution as to the protection of the weaker party who/which is, regrettably, totally overlooked. This is shown in the several cases of miscarriage of justice with respect to arbitral proceedings resulting from party impecuniosity on arbitration agreement.¹⁵

There are plenty of more or less good initiatives which, rather than generating more competition among economic stakeholders, may contribute to fragmentation.

Furthermore, a duplication of what has long existed in the global trade space would only allow the present situation to continue with respect to the relegation of economic actors on the southern shores to mere passive users of arbitral institutions set up on the initiative of northern private institutions. The abandoned project of the Euro-Mediterranean Court of Arbitration could have allowed things to turn out differently if its proponents had taken into account the existence of institutions active in the field of conciliation, arbitration and expertise particularly the Euro-Arab Chambers of Commerce, the innovations in the functioning of which at the level of administrative bodies and arbitral courts established under their auspices would have introduced a deal of participatory justice.

Even if the institutional weakness experienced by UfM reflects upon Arab-Mediterranean countries, it does not preclude, in principle, the possibility to create a model of legal integration for an Arab-Mediterranean law of arbitration. Therefore, the question that arises here is no longer about the existence of a legal basis but on the effectiveness of the latter in the area of arbitration.

In other words, how do the seven association agreements which serve as a legal instrument of the economic chapter effectively contribute to the mediterraneanisation of arbitration

Cependant, ces conventions applicables dans l'espace euro-méditerranéen arabe, et prévoyant des mécanismes de règlement des différends, sont essentiellement des conventions bilatérales. Le seul accord multilatéral conclu exclusivement entre membres arabes de l'UpM est la Convention maghrébine d'encouragement et de garantie de l'investissement. Cette Convention, aujourd'hui en vigueur, a été signée à Alger le 23 juillet 1990 entre les cinq Etats de l'Union du Maghreb Arabe (« UMA »). Elle reprend globalement les mêmes règles qu'on trouve dans les traités bilatéraux d'investissements.

Quel peut être, dans ces conditions l'intérêt de créer une Cour euro-méditerranéenne d'arbitrage incluant les neuf pays arabes méditerranéens, ne serait-ce que pour rééquilibrer les rapports entre entreprises des rives sud et nord de la Méditerranée ? Il nous laisse sceptique car l'arbitrage est suffisamment promu dans l'espace commercial mondial et une cour d'arbitrage incluant les neuf pays arabes méditerranéens, fût-elle euro-méditerranéenne, n'apportera rien de plus dans la protection de la partie faible qui, je le déplore, est totalement oubliée comme le montre l'apparition de véritables dénis de justice arbitrale résultant de l'impecuniosité d'une partie.

Il y a une inflation d'initiatives plus ou moins abouties qui, au lieu de favoriser une concurrence au service des acteurs économiques, contribue à un émiettement.

Aussi, une simple duplication de ce qui existe depuis fort longtemps, dans l'espace commercial mondial, ne ferait que pérenniser la situation actuelle de relégation des acteurs économiques de la rive sud à de simples utilisateurs passifs des institutions d'arbitrages créées à l'initiative d'institutions privées du nord. Le projet avorté d'une cour d'arbitrage euro-méditerranéenne aurait pu déboucher si ses promoteurs avaient tenu compte de l'existence d'institutions opérant dans le domaine de la conciliation, l'arbitrage et expertise, notamment via les chambres de commerce euro-arabes, dont les innovations apportées dans leur fonctionnement au niveau des organes administratifs, et des tribunaux arbitraux constitués sous ses auspices, auraient introduit une dose de justice participative.

Ainsi, même si la faiblesse institutionnelle que nous observons pour l'Union pour la Méditerranée rejait sur les pays arabes méditerranéens, elle ne s'oppose pas, en principe, à ce qu'elle puisse constituer un modèle d'intégration juridique pour un droit arabo-méditerranéen de l'arbitrage. Dès lors, la question ne porte plus sur l'existence d'une base légale mais sur l'efficacité de celle-ci dans le domaine particulier de l'arbitrage.

Autrement dit en quoi les sept accords d'association, en tant qu'instrument juridique du volet économique, contribuent de manière effective à la méditerranisation

du droit de l'arbitrage pour les neuf pays arabes méditerranéens ? La projection, dans les relations méditerranéennes, de l'acquis communautaire peut, certes, permettre de forger un acquis méditerranéen arabe favorisant la méditerranisation du droit des affaires. Toutefois, l'arbitrage ne peut, de facto, en relever. Si, effectivement, l'Union européenne pourrait, sur la base des compétences qui lui sont attribuées, exercer un pouvoir normatif en matière d'arbitrage, qu'il soit d'investissement ou non, cette entreprise, non encore réalisée, pourrait être nuisible mais le danger est bien important que celui d'une fragmentation du droit de l'arbitrage largement harmonisé par des travaux menés sous les auspices, notamment, de la CNUDCI.

Toutefois, la régionalisation du droit n'est-elle pas une menace à l'universalité du droit de l'arbitrage auquel aspire l'arbitrage promu dans l'ensemble des pays arabes ? Le risque d'émiettement est avéré dans le domaine de l'arbitrage si l'on s'en tient aux travaux réalisés au sein de la Ligue arabe. Pour autant, cela n'implique aucunement le rejet d'une approche arabo-méditerranéenne de l'arbitrage. Ainsi que nous le verrons dans la seconde sous-partie, le syncrétisme juridique recherche l'équivalence des résultats qui prévaut sur l'identité des règles et permet de tenir compte des contraintes régionales et mondiales. C'est la quête de l'harmonie qui le guide et non celle de l'unification. Le pluralisme juridique en est une belle illustration tant il met en lumière la pluralité des sources formelles et matérielles des textes adoptés dans le cadre de la CNUDCI ou d'UNIDROIT.

C'est pourquoi, nous ne pensons pas qu'il faille surestimer les risques de fragmentation. Le risque de régionalisation est limité. Comme le relevait, très justement, Jean Limpens :

« L'unification régionale est en droit, comme en politique, un point de passage obligé. Apparition à l'apogée d'une civilisation, cheminement à sens unique dans la direction 'commerce', 'civil', rayonnement régional, telles sont les constantes qui dominent, à notre sens, toute manifestation de l'unification du droit dans le monde ».

L'intégration juridique régionale européenne a amplement facilité et promu l'intégration mondiale. Les bases légales qui sous-tendent l'une et l'autre sont distinctes mais la finalité est la même : le rapprochement des législations dans leurs effets, et seulement dans leurs effets. Cette observation vaut également pour l'intégration juridique des pays arabes.

L'intégration de l'arbitrage international dans un ordre juridique régional tel que celui de la Ligue arabe, par exemple, est sans doute un facteur de fragmentation qui peut donc être dissipée. En effet, les travaux de recherche menés actuellement sur les rapports de relevance juridique entre les ordres juridiques nous incitent à ne pas surestimer le clivage entre régionalisation et mondialisation du droit. Le modèle juridique conçu dans le cadre de l'Union pour la Méditerranée est de nature à répondre

law for the nine Arab-Mediterranean countries? In Mediterranean relations, the projection of Community acquis could certainly allow for making up an Arab-Mediterranean acquis that may foster the mediterraneanisation of business law. However, arbitration is not able, de facto, to carry that out. If, based on the powers conferred to it, the EU can act as a normative authority regarding arbitration, whether in investment or not, this body, though not yet established, could be harmful and the danger of fragmentation of arbitration law that is largely harmonised by the work carried under the auspices of UNCITRAL.

However, the question that arises is this: isn't the regionalisation of law a threat to the universality of arbitration law that is yearned for by arbitration in the Arab countries? The risk of fragmentation is proven in the field of arbitration according to the work carried out within the Arab League. Yet, this, in no way, implies the dismissal of an Arab-Mediterranean approach to arbitration. As will be discussed in the second sub-section (B), the legal syncretism seeks to ensure equivalent outcomes that prevail over the identity-based rules and take into account regional and global constraints. It is the quest of harmony and not unification that guides it. Legal pluralism is a good example as it highlights the multiplicity of formal and material sources of texts adopted within the framework of UNCITRAL and the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT).

Therefore, the risks of fragmentation should not be overestimated. The risk of regionalisation is limited. As Jean Limpens rightly noted:

“regional unification in law as in politics remains indispensable prior condition. The advent at the apogee of a given civilization, of a one-way path towards 'commerce', 'civil', regional influence, those are the permanent features that dominate, in our view, any manifestation of law unification in the world (translation)”.¹⁶

The European regional legal integration has much facilitated and enhanced the global integration. The legal bases that underlie both of them are distinct but the ultimate goal is the same: the approximation of laws in their effect and only in their effect. This also applies to the legal integration in Arab countries.

The integration of international arbitration in a regional legal order such as that of the Arab League is undoubtedly a factor of fragmentation that may be led astray. The ongoing research on legal relevance among legal systems inspires us not to overestimate the gap between regionalisation and globalisation of the law.¹⁷ The legal model designed within the framework of UfM is likely to respond adequately to Arab regional requirements whilst involved in global integration.

The legal bases underpinning the regional, whether Arab or not, and global integrations belong to legal systems that are inter-related by aspects of relevance.

The rules developed by international commerce arbitrators are not in contradiction with national or regional rules so as to contribute to a certain degree of harmony between solutions adopted by legal systems which, although they seem unrelated, maintain a relationship of collaboration and relevance in the way described by Santi Romano.¹⁸

There are many instances that show the circulation of legal traditions.¹⁹ Admittedly, decolonisation and the underlying principle of the sovereign equality of states are inconsistent with the emergence of an Arab uniform law of arbitration that would be imposed. This was highlighted by the studies we conducted in the field of *Lex Mediterranea* of mediation.²⁰ There are factors of a uniform law of arbitration, among them the requirements of international trade. The 43 states which make up UfM are confronted with addressing the demand for uniform legal solutions in order to promote their mutual trade. The creation of a legal model as supported by the seven association agreements along with the entire regulatory set-up to which the 43 member states—including the 9 Arab countries—of the UfM are subject, have contributed in the shaping of a *Lex Arab Mediterranea* of arbitration with a legal basis. What matters, above all, is the removal of non-tariff barriers that are made by disparities between the various laws while this does not preclude the existence of other irrigated domains (human rights, etc.). We are addressing fields that can be affected by the approximation of laws including those where resistance is already present. In this paper, we will tackle the areas that are covered by an Arab-Mediterranean law of arbitration

Areas covered by The Arab-Mediterranean Law of arbitration

The Arab-Mediterranean law of arbitration that is promoted by UfM can only be a *Lex Mercatoria*, and this for two reasons. The first concerns the legal basis for the approximation of laws that seeks to remove obstacles to trade and nothing but the trade. The second reason is related to the resistance that exists for political and cultural grounds (family law, human rights, etc.), which will eventually be carried along by the wave of globalisation.

However, arbitration is among the areas that are most welcoming and best predisposed to harmonisation. It represents for Odysseus, the hero, the serene shores of Ithaca.

Lex Maritima and *Lex Sportiva* are two legal areas with an international scope and do not require any legal arabisation. No doubt that *Lex Maritima* is a legal area very remote in time and most responsive to unification while the more recent *Lex*

de manière appropriée aux exigences régionales arabes tout en s'insérant dans une intégration mondiale. Les bases légales qui sous-tendent les intégrations régionales arabes ou non et mondiales appartiennent à des ordres juridiques qui entretiennent des liens de relevances entre eux.

Les règles élaborées par les arbitres du commerce international ne heurtent nullement les règles nationales ou régionales, et ce, afin de contribuer à une certaine harmonie entre les solutions dégagées par des ordres juridiques qui, bien qu'étrangers les uns aux autres, entretiennent entre eux des rapports de collaboration ou de « relevance » au sens de Santi Romano.

Les exemples de circulation de modèles juridiques ne manquent pas. Certes, la décolonisation et le principe d'égalité souveraine des Etats qui la sous-tend est incompatible avec l'émergence d'un droit uniforme de l'arbitrage arabe qui serait imposé. Nos travaux l'ont déjà mis en lumière dans le domaine particulier d'une *lex mediterranea* de la médiation. Il existe d'autres facteurs en faveur d'un droit uniforme de l'arbitrage, parmi lesquels les nécessités du commerce international. Les 43 Etats qui composent l'Union pour la Méditerranée se trouvent précisément confrontés à cette exigence de solutions juridiques uniformes pour promouvoir leurs échanges. La modélisation que promeuvent les sept accords d'association ainsi que l'ensemble de l'ordonnement juridique auquel sont soumis les 43 Etats de l'UpM — dont les neuf Etats arabes — contribuent à façonner une *lex mediterranea* arabe de l'arbitrage dotée d'une base légale. Il s'agit avant tout de lever les obstacles non tarifaires que constituent les disparités entre les diverses législations même si cela n'exclut pas que d'autres domaines soient aussi irrigués (droits de l'homme, etc.). Mais nous abordons là les domaines susceptibles d'être affectés par le rapprochement des législations parmi lesquels les îlots de résistance ne manqueront pas. Nous abordons là les domaines visés par le droit arabo-méditerranéen de l'arbitrage.

Les domaines visés par le droit arabo-méditerranéen de l'arbitrage

Le droit uniforme promu par l'Union pour la Méditerranée ne peut être qu'une *lex mercatoria* c'est-à-dire un droit marchand, et ce, pour deux raisons. La première tient à la base légale de l'œuvre de rapprochement des législations qui tend à lever les obstacles au commerce, et exclusivement au commerce. La seconde tient à l'existence d'îlots de résistance pour des motifs politiques ou culturels (droit de la famille, droits de l'homme, etc.) qui seront tôt ou tard emportés par la vague de la mondialisation.

Or, l'arbitrage fait partie des îlots plus hospitaliers et prédisposés à l'harmonisation. Il représente pour le héros Ulysse, les rivages apaisés d'Ithaque.

Lex maritima et *lex sportiva* sont deux domaines d'un droit véritablement international ne requérant pas une arabisation juridique. Nul doute que la *lex maritima*, domaine le plus ancien et le plus perméable à l'unification, et de la *lex sportiva*, plus récente, mais

d'ores et déjà transnationalisée, que ce soit dans le domaine des règles matérielles que celles liées au règlement des différends.

Historiquement, le *jus maritimum* représente le domaine où l'entreprise d'uniformisation a été constante et couronnée de succès. L'ensemble des règles partagées par la communauté maritime s'efforce de transcender le clivage *common law* / droit continental. La méthode de droit commun dont s'inspire le *jus maritimum* et l'existence de principes communs permettent de la qualifier de droit codifié, en fait un code sans la structure formelle du code. L'effort de systématisation, propre aux codifications modernes est inhérent à la *lex maritima*, comme il l'est à la *lex sportiva*.

En ce cas, il est inutile de rechercher une *lex maritima mediterranea* ou *sportiva arabe*. La dimension universelle du droit maritime ou de la *lex sportiva* est donc préférable à la dimension régionale.

Toutefois, un travail d'harmonisation du droit de l'arbitrage des pays arabes requiert un travail terminologique. En effet, il convient de distinguer les notions d'arbitrages et les notions voisines.

Parmi les plus importantes figures celle de l'analogie, réelle, des pouvoirs de l'arbitre et du juge qui constitue le principal obstacle à un travail d'harmonisation arabe tant il est vrai que les difficultés d'harmoniser le droit judiciaire des Etats, même au niveau régional, sont grandes ? La réalisation d'un espace judiciaire arabe sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale fait figure d'exception. Or, les neuf Etats arabes de l'Union pour la Méditerranée ont une vision moniste de l'arbitrage qui accentue l'application de la *lex fori* au détriment de l'internationalité de l'arbitrage ou, ici, de sa méditerranisation.

Il existe deux séries de facteurs de localisme ou nationalisme de l'arbitrage arabe. Le premier est celui de l'approche moniste de l'arbitrage illustrée par l'Egypte et qui influence d'autres Etats arabes, conduisant à nier la singularité de l'arbitrage international.

Ceci est de nature à affecter la place que doit occuper l'arbitrage commercial international. Ce refus est accentué par des jurisprudences nationales restrictives.

Le second facteur de localisme est lié au caractère variable de l'ordre public et aux confusions sur l'exception de l'ordre public dans la protection de la charia.

Les remèdes existent. Pour dépasser le *lex forisme*, la doctrine et UNIDROIT (dont font partie des pays de la zone MENA) ont proposé, fort opportunément des principes transnationaux de procédure civile. Mais cette initiative essuie les mêmes critiques, infondées, que celles adressées naguère aux travaux relatifs au droit de l'arbitrage et à son harmonisation : « utile et dangereux en ce qu'il peut conduire à une standardisation des procédures et à une plus grande

Sportiva is already transnationalised whether in terms of substantive rules or at the level of dispute settlement.

Historically, the *Jus Maritimum* represents an area where the sharing of standards was continuous and was crowned with success. The set of rules shared by the maritime community strive to transcend the divide between Common Law and Continental Law. The general law method on which *Jus Maritimum* was based, along with the existence of shared principles allow for its classification as a codified law, i.e. a code without having the formal structure of a code. Undertaking systematisation with respect to modern codification is inherent in *Lex Maritima* such as in *Lex Sportiva*.

In this case, it is useless to look for an Arab *Lex Maritima Mediterranea* or *Sportiva*. The universal dimension of maritime law or *Lex Sportiva* is therefore more preferable than the regional dimension.

However, harmonising the law of arbitration of Arab states requires a terminology work. In fact, a distinction must be made between arbitration-related concepts and other neighbouring concepts.

Among the most important is that of the actual analogy of the authority exercised by arbitrators and judges which constitutes the main obstacle to Arab harmonisation as it is true that the difficulty of harmonising the states' justice system even at the regional level are great. The creation of an Arab judicial area on jurisdiction, recognition and enforcement of decisions in civil and commercial matters is an exception. However, the nine Arab states of UfM have a monistic vision of arbitration, which intensifies the application of *Lex fori* to the detriment of the internationality of arbitration or else, here, its mediterraneanisation.

There are two sets of factors: localism or nationalism of Arab arbitration. The first concerns the monistic approach of arbitration illustrated by Egypt that influences other Arab states leading to the denial of the uniqueness of international arbitration.

This is likely to affect the place of international commercial arbitration. This refusal is compounded by restrictive national case law.

The second factor of localism is related to the variable nature of public order and confusions over the public policy exception in safeguarding Sharia.

Remedies do exist. To overcome *lex forism*, Legal Writings and UNIDROIT (comprising the countries of the MENA region) proposed, quite appropriately, transnational principles of civil procedure.²¹ Yet, this initiative faces similar unfounded criticism, i.e. the one previously directed at the work on arbitration and its harmonisation: "useful and dangerous in that it can lead to the standardization of

procedures and a greater control of international law firms (translation).²² However, despite the progress achieved therein, there is no real link with arbitration law though the project indicates that:

“these principles are also applicable to international arbitration proceedings, unless inconsistent therewith (for example with respect to the principles on jurisdiction, public trial and means of redress) (translation).”²³

This is unfortunate given that acting as rapporteurs would have provided an opportunity to establish such links.

The other remedy lies in the decline of *lex forism* thanks to national case law being more favourable to arbitration. The application of the principle of maximum effectiveness of arbitral awards (*favorem arbitri*) drawn from a flexible interpretation of the 1958 New York Convention is extensively used in Tunisia, Morocco and Algeria, whose laws are inspired by UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration.

Thus, in most of the southern Mediterranean countries (Morocco, Algeria, Syria, Egypt, Jordan and Lebanon), in the situation that arbitral awards being the subject-matter of the enforcement procedure possesses the force of *judicta*, the challenges raised by domestic law with respect to international arbitration for refusal of enforcement of an arbitral award are pursuant to art.V of the New York Convention.

However, there remains one difficulty, which is when the award was set aside in the country where the seat of arbitration is located. These countries agree to recognise and enforce awards set aside in the country of origin and this in accordance with the preferential treatment provided for by art.VII of the New York Convention. This has also been the position of Egyptian case law,²⁴ Tunisia being an exception. This type of case law constitutes an obvious factor contributing to the mediterraneanisation of Arab arbitration.

As to the different interpretations of public order, they are likewise overestimated. First, public order has long acted like the chameleon of private international law.²⁵

If more than one quarter of the UfM Member-States have legal systems inspired by Islam, then this does not imply that there is no different approach to restrictions with respect to public order in the field of international commercial arbitration. This is explained by the openness that marks every legal system in addition to legal acculturation of which it is also an object.²⁶ This will serve to reassure Mediterranean lawmakers as to the dangers of a wrong belief in the existence of “unsurmountable barriers between the laws of different countries.”²⁷

The main legal models in the UfM, which are the Romano-Germanic law, Islamic law (Sharia Islamia), or Common law,

mainmise des cabinets juridiques internationaux ». En revanche, en dépit de l'avancée que de tels travaux constituent, il n'y a pas de véritable lien avec le droit de l'arbitrage bien que le projet indique que :

« Ces Principes sont également applicables aux procédures d'arbitrage international, sauf incompatibilité avec de telles procédures (comme par exemple, en ce qui concerne les Principes relatifs à la compétence, la publicité du procès et aux voies de recours) ».

C'est bien dommage car la qualité des rapporteurs aurait constitué une opportunité pour de tels liens.

L'autre remède est le recul du *lex forisme* grâce à des jurisprudences nationales favorables à l'arbitrage. L'application du principe de l'efficacité maximale des sentences arbitrales (*in favorem arbitri*) inspiré d'une interprétation souple de la Convention de New York de 1958 est une voie largement utilisée en Tunisie, au Maroc et en Algérie dont les législations sont inspirées de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

Ainsi, dans la majorité des pays du sud de la Méditerranée (Maroc, Algérie, Syrie, Egypte, Jordanie et Liban), lorsque la sentence arbitrale objet de la procédure d'exequatur, a l'autorité de la chose jugée, les griefs retenus par les droits internes en matière d'arbitrage international, pour le refus d'exécution d'une sentence, s'articulent aisément avec les dispositions de l'art.V de la Convention de New York.

Toutefois, subsiste une difficulté lorsque la sentence est annulée dans le pays du siège de l'arbitrage. Ces pays acceptent la reconnaissance et l'exécution, d'une sentence annulée dans le pays d'origine, et ce, en application du régime de faveur prévu par l'art.VII de la Convention de New York. Telle également la position de la jurisprudence égyptienne. Seule la Tunisie faisant exception. Une telle jurisprudence est un facteur évident de méditerranéisation de l'arbitrage arabe.

Quant aux divergences d'interprétation de l'ordre public, elles sont également surestimées. D'abord, il y a fort longtemps que l'ordre public joue le rôle de caméléon du droit international privé.

Si plus d'un quart des pays de l'UpM sont des ordres juridiques d'inspiration islamique, cela n'implique qu'il y ait une approche distincte dans la délimitation de l'ordre public en matière d'arbitrage commercial international car l'ouverture dont est empreinte tout système juridique, outre les phénomènes d'acculturation juridique dont elle est aussi l'objet, nous permettent de rassurer le législateur méditerranéen sur les dangers d'une croyance erronée dans l'existence de « barrières insurmontables entre les droits des différents pays ».

Les principales familles juridiques de l'UpM que sont le droit romano-germanique, le droit musulman (Chari'a

Islamiya) ou la *common law* sont perméables et non réfractaires aux phénomènes de circulation, pénétration et influences mutuelles. Ce ne sera pas à ce niveau qu'il faudra rechercher les obstacles. C'est précisément ce que met en lumière l'observation de la pratique de l'arbitrage dans les pays arabes dans lesquels on observe la consolidation d'un droit charia de l'arbitrage ouvert à la réception des solutions libérales en matière d'arbitrage commercial international. La consécration et consolidation du principe d'autonomie de la clause d'arbitrage et du contrôle de la sentence par le juge étatique dans les pays musulmans de l'UpM sont autant d'illustrations.

L'ordre public est une notion reçue diversement par les Etats. Ainsi, Mauritanie et Egypte visent exclusivement la notion d'ordre public national tandis que le Maroc ou l'Algérie visent et distinguent entre celles de l'ordre public interne et international, tout comme la France. Mais les Etats contractants de la Convention de New York se réfèrent à la notion d'ordre public international. Dans ces conditions, est-il possible de concevoir un ordre public régional arabe? Il est vrai qu'il y a un faible degré d'intégration juridique mais largement compensé par une culture religieuse commune au travers de l'islam.

Nous observons, en outre, l'existence d'une communauté entre droit musulman et droit romain, à la suite d'autres auteurs et de codificateurs. A contre-courant de la vague 'civilisatrice' qui domine encore la géopolitique, nous relevons l'existence d'un fonds commun de civilisation méditerranéenne, justifiant l'émergence de principes généraux de droit communs aux deux rives de la Méditerranée. Il est même possible de réaliser une synthèse entre le droit musulman et les travaux législatifs importants en droit civil en Europe comme par le passé dans beaucoup de domaines du droit. Il existe bel et bien une identité de la Méditerranée et une convergence des systèmes juridiques à l'origine d'une *lex mediterranea* perméable aux phénomènes de circulation des modèles juridiques, au cosmopolitisme, bref à la cohabitation et à la consolidation d'un droit hybride.

Nous avons montré comment ce droit musulman des pays arabes cohabite avec la *common law* ou le droit romano-germanique et justifie le dépassement des mythes d'incompatibilité.

Mais si l'on vise une démarche et une vision et représentation commune, un ordre public arabe peut émerger, et ce, d'autant plus la notion d'ordre public international relève de l'appréciation de juridictions nationales soucieuses de contribuer à l'attractivité de leur système juridique et donc perméables à la réception des sources étrangères et internationales.

On revient ainsi à la source même du droit de l'arbitrage : l'autonomie de la volonté. C'est elle qui explique la transmission de la clause compromissoire. De même l'autonomie de la volonté, clef de voûte de l'arbitrage, objet d'ingérences positives de la part du juge arabe et méditerranéen, est aussi le prétexte au

are permeable and non-refractory to the phenomenon of circulation, penetration and mutual influences. In fact, it is not at this level that obstacles need to be found. It is this that highlights the observation of an arbitration practice in Arab countries where the consolidation of Sharia arbitration law is open to liberal solutions in the field of commercial international arbitration. The consecration and consolidation of the autonomy principle of the arbitration clause and the control over the award in the UfM Muslim countries are good examples.

Public order is a concept that is differently perceived by states. Thus, for example, Mauritania and Egypt exclusively refer to the notion of public order as national while Morocco and Algeria refer and distinguish between national public order and international public order and so does France. The Contracting States of the New York Convention are only concerned with the concept of international public order. Under such conditions, is it possible to design a regional Arab public order? It is true that there is a low degree of legal integration but largely compensated for by common religious culture through Islam?

It is to be noted, moreover, that there is a community of Muslim and Roman law thanks to other authors and codifiers. Running contrary to the "civilising" wave which dominates worldwide geopolitics, we note the existence of a common Mediterranean cultural heritage that justifies the emergence of general principles of law common to both shores of the Mediterranean. It is even possible to achieve a synthesis between works in civil law in Europe regarding many legal areas as in the past. There is definitely a Mediterranean identity and convergence of legal systems that stem from a *Lex Mediterranea* that is permeable to the circulation phenomena of legal systems, to cosmopolitanism and in brief to the cohabitation and consolidation of a hybrid law.

Insofar, we demonstrated how this Muslim law of Arab countries coexists with Common law or the Romano-Germanic law and how it justifies the dispelling of incompatibility myths.²⁸

However, if an additional approach, vision and a common representation is designated, a new Arab public order can emerge. It is even more true that the notion of international public order is left to the discretion of national courts with a view to contributing to the attractiveness of their legal system and thus become open to foreign and international sources.

This brings us back to the very source of arbitration law: the autonomy of free will. It is this which explains the extension of the arbitration clause. Similarly, the autonomy of free will, which represents the cornerstone of arbitration and is subject to positive interference by Arab and Mediterranean

judges, is also under the guise of the free choice of applicable law, including *Lex Mercatoria* to which Arab Mediterranean Parties consent.

The rational and even the content of awards that concern Arab parties have already allowed us to underscore the appropriateness of general principles of *Lex Mercatoria*, even when applied in addition to the State body of laws. Arbitral awards that are identified in our study are numerous.

Furthermore, it is true that UNIDROIT principles are rarely selected, but this does not mean that solutions that are enshrined therein could not be incorporated into the body of the contract. Actually, we have examined many Arab (or non-Arab) Mediterranean contracts where it is noted that UNIDROIT principles are incorporated into the clauses. This demonstrates that these principles have become known to Arab practitioners.

A doctoral thesis defended by Ms Widad Bouleghlimat on “Commercial International Arbitration in the Arab Countries and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (translation),”²⁹ points out that:

“despite everything, from the perspective of dissemination of principles, this situation presents a problem (...). It seems that an answer thereto can be found in the following two elements: the first is that, in designating the applicable law to the dispute, arbitrators have to take into consideration the justified expectations of Parties. The second concerns award enforcement which is the intended and desired goal of arbitrators. Arbitrators may, hereby, think that selecting UNIDROIT Principles (soft law) could be an obstacle to the enforcement of arbitral awards in a given Arab country (translation).”

The author of the PhD thesis shows that this concern is unfounded for:

“there are, on the contrary, many similarities between the guiding principles of contract law in Arab countries that are examined and UNIDROIT Principles, particularly due to the existence of common sources of inspiration (translation).”³⁰

Arbitration institutions and councils may take part in this promotion in the Arab states. Even if only nine Arab countries are members of UfM, other Arab countries are indirectly particularly concerned that the Arab League participates in UfM events at the various levels of UfM structures.

This finding also applies to the implementation of the amicable settlement that is welcomed in the Arab legal culture for a long time through the naturalisation of *Lex Mercatoria* or the amicable composition such as *Lex Contractus*. Thus, the

libre choix de la loi applicable, y compris la *lex mercatoria* à l'application de laquelle les parties méditerranéennes arabes consentent.

Le raisonnement et la teneur même des sentences concernant des parties arabes nous avait déjà permis de mettre en exergue le caractère approprié des principes généraux de la *lex mercatoria*, même appliqués en sus d'un droit étatique. Les sentences arbitrales ne manquent pas. Nous les avons recensées dans nos travaux.

En outre, s'il est vrai que les principes UNIDROIT sont rarement choisis, cela ne signifie pas que les solutions qui y sont consacrées ne soient pas reprises dans le corpus même du contrat. Nous avons lu beaucoup de contrats méditerranéens arabes ou non dont les clauses consacrent des principes UNIDROIT. Ceci prouve que ces principes sont de plus en plus connus des praticiens arabes.

Ainsi, une thèse de doctorat soutenue par Mme Widad Bouleghlimat sur « L'arbitrage commercial international dans les pays arabes et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », rappelle :

« Malgré tout, cette situation du point de vue de la diffusion des Principes pose problème (...). Il nous semble qu'une réponse peut être trouvée dans les deux éléments suivants : le premier c'est que les arbitres en désignant le droit applicable au litige, doivent le faire en respectant le mieux les attentes légitimes des parties. Le second porte sur l'exécution de la sentence qui constitue le but recherché et souhaité par les arbitres. Ainsi peut être que les arbitres pensent que le choix des Principes Unidroit (soft law) pourrait constituer un obstacle à l'exécution de la sentence arbitrale dans un pays arabe ».

Mais l'auteur démontre que cette inquiétude est infondée car :

« il existe au contraire de nombreuses similitudes s'agissant des principes directeurs du droit des contrats des pays arabes étudiés et les Principes Unidroit, notamment en raison de sources d'inspiration communes ».

Les institutions d'arbitrage ainsi que les conseils des parties pourraient largement participer à cette promotion dans les pays arabes. Même si seuls neuf pays arabes sont membres de l'Union pour la Méditerranée, les autres y sont indirectement associés puisque la Ligue des Etats arabes participe à toutes les réunions à tous les niveaux de l'Union pour la Méditerranée.

Le constat vaut également pour l'application de l'amicable composition que la culture juridique arabe accueille depuis fort longtemps au travers d'une naturalisation de la *lex mercatoria* ou de l'amicable composition comme *lex contractus*. Ainsi, la thèse

soutenue par Mme Nora Seddiki-El Houdaigui, rappelle que l'efficacité de l'arbitrage dans les pays du Maghreb dépend étroitement du facteur culturel :

« Ces questions soulèvent avec acuité ce que nous appelons le cheminement complexe de la pratique de l'arbitrage au Maghreb et plus largement dans le monde arabe. Cette complexité de l'arbitrage apparaît au travers d'un paradoxe général : une nécessité d'adaptation et le besoin d'expression d'une tradition culturelle ».

Il est heureux de constater que les conclusions de Mme Nora Seddiki-El Houdaigui sont confortées par les règlements d'arbitrages adoptés par les institutions locales privées et publiques d'arbitrage dans les pays arabes. Ces institutions privées ont un rôle majeur à jouer et constituent une force de proposition en matière de règles éthiques nécessaires à l'arbitrage dans les pays arabes méditerranéens ou non même si cela ne peut occulter les disparités économiques entre pays arabes, ni par ailleurs la nécessité d'instaurer des règles éthiques plus effectives que celles en vigueur actuellement et qui n'empêchent pas les dérives. De telles dérives requièrent donc un travail d'harmonisation pour de nouvelles règles du jeu pour les conseils des parties à un arbitrage arabe.

Eviter le Chant des sirènes : faut-il rechercher des modèles juridiques ? Le projet d'une cour d'arbitrage méditerranéenne dédiée au moins partiellement au règlement des différends relatifs aux investissements est-elle une voie ?

Certes, le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), notamment au travers de la critique qui lui est adressée par des Etats qui ont été attraités à la suite d'une évolution connue sous le nom d'arbitrage « *without privity* », a fait l'objet de vives critiques et des Etats comme l'Equateur et la Bolivie ont ainsi dénoncé la Convention du 18 mars 1965 l'instituant.

Il s'agit pratiquement de la reconnaissance d'une sorte « d'arbitrage unilatéral » au profit de l'investisseur étranger par une conception et interprétation extensive du consentement de l'état d'accueil de l'investisseur. Une telle insécurité a ainsi conduit des Etats comme la Bolivie, en 2007, l'Equateur, en 2009, puis le Venezuela, en 2011, à dénoncer la Convention de Washington sur le CIRDI. Des pays arabes pourraient être tentés de suivre l'exemple. Même si leur motivation excède le cadre juridique du consentement « arraché », le retrait de trois pays sur 153 Etats contractants (et 161 signataires) marque-t-il le début d'une crise pour le CIRDI, seul exemple notable de mondialisation aboutie ? Nous ne le pensons pas. La solution réside dans la rédaction de TBI précis évitant le « *without privity* ».

Toutefois, s'agissant de l'arbitrage en matière d'investissement, le CIRDI est, en effet, insuffisant et ne couvre que le volet règlement des différends même si sa jurisprudence est aussi le résultat d'une activité prétorienne riche, à l'origine de principes

PhD thesis defended by Ms Nora Seddiki-El Houdaigui³¹ recalls that the effectiveness of arbitration in the Maghreb countries heavily relies on the cultural factor:

“These questions raise quite sharply what we refer to as the complex path of the arbitration practice in the Maghreb and more broadly in the Arab world. The complexity of arbitration shows up through a general paradox: the need for adaptation along with the need for expressing a cultural tradition (translation).”³²

I am pleased to note that the conclusions of Ms Nora Seddiki-El Houdaigui are supported by arbitration regulations adopted by private and public local institutions of arbitration in Arab countries. These private institutions have a major role to play since they emerge as a proposal force in the field of ethical rules needed for arbitration in Arab (or non-Arab) Mediterranean countries even if this fails to hide the economic disparities among Arab countries or the need to establish more effective ethical rules than those currently in force and which cannot prevent excesses. These, hereby, require harmonisation with respect to the new rules set for arbitration councils and for an Arab arbitration.

Avoid the songs of the Sirens: which legal traditions should be sought? Does the project of a Mediterranean court of arbitration dedicated, at least partially, to the settlement of investment disputes constitute the right path?

The International Centre for the Settlement of Investment Dispute (ICSID), in particular through the criticism addressed to it by states that were sued following a paradigm shift known as “arbitration without privity”, has been the subject of considerable criticism. In addition, states such as Ecuador and Bolivia denounced the Convention of 18 March 1965 establishing it.

This practically deals with the recognition of a “unilateral arbitration”³³ in favour of the foreign investor by adopting a broad approach and interpretation regarding the consent of the host state. Such uncertainty has led states like Bolivia, in 2007, Ecuador, in 2009, and Venezuela, in 2011, to denounce the Washington Convention on (ICSID). Arab states could be tempted to follow the same example. Although their motivation exceeds the legal framework of the “ripped away” consent. Does the withdrawal of three out of 153 Contracting States (and 161 signatories) herald the start of a crisis for the ICSID that makes an outstanding example of an achieved globalisation? We do not think so. It is likely that the solution lies in drafting an accurate BIT where the concept of “without privity” is avoided.

However, as regards investment arbitration, ICDID is actually insufficient and only covers dispute resolution although arbitral case law under ICSID is the outcome of a rich judicial activity and originates from transnational principles of

investment law. The requirement of harmonisation of investment law in the Arab area is all the more important now that more than 2,928 BITs are in force and that more than 351 agreements are regional or multilateral.³⁴ There are nearly 480 BITs concluded by UfM countries. All these conventions, beyond the pretence of uniformity in structure, adopt different solutions regarding key obligations. They contain disparities that aggravate the mistrust of investors. Combined with national investment codes, one can easily understand that this inflation is not the best guarantee of uniformity. Instead, it adds to the much criticised layering effect of the earlier GATT system and where the remedy was the principle of unique agreement under WTO.

On the one hand, there were some attempts regarding the globalisation of investment law. Their excessively liberal tone harmed the image of the multilateral agreement on investment and led to its ending.³⁵ This undoubtedly constitutes an example that best illustrates the failure of establishing a global investment law. One can wonder if it is possible in 2016 to talk about a real investment law that takes the shape of one *corpus juris*. Rather, there is a wide range of investment laws, a patchwork of laws, more or less congruous or less likely than more likely congruous. Another sectorial example is the Treaty on the Energy Charter, signed in Lisbon on 14 December 1994 and entered into force on 16 April 1998 by 56 states, including the 28 Members of the EU, Russia, Australia and Japan. This treaty was not an exception, it was not easy to overcome the absence of proper symmetry with other treaties such as WTO-GATS.³⁶

Furthermore, given the current situation, work in the field of legislative drafting in Arab countries is fully justified. These countries could and would be well advised to undertake harmonisation or unification of their investment laws.

However, setting up a new Arab court for the nine Arab-Mediterranean states or for the entire 22 Arab states is not a panacea. In any event, if such court is to be created, it must be based on existing achievements with respect to standardisation without falling into the trap of regional tropism for the mediterraneanisation of Arab investment laws, which may generate greater segmentation and fragmentation of investment law instead of contributing to its harmonisation and/or unification.

The tropism can also originate from the uniform Convention for the Investment of Arab Capital in Arab Countries. The Convention, signed in Amman (Jordan) on 26 November 1980, entered into force on 26 November 1981 established an Arab court of investment. The court struggles to find its place due mainly to the lack of support from states and attractiveness for investors. This partly explains why the court only started to function effectively since 2003 and has rendered rulings thereafter only on six matters.³⁷

transnationaux du droit des investissements. Aussi, l'exigence d'harmonisation du droit des investissements dans l'espace arabe est d'autant plus importante qu'il existe plus de 2.928 TBI en vigueur et plus de 351 accords de nature régionale ou multilatérale. On y recense presque 480 TBI conclus par les pays de l'UpM. Toutes ces conventions, au-delà d'un semblant d'uniformité dans leur structure, adoptent des solutions dissemblables sur des obligations essentielles. Leur contenu comporte, en effet, des disparités qui suscitent la méfiance des investisseurs. Et si l'on y ajoute les codes nationaux en matière d'investissements, on comprend aisément que cette inflation n'est pas le meilleur gage d'une uniformisation. Bien au contraire, elle contribue à l'effet mille-feuille tant décrié dans l'ancien système du GATT et dont le remède a été le principe de l'accord unique dans le cadre de l'OMC.

D'une part, les tentatives de mondialisation du droit des investissements, en raison de leur accent trop libéral, ont attenté à l'image de l'accord multilatéral sur l'investissement et conduit à sa fin. C'est sans doute là le plus bel exemple d'échec d'édification d'un droit mondial des investissements. Aussi, ne peut-on parler, en 2016, d'un véritable droit des investissements prenant la forme *corpus juris* unique ; mais plutôt d'un fatras de droits des investissements, une mosaïque de droits, plus ou moins harmonieuse, plutôt moins que plus. Autre exemple, sectoriel, le traité sur la Charte de l'énergie, signé à Lisbonne le 14 décembre 1994 et entré en vigueur le 16 avril 1998 entre 56 Etats, incluant, les 28 pays de l'Union européenne, la Russie, l'Australie, le Japon. Mais, lui non plus n'échappe à la difficulté de son articulation avec d'autres traités comme celui de l'OMC-GATS.

Aussi, un travail légistique des pays arabes trouve toute sa justification face à un tel constat. Ces pays pourraient et auraient intérêt à mener un travail d'harmonisation, voire d'unification de leur droit des investissements.

Toutefois, la création d'une cour arabe commune aux neuf pays arabes méditerranéens ou commune aux 22 Etats arabes n'est pas la panacée. En tout état de cause, si une telle cour devait être créée, elle devrait se fonder sur un certain nombre d'acquis d'uniformisation sans tomber dans le piège du tropisme régional car la méditerranisation du droit arabe des investissements peut accentuer une segmentation et fragmentation du droit des investissements au lieu de contribuer à son harmonisation et/ou unification.

Le tropisme peut également provenir de la Convention unifiée pour l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes. Signée à Amman (Jordanie), le 26 novembre 1980, elle est entrée en vigueur le 26 novembre 1981 et a institué une cour arabe d'investissement qui peine à trouver sa place en raison de manque de soutien de la part des Etats et d'attrait pour les investisseurs. Ceci explique qu'elle ne fonctionne de manière effective que depuis 2003 et a rendu à peine six décisions depuis.

Or, nous observons un mouvement de standardisation notamment parce que la quasi-totalité des pays du pourtour méditerranéen arabe autorise des mesures conservatoires et provisoires, parmi lesquels les codes de l'arbitrage en Tunisie (art.62) et en Mauritanie (art.47), à l'instar de la loi-type CNUDCI (art.17), et disposent dans des termes à peu près identiques que : « sauf convention des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il juge nécessaire ».

La perméabilité des systèmes juridiques des pays arabes se concilie avec son influence déterminante.

Elaborer un jour une réglementation uniforme des modes alternatifs de résolution des conflits dans le domaine des rapports internes et internationaux des pays arabes ne relève donc pas de l'utopie. Le chemin en a été pris. Sousse aura été, pour deux jours printaniers, le port d'attache d'une réflexion féconde où juristes méditerranéens arabes et non arabes sauront dialoguer et montrer que le droit est aussi un instrument de pacification des relations dans la *mare nostrum*.

Il est, bien évidemment, commode de mettre l'accent sur les difficultés politiques que traversent les pays arabes méditerranéens et de la difficulté de leur intégration juridique. Mais, tout cela est passager comme le prouve la construction européenne. Ainsi, Jossierand observait, il y a presque un siècle, que :

« les vues de l'esprit les plus simples et les plus sûres ne sont pas toujours celles qui rencontrent le plus de crédit auprès de la conscience universelle, ni même auprès de la conscience juridique : alors que des sophismes spécieux résistent indéfiniment à l'action du temps comme à celle de la critique ».

L'harmonisation du droit de l'arbitrage des neuf Etats arabes membres de l'UpM ainsi que des autres fait partie assurément de ces idées qui trouvent du crédit, et grâce aux yeux des juristes. Alors un peu d'ouverture ... l'UpM ne mérite-t-elle pas un peu de rêve ?

Ainsi, la voie de l'harmonisation est plus réaliste même si elle est moins ambitieuse que l'unification. Des divergences du droit de l'arbitrage, dont l'intensité est variable, subsisteront entre les pays arabes et devront être tolérées pourvu qu'elles ne soient pas constitutives d'une entrave à la réalisation d'une zone de libre-échange, première étape d'un marché unique arabe. Ce serait un pas de géant pour le législateur méditerranéen.

CONCLUSION

Le chemin qui mène à l'harmonisation du droit des pays arabes en matière d'arbitrage ressemble, mutatis mutandis, à celui de l'expansion pacifique du droit romain et son influence dans la zone méditerranéenne et illustre cette compénétration inter-systémique. Le Professeur Catalano soutient, à juste titre, « Une identité de la Méditerranée et convergence des systèmes juridiques », y compris entre droit musulman et droit romain. Les îlots de résistance

There is a trend of standardisation in particular because almost all Arab-Mediterranean states allow for conservatory and interim measures, including the Arbitration Code in Tunisia (art.62) and in Mauritania (art.47), akin to the UNIDROIT Model Law (art.17), quite with the same wording provide that “unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order such interim or protective measures it deems appropriate.”

The permeable nature of Arab legal system is in line with its substantial influence.

To elaborate uniform rules of alternative methods of dispute resolution in the field of internal and international relations of Arab states is not a Utopian ideal. The work has already embarked on the pathway thereto. During two spring days, Sousse could have become the home port of the vessel of constructive thinking for Arab and non-Arab Mediterranean legal scholars. We can discuss and demonstrate how law may serve as an instrument of peace in the *mare nostrum*.

It is convenient to focus on the political difficulties encountered by Arab Mediterranean states and the difficulty of their legal integration. But all this is transitory as demonstrated by the European construction. As put by Jossierand nearly a century ago:

“the simplest and safest frames of the mind are not always those which enjoy full credibility in the universal or legal consciousness: while specious sophism manage to endlessly resist the workings of time as well as criticism (translation).”

The harmonisation of arbitration law of the nine Arab states along with other Arab states is certainly part of these ideas that have value and seem to have favor with jurists. Thus, we call for openness ... doesn't UfM deserve a little dream?

The pathway for harmonisation is more realistic. It is even less ambitious than unification. Differences among Arab states with respect to arbitration law, whose extent varies, will persist and thereby must be tolerated provided that they do not constitute an impediment to the creation of a free trade area, which is the first step towards achieving a single Arab market. This would be a great stride forward by Mediterranean lawmakers.

CONCLUSION

The pathway for harmonisation of arbitration law of Arab states is like, mutatis mutandis, the pathway for the peaceful spreading of Roman law and its influence in the Mediterranean region. It illustrates this inter-systematic interpenetration. Professor Catalano argues, rightly, for “the Mediterranean identity and convergence of legal systems”, including between Muslim law and Roman law.³⁸ Spheres of

resistance represented by family law and in particular the sub-branch of inheritance will not be an exception in this normative permeability as evidenced by recent studies.³⁹

All fears must be addressed since harmonisation is not automatically conducive to the adoption of identical rules. Diversity has its place within the internationalisation and regionalisation of laws in the Mediterranean as elsewhere. Comparatism holds an important place for legal pluralism, a place even better than that attributed to legal certainty that the Arab law of arbitration seeks to ensure.

The autonomy of the free will, the effectiveness and circulation—enforcement—of arbitral awards, observing a real international public order that is common to all Arab states constitute the different objectives set for Arab legislators. In short, it is related to the consolidation of a greater attractiveness of the countries of the MENA region with respect to competition that can exist between regional economies. The unification that is conceived as the adoption of a single instrument is not a panacea. Establishing an area of dispute resolution alternatives governed by legal syncretism involves mobilising legal pluralism and a wide range of actors that produce soft law or hard law.

But it is an Arab law of arbitration with a more universalist than Mediterranean touch and complexion. It is an arbitration law that feeds upon the pluralism of the sources of the law. It is victorious thanks to a homogeneous Arab practice that is keen to reassure national lawmakers and judges that the autonomy of arbitration is not necessarily accompanied by drifts.

que sont le droit de la famille, notamment dans son volet patrimonial, n'échappent pas, non plus, à cette perméabilité normative. Des travaux récents le démontrent.

Toute crainte doit être dissipée car l'harmonisation ne conduit pas nécessairement à l'adoption de règles identiques. La diversité a toute sa place dans l'internationalisation et la régionalisation du droit en Méditerranée comme ailleurs. Le comparatisme fait une place d'honneur au pluralisme juridique et c'est avant la sécurité juridique que recherche un droit arabe de l'arbitrage.

Autonomie de la volonté, efficacité des sentences et circulation — exequatur — respect d'un ordre public véritablement international commun aux Etats arabes, tels sont les différents objectifs assignés au législateur arabe. Bref, il s'agit de consolider une plus grande attractivité des pays de la zone MENA au regard de la concurrence qui peut exister entre les économies régionales. L'unification, conçue comme l'adoption d'un instrument unique, n'est donc pas la panacée. La réalisation d'un espace de règlement extrajudiciaire des différends relève du syncretisme juridique et suppose de mobiliser le pluralisme juridique et une pluralité d'acteur produisant de la *soft law* ou de la *hard law*.

Mais c'est un droit international arabe de l'arbitrage d'une teinte et d'une complexion plus universaliste que méditerranéenne qui s'est révélé ; un droit de l'arbitrage irrigué du pluralisme des sources du droit, victorieux, grâce à une pratique arabe homogène, soucieuse de rassurer les législateurs et juges nationaux sur le fait que l'autonomie de l'arbitrage ne rime pas avec dérive.

Notes

1. P. Catalano, "Identité de la Méditerranée et convergence des systèmes juridiques", *Revue Aspects*, 2008, pp.27–40.

2. Filali Osman and Christian Philip (eds), *Le partenariat euro-méditerranéen, le processus de Barcelone : nouvelles perspectives, The European-Mediterranean Partnership, The Barcelona Process: New Prospects* (Bruxelles: Editions Emile Bruylant, 2003).

3. Algeria, Saudi Arabia, Bahrain, Palestine, Djibouti, Egypt, United Arab Emirates, Iran, Iraq, Jordan, Kuwait, Lebanon, Libya, Malta, Morocco, Oman, Qatar, Syria, Tunisia, Yemen

The countries below are sometimes included in the broader definition of the term: Armenia, Azerbaijan, Cyprus, Djibouti, Georgia, Malta, Somalia, Sudan, Turkey.

It is to be noted that the inclusion of Palestine and Israel into the list is of a political nature.

4. It brought together representatives from 10 OECD countries, 10 countries from the MENA region, the European Commission, the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), the European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), UfM and the Mediterranean World Economic Foresight Institute (IPEMED).

5. Introduction, in *L'intégration européenne. Conférences prononcées à l'occasion de la Journée d'étude du 23 février 1963*, Genève, Georg & Cle S.A., p.45.

6. Filali Osman, "Codification, unification, harmonisation du droit en Europe : un rêve en passe de devenir réalité ?", in *Vers un code européen de la consommation? Codification, unification et harmonisation du droit des Etats-membres de l'Union Européenne* F. Osman (ed.), (Bruylant, 1998), pp.11–34; Antoine Jeammaud, "Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il ?", in F. Osman (ed.) *Vers un Code européen de la consommation*, (Bruylant, 1998), pp.3–5; M. Ancel, "Rapprochement, unification ou harmonisation des droits ?", in *Mélanges en l'honneur de G. Marty*, (Université des sciences sociales de Toulouse, 1978), p.2.

7. E. Hondius, *Towards a European Civil Code*, A.S. Hartkamp et al. (eds), (Nijmegen, Dordrecht, Boston [etc.]: 1995), pp.9 and 11; Peter-Christian Müller-Graff, "Private Law Unification by Means other than of Codification", in *Towards a European Civil Code*, A.S. Hartkamp et al. (eds), (Nijmegen, Dordrecht, Boston [etc.]: 1995), pp.19–29.

8. *Towards a European Civil Code*, A.S. Hartkamp et al. (eds), (Nijmegen, Dordrecht, Boston [etc.]: 1995), p.123.
9. Convention on International Commercial Arbitration, see Abdul-Hamid al Ahdab: "Le Centre arabe d'arbitrage commercial à Rabat Convention Arabe d'Amman sur l'arbitrage commercial de 1987", *Rev. Arb.* 1989, no.4, p.631.
10. Jordan, Palestine, Libya, Tunisia, Algeria, Lebanon, Syria, Mauritania.
11. With the exception of Monaco, Palestine and Poland.
12. Signed on 22 April 2002 and entered into force since 1 September 2005.
13. See also art.52 of the Euro-Tunisian and Euro-Moroccan Agreements as well as art.41 of the Agreement signed between the EU and the Palestinian Authority.
14. The Arab Maghreb Union (AMU) was set up by the Agreement of Marrakech of 23 February 1990. It includes: Tunisia, Morocco, Algeria, Libya and Mauritania, see Horchani, Notes on the Maghreb Convention of Investment Encouragement and Guarantee, *Essays of Hareth M'zioudet* (1994), p.87.
15. Clavel, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international : l'effet négatif du principe compétence-compétence* (PhD Dissertation University of Paris2, Assas, 2011).
16. Jean Limpens, "The permanent features of unification of private law, lectures delivered on 21 December, 1956 and 24 December 1957 at the Faculty of Law of Nantes et de Grenoble", *RIDC* (1958), p.297.
17. J.-S. Bergé, "De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé : figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux", *JDI*, (2013), pp.3–25 ; *L'application du droit national, international et européen*, (Paris : Dalloz, 2013); B. Bonnet, *Repenser les rapports entre les ordres juridiques* (Paris: Lextenso Editions, 2013).
18. "Se proposer l'analyse des rapports qu'entretiennent différents ordres juridiques revient à s'imposer celle de la relevance que chacun de ces ordres peut présenter pour les autres. Il est clair en effet que si un ordre juridique est irrelevant selon tel autre, cela signifie qu'il n'y a aucune relation entre eux": S. Romano, *L'ordre juridique* (Paris : Dalloz, 1975), no.34, p.36, especially 79–82 ; [translation of the original Italian text] *L'Ordinamento Giuridico* (1918); F. Ost And M. Van De Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit* (Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires St Louis, 1987), pp.244–245; F. Rigaux, *Introduction à la science du droit* (Bruxelles: Éditions Vie Ouvrière, 1974), p.364; "Le droit au singulier et au pluriel", *Rev. int. étud. jur.* (1982), no.9, p.51; M.F. Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante* (Bruxelles, Larquier, 1985), p.270.
19. M. Donini, "The spread of legal traditions in the Euro-Mediterranean region and the Uniform Commercial International Law", *RDU* (2009), pp.97–117, not. p.106.
20. Filali Osman, "Pour un cadre commun de référence du droit de la médiation dans l'Union pour la Méditerranée", in *La médiation : un nouveau champ d'exploration pour les modes alternatifs de règlement des différends dans l'Union pour la Méditerranée*, Professor Filali Osman (ed.), (Brussels : Bruylant, 2012), pp.353–385.
21. Frédérique Ferrand (ed.), *La procédure civile mondiale modélisée, coll. « Droit et procédures* (Paris, Editions juridiques et techniques, 2003).
22. Emmanuel Jeuland, Review of aforementioned work *La procédure civile mondiale modélisée*, *RIDC* no.4, (2005), p.1084.
23. Draft Principles of Transnational Civil Procedure and comments prepared by Professors G. Hazard Jr, R. Stürner, M. Taruffo and A. Gidi (Translation prepared by Professor F. Ferrand and M.G. Mecarelli). UNIDROIT 2004. Etude LXXVI – Doc. 11 rev. (Original: English). Available on UNIDROIT website.
24. It is the solution adopted by the Egyptian case law, which enshrined the preferential treatment established by art.VII of the New York Convention: see the ruling of the Egyptian Supreme Court, the civil and commercial district, cassation no.945 dated 8 May 2006, published in *The International Journal of Arbitration* no.11, (2011), p.437.
25. Bernard Dutoit, "L'ordre public : caméléon du droit international privé ?", in *Mélanges offerts à Guy Flattet*, (Lausanne: Payot, 1985), pp.455–456.
26. V.M. Donini, "La circulation des modèles juridiques dans la région euro-méditerranéenne et le droit uniforme du commerce international", *RDU*, (2009), pp.97–117, fn. p.106.
27. R. Sacco, "Définitions savantes et droit appliqué dans les pays romanistes", *RIDC* (1965), p.612; *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *Economica*, (1991), pp.54–59.
28. "La cohabitation des systèmes juridiques des pays arabo-musulmans dans l'aire méditerranéenne et le dépassement des mythes", in *La cohabitation des systèmes juridiques dans le droit algérien et dans les approches régionales du droit*, Ali Filali (ed.), Conference organised by the faculty of law of Algiers, 24–25 November 2015, *Les Annales de la faculté de droit d'Alger* 2016 and *The MENA Business Law Review* (LexisNexis), no.2, 2016, pp.68–79.
29. *L'arbitrage commercial international dans les pays arabes et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, Thesis defended at the University of Panthéon-Assas, on 19 May 2014, p.573 (under the supervision of Ms Bénédicte Fauvarque-Cosson).
30. *L'arbitrage commercial international dans les pays arabes et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, Thesis defended at the University of Panthéon-Assas, on 19 May 2014, p.476.
31. *L'arbitrage commercial international dans les pays arabes et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, PhD Thesis defended at the University of Panthéon-Assas, 19 May 2014, p.573 (Under the supervision of Ms. Bénédicte Fauvarque-Cosson).
32. *L'arbitrage commercial international dans les pays arabes et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, PhD Thesis defended at the University of Panthéon-Assas, 19 May 2014, p.517.

33. At the origin of the adjective “unilateral”, W. Ben Hamida, *L'arbitrage Transnational Unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, PhD Thesis defended Paris II, under the supervision of P. Fouchard (2003). A.Prujiner, “L'arbitrage unilatéral: Un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ?” [2005] *Rev. Arb.* 63. It is to be noted that under the Anglo-Saxon legal theory favours the use of adjective “asymmetrical”.
34. CNUCED, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> [Accessed 15 February 2018].
35. P. Juillard “A propos du décès de l'AMI” [1998] *AFDI* 595.
36. Thus, art.4 provides that “the no derogation engagement for the WTO Agreement WTO. Nothing in the present treaty shall derogate, regarding the relations between Contracting Parties that are Members of WTO, from provisions thereof as applied by and between the Contracting Parties”.
37. See W. Ben Hamida, “La contribution de la Ligue Arabe à l'élaboration d'un droit régional effectif des investissements étrangers”, In *Il Futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche. L'avenir des organisations internationales : perspectives juridiques*, XIX Convegno 26–28 giugno 2014, M. Vellano (ed.), (Editoriale Scientifica, 2015), pp.551-568; F. Horchani, *L'investissement interarabe*, CERP Tunis, 1992, pp.390–408.
38. P. Catalano, “Identité de la Méditerranée et convergence des systèmes juridiques”, *Revue Aspects*, 2008, pp.27–41.
39. P. Catalano, “Identité de la Méditerranée et convergence des systèmes juridiques”, *Revue Aspects*, 2008, pp.27–41.

OPINION

BRATIFY AND THEN BREXIT? BETWEEN A ROCK AND A HARD PLACE

JURIDICTION UNIFIEE DES BREVETS : RATIFIER OU NE PAS RATIFIER ? LORSQUE LE ROYAUME-UNI EST ENTRE LE MARTEAU ET L'ENCLUME

Daniel BYRNE*

 Brexit; Commencement; EU law; Ratification; Unified Patent Court; Unitary patents

THE UK WILL HAVE TAKEN THE NECESSARY STEPS TO BE IN A POSITION TO RATIFY THE AGREEMENT ON A UNIFIED PATENT COURT BY EARLY 2018, BUT WILL IT RATIFY IN LIGHT OF IMPENDING BREXIT?

The UK may ratify the Agreement on a Unified Patent Court (the “Agreement”) prior to Brexit, or it may, alternatively, seek to join the Unified Patent Court (“UPC”) after Brexit. If it does the former without obtaining any assurances from the other contracting parties then it risks being ejected from the UPC at the moment of Brexit. If it does the latter, it will be attempting to join an existing organisation, the rules of which will need to be changed to allow the UK membership, without being certain that the other contracting parties will think that this is a worthwhile exercise.

As a result, the UK is between a rock and a hard place when it comes to the timing of the ratification of the Agreement. What would seem to be key is to obtain the necessary assurances from the other contracting parties for continued membership of the UPC. It may be that these assurances are best extracted once the UK is in a position to ratify the Agreement.

Indeed, the UK Government has been taking all necessary steps to be in a position to ratify the Agreement. For example, since the Brexit referendum, the last piece of legislation necessary for ratification, the Unified Patent Court (Immunities and Privileges) Order 2017 (the “Order”), has—in November and December 2017—been approved in a House

LE ROYAUME-UNI DEVRA AVOIR ENTREPRIS LES DEMARCHES NECESSAIRES DES DEBUT 2018 AFIN D'ETRE PRET A RATIFIER L'ACCORD SUR LA JURIDICTION UNIFIEE DU BREVET, MAIS VA-T-IL LE RATIFIER EN PRENANT EN COMPTE UN BREXIT IMMINENT ?

Le Royaume-Uni a le choix entre ratifier l'accord sur la Juridiction Unifiée du Brevet (l'« Accord ») avant le Brexit, ou chercher à rejoindre la Juridiction Unifiée du Brevet (« JUB ») ultérieurement. Dans le premier cas, le Royaume-Uni devra obtenir des garanties de la part des autres parties contractantes afin d'éviter le risque d'être expulsé de la JUB au moment du Brexit. Dans le second, il rejoindra une organisation existante dont les règles devront être modifiées pour permettre son adhésion, sans pouvoir être certain que les autres parties contractantes y seront favorables.

En d'autres termes, le Royaume-Uni se trouve entre le marteau et l'enclume concernant la date de ratification de l'Accord. L'essentiel semble être pour lui d'obtenir les garanties nécessaires de la part des autres parties contractantes pour continuer à être membre de la JUB. Il est possible que ces garanties soient plus aisées à obtenir une fois que le Royaume-Uni sera en mesure de ratifier l'accord.

En effet, le gouvernement britannique a pris toutes les dispositions nécessaires pour être en mesure de le faire. Par exemple, depuis le référendum sur le Brexit, le dernier texte nécessaire à la ratification, le Protocole sur les privilèges et immunités de la Juridiction Unifiée du Brevet de 2017 (le « Protocole »), a été approuvé par le Comité Législatif Délégué de la Chambre des

* Barrister England and Wales, Associate, Gide Loyrette Nouel A.A.R.P.I., Paris.

communes et le Grand Comité de la Chambre des Lords en novembre et décembre 2017. Bien que le Protocole doive être approuvé par la Chambre des communes (sans débat) et par le Bureau du Conseil Privé, cela ne représente qu'une simple formalité.

Si cet élan est maintenu, le Royaume-Uni pourra ratifier l'Accord au début de l'année 2018. En supposant que le recours constitutionnel en Allemagne ne retarde pas les choses, la JUB verra alors le jour avec une compétence paneuropéenne pour connaître des différends portant sur les brevets. La ratification par le Royaume-Uni fait partie des trois ratifications nécessaires pour la mise en œuvre de la JUB, avec la France (qui a ratifié l'Accord) et l'Allemagne (en attente de l'issue du recours constitutionnel). Le Royaume-Uni est également censé accueillir une partie de l'infrastructure à Londres.

Une telle juridiction permettra aux entreprises propriétaires de s'opposer à l'enregistrement d'un brevet dans plusieurs pays à la fois, ainsi qu'aux entreprises accusées de contrefaçon de brevet de contester la validité d'un brevet dans plusieurs pays à la fois. Les entreprises concernées pourront donc réaliser des économies importantes de frais juridiques.

Bien que le gouvernement britannique ait qualifié l'Accord sur la JUB d'« accord international » et non européen, la juridiction de référence pour les questions d'interprétation du droit de l'UE sera la Cour de Justice de l'Union Européenne (la « CJUE ») et le Royaume-Uni sera contraint d'accepter la suprématie du droit de l'UE. Cela peut être politiquement sensible dans le contexte du Brexit et, il y a quelque temps, Douglas Carswell du Parti pour l'Indépendance du Royaume-Uni (« UKIP ») a déposé sans succès une motion d'urgence (« Early Day Motion ») à la Chambre des Communes pour tenter d'empêcher la ratification. Même si les ramifications politiques de cette situation paraissent mineures, il demeure des questions importantes concernant le calendrier de la ratification et la progression des négociations sur le Brexit en général.

Actuellement, l'Accord n'est ouvert qu'aux Etats membres de l'UE et, par conséquent, le Royaume-Uni ne peut le ratifier que s'il en fait encore partie. Si le Royaume-Uni ratifie l'Accord dès maintenant, en supposant que l'Allemagne le ratifie également, la JUB verra le jour peu après. Cependant, si aucune autre mesure n'est prise, le Royaume-Uni sera probablement obligé de quitter la JUB lorsque le Brexit aura lieu (prévu pour le 29 mars 2019) puisqu'il cessera d'être un Etat membre de l'UE. C'est le « marteau » qui risque de frapper le Royaume-Uni s'il ratifie l'Accord sans prendre les dispositions nécessaires pour rester dans la JUB.

Cela pourrait porter préjudice aux entreprises ayant des intérêts au Royaume-Uni, puisque cela accélérera la mise en place de la JUB mais laissera ensuite le pays à l'écart. Bien sûr, les entreprises ayant des intérêts au Royaume-Uni et en Europe pourront encore bénéficier d'une juridiction européenne suffisamment développée, en plus des juridictions anglaises.

of Commons Delegated Legislation Committee and the House of Lords Grand Committee. Although the Order still has to be approved by the House of Commons (without debate) and the Privy Council, this is likely to be just a formality.¹

If momentum is maintained, the UK will be able to ratify the Agreement in early 2018. Assuming a constitutional challenge in Germany² does not delay things, the effect of this will be that the UPC will come into existence with a broadly pan-EU jurisdiction to determine patent disputes. The UK's ratification is one of three specified as required for commencement, with France (which has ratified) and Germany (which is awaiting the outcome of the constitutional challenge). The UK is also intended to host part of the Court infrastructure in London.

A patent jurisdiction such as this will allow businesses who own patents the possibility of enforcing a patent in multiple countries at a time as well as for businesses accused of patent infringement to challenge the validity of a patent in more than one country at a time. This is likely to provide for significant savings in legal fees for the businesses concerned.

Although the UK government has characterised the UPC as an international arrangement and not an EU agreement, the reference court for questions of interpretation of EU law under the UPC will be the Court of Justice of the European Union (the « CJEU ») and the UK will have to accept the supremacy of EU law. This may be politically sensitive in light of Brexit and, some time ago, UKIP's Douglas Carswell unsuccessfully proposed an Early Day Motion in the House of Commons to try and prevent ratification. Even if the political ramifications of this can be brushed under the carpet, there are bigger issues which relate to the timing of ratification and the progress of the Brexit negotiations generally.

At present the Agreement is only open to EU Member States and, so, the UK is only able to ratify while it is still an EU Member State. If the UK ratifies the Agreement then, assuming Germany has ratified, the UPC will come into being shortly thereafter. However, if no other further steps are taken, then the UK will likely be required to leave the UPC when Brexit occurs (currently expected to be 29 March 2019) because it will cease to be an EU Member State. This is the « rock » the UK will find itself up against if it ratifies without making arrangements to remain in the UPC.

This approach potentially disadvantages businesses with interests in the UK because it hastens the start of the UPC but then leaves the UK outside of it. Of course, businesses with interests in the UK and Europe may still benefit from a largely consolidated jurisdiction in Europe in which to litigate in addition to litigating in the UK. However, it potentially

deprives this new jurisdiction of the influence of English law experience and judges which was seen by some as a counter-balance to a Franco-Germanic approach. It also starts the clock running on the seven-year transitional period, during which time businesses can opt-out their patents from the jurisdiction of the UPC, which is likely to be something of interest to patent-owning businesses who suddenly find the UK outside of the UPC. Far better for businesses for the UK to be in and to be able to stay in the UPC.

Staying in the UPC would require a large amount of work in terms of reaching additional agreements with the other 24 EU Member States who have signed up to the UPC (as well as possibly the EU itself). For example, it will be necessary to amend and re-ratify the Agreement to allow for non-Member State inclusion,³ which could also open up membership to, e.g. Switzerland. It will also be necessary for the UK to specifically submit to the supremacy of EU law and to provide for the jurisdiction of the CJEU. The UK must also conclude reciprocal agreements which provide for the Unitary Patent itself (a patent right which has unitary effect across the territory) to come into existence in the UK. Currently, the Unitary Patent is to be governed by a European Regulation which has automatic effect in the UK while the UK is in the EU. These issues (and more) were set out in an opinion⁴ by barristers Richard Gordon QC and Tom Pascoe which was obtained by a number of interested associations.

The need to take further steps appears to have been acknowledged in the House of Commons Delegated Legislation Committee on 29 November 2017 when in answer to MP Angela Eagle's question:

“I also note that there are experts who feel that the UK will need to take several steps to remain within the ambit of this institution after Brexit, including **entering into new international agreements** with the other signatories of the agreement on the unified patent court. ... Does the Minister think that we need to come back to this, and change the law and international agreements so that we can proceed smoothly with what we all agree is a desirable outcome? Would that hold up the implementation of what is a wholly good thing?” (emphasis added)

Jo Johnson, the Minister responsible, said:

“Our position is that while the UK remains a member of the EU, we will and should complete all necessary legislation, so that we are in a position to ratify the agreement. Whatever the UK's future relationship with the unified patent court, we expect that, as the hon. Lady said, we will **need to negotiate with our European partners**, to reflect the change to the UK's

Cependant, la nouvelle juridiction ne bénéficiera pas de l'influence et de l'expérience du droit et des juges anglais, ce que certains considèrent comme un contrepoids à l'approche franco-germanique. Cela déclenchera également la période de transition de sept ans, période au cours de laquelle les entreprises peuvent retirer leurs brevets de la compétence de la JUB, ce qui intéressera potentiellement les titulaires de brevets qui, soudainement, découvrent que le Royaume-Uni est en-dehors du système de la JUB. Il vaudrait donc mieux, pour les entreprises et pour le Royaume-Uni, rester au sein de cette dernière.

Rester au sein de la JUB nécessiterait beaucoup de travail en terme d'accords supplémentaires avec les 24 autres Etats membres de l'UE qui ont signé l'Accord (ainsi qu'avec l'UE elle-même). Ainsi, il sera nécessaire de modifier et de ratifier une seconde fois l'Accord pour permettre aux non-membres d'y adhérer, ce qui ouvrirait également l'adhésion à la JUB à un pays comme la Suisse. Il sera également nécessaire que le Royaume-Uni se soumette expressément à la suprématie du droit de l'UE et reconnaisse la compétence de la CJUE en la matière. Aussi, devra-t-il conclure des accords de réciprocité prévoyant la création du Brevet Unitaire (un brevet ayant un effet unitaire sur l'ensemble du territoire) au sein du pays. Aujourd'hui, le Brevet Unitaire doit être régi par un règlement européen qui a un effet automatique au Royaume-Uni tant qu'il est membre de l'UE. Ces questions (et plus encore) étaient évoquées dans un avis rendu par Richard Gordon QC et Tom Pascoe et à la demande d'un certain nombre d'associations concernées.

La nécessité de prendre d'autres mesures semble avoir été reconnue par le Comité législatif délégué de la Chambre des Communes le 29 novembre 2017 en réponse à la question de la députée Angela Eagle :

« Je note également que certains experts estiment que le Royaume-Uni devra prendre plusieurs mesures pour rester au sein de cette institution après le Brexit, notamment en concluant de **nouveaux accords internationaux** avec les autres signataires de l'accord sur la juridiction unifiée des brevets. (...) Le ministre pense-t-il que nous devons y revenir et modifier la loi et les accords internationaux afin que nous puissions atteindre sans heurts un résultat souhaitable par nous tous ? Cela ne retarderait-il pas la mise en œuvre de ce qui pourrait être une bonne chose ? » (emphase ajoutée).

Jo Johnson, le ministre responsable, a répondu :

« Notre position est la suivante: alors que le Royaume-Uni reste membre de l'UE, nous allons et devrions compléter toute la législation nécessaire, afin que nous soyons en mesure de ratifier l'accord. Quelle que soit la relation future du Royaume-Uni avec la JUB, nous nous attendons à ce que Madame la députée a dit, c'est-à-dire **négozier avec nos partenaires européens**, pour refléter le

changement de statut du Royaume-Uni par rapport à la JUB qui aura lieu quand nous quitterons l'UE. En tant que Gouvernement, nous pensons qu'il serait erroné de présenter des positions unilatérales avant les négociations que nous devons avoir, parce que nos efforts devront être axés sur l'obtention du meilleur accord possible pour le Royaume-Uni lors des négociations avec nos partenaires européens » (emphase ajoutée).

De plus, le 6 décembre 2017, le Grand Comité de la Chambre des Lords a déclaré que le gouvernement « s'engageait à poursuivre les préparatifs de ratification ... », mais que « nos relations futures avec la JUB feront l'objet de **négociations lorsque nous quitterons l'UE** » (emphase ajoutée). Nous ne savons pas si cela doit être considéré comme un indice sur le calendrier des négociations (« lorsque nous quitterons l'UE ») ou si cela est lié à la nature des négociations dans le cadre de la sortie du Brexit et des négociations commerciales. Quelle que soit la réponse, cela ne paraît pas satisfaisant.

Si le Royaume-Uni ne parvient pas à ratifier la JUB avant le Brexit, celle-ci sera probablement mise en place à la mi-2019, l'Italie remplaçant le Royaume-Uni en tant qu'Etat membre dont la ratification est requise pour l'entrée en vigueur de la JUB. Ainsi, le Royaume-Uni tentera d'entrer dans la JUB en tant qu'Etat non membre de l'UE avec, potentiellement, très peu de leviers de négociation. C'est « l'enclume » sur laquelle le Royaume-Uni se heurtera si les accords ne sont pas mis en place avant le Brexit.

Entre les scénarios du « marteau » et de « l'enclume », le temps presse pour trouver les arrangements nécessaires, et bien que les problèmes décrits ci-dessus puissent éventuellement être négociés entre le moment où le Royaume-Uni ratifiera la JUB sans modification et celui où il quittera l'Union Européenne, cela présuppose que les autres pays concernés souhaitent vivement que le Royaume-Uni reste dans la JUB. Même dans ce cas, il serait — néanmoins — hautement préférable d'obtenir cet accord avant la ratification plutôt qu'après, alors que le Royaume-Uni aura moins à offrir et risque d'avoir mal interprété les intentions des autres Etats membres.

Bien entendu, il reste encore un certain nombre de difficultés pour obtenir les arrangements nécessaires avant la ratification et avant le Brexit. La première est qu'il reste très peu de temps pour négocier avant l'échéance du Brexit et, à ce jour, aucune tentative n'a été faite pour entamer les négociations relatives à ce sujet. En outre, étant donné que le principal levier de négociation du Royaume-Uni serait l'entrée en vigueur anticipée de la JUB, chaque jour qui passe sans accord en diminue la pertinence. En raison des négociations de plus haut niveau qui sont nécessaires sur les mécanismes du Brexit et sur les futures relations commerciales avec l'UE, la deuxième difficulté est qu'il peut y avoir une « bande passante »

status in relation to the UPC that will take place when we leave the EU. As a Government, we believe that it would be wrong to set out any unilateral positions in advance of the negotiations that we know we are going to have to have, because our efforts will need to be focused on securing the best possible deal for the UK in our negotiations with our European partners.”⁵ (emphasis added)

The implication from this also appears to be that the UK *might* want to commence the necessary negotiations once it is in a position to ratify. Moreover, it was said in the House of Lords Grand Committee on 6 December 2017 that the government was: “carrying out its commitments to proceed with preparations to ratify...”, but that “our future relationship with the UPC will be the subject of **negotiations as we leave the EU**” (emphasis added). It is unclear whether this should be taken as a clue about the timing of negotiations (“... as we leave the EU”) or whether it relates to the nature of the negotiations as part of the Brexit exit and trade negotiations. Either way, this should be seen as unsatisfactory.

If the UK fails to ratify the UPC before Brexit, the UPC will probably commence in mid-2019 with Italy replacing the UK as a required ratifying Member State. This would leave the UK attempting to enter the UPC as a non-EU Member State with, potentially, very little in the way of leverage. This is the “hard place” that the UK will be up against post-Brexit should arrangements not be in place pre-Brexit.

There is limited and ever decreasing time between the “rock” and the “hard place” scenarios to come up with the necessary arrangements and, while the issues outlined above could possibly be negotiated in the period between the UK ratifying the UPC without making prior arrangements and the time the UK leaves the EU, this presupposes a negotiating position where the other countries involved strongly wish for the UK's continued involvement. Even if other countries were to strongly want the UK's ongoing involvement, it would—nevertheless—seem to be highly preferable to obtain that commitment prior to ratification rather than after, when the UK has less to offer and risks having misread the mood.

There, of course, remain a number of difficulties in obtaining the necessary commitment or arrangements both prior to ratifying and prior to Brexit. The first is that there is extremely limited time to negotiate given that the clock is ticking on the Brexit deadline and, to date, no attempts appear to have been made to negotiate on this subject. Further, because the UK's main leverage may be one of influence in relation to the earlier commencement of the UPC, every day that passes without resolution is a reduction in leverage for the UK. The second is that, because of the more high-level negotiations which are necessary on the mechanics of Brexit and

the future trading relationship with the EU there may be limited “bandwidth” for negotiations which do not bear directly on these issues. The third is that it is by no means certain that the other countries of the EU strongly or equally desire the UK’s continued involvement in the UPC.

If the UK is unable to obtain appropriate assurances about continued involvement in the UPC post-ratification, it might seem somewhat rash for the UK to ratify (given that its membership of the UPC can probably then be counted in months). The counterpoint is that, if the UK ratifies the UPC and it comes into existence before Brexit, there may be the political will and UPC-specific resources to focus on maintaining the status quo before it becomes too late. But, either way, time is running out.

limitée pour les négociations qui ne portent pas directement sur ces questions. La troisième difficulté est qu’il n’est nullement certain que les autres pays de l’UE souhaitent que le Royaume-Uni reste membre de la JUB.

Si le Royaume-Uni n’est pas en mesure d’obtenir les garanties idoines relatives au maintien de sa participation dans la JUB après la ratification, il semblerait quelque peu risqué de ratifier (étant donné que son adhésion à la JUB peut probablement être comptée en mois). Cependant, si le Royaume-Uni ratifie l’Accord sur la JUB sans garanties et que celle-ci commence son activité avant le Brexit, le fait d’être dans la place pourrait favoriser la réunion des conditions pour renégocier les accords existants et pérenniser la présence du Royaume-Uni post-Brexit au sein de la JUB. Dans tous les cas, le temps est compté.

Notes

1. Before this article went to print the final legal steps were taken and the UK is now in a position to prepare and sign the formal ratification document and to submit it.
2. This assumption is made for the purpose of the focus of this article, but it is worth noting that the President of Germany has agreed not to ratify the UPC pending the outcome of the constitutional complaint which, if admitted for decision by the constitutional Court, could take many months to resolve.
3. There is an outstanding question as to whether the CJEU would consider this to be lawful.
4. http://www.brickcourt.co.uk/news-attachments/UPCA_Advice.pdf [Accessed 16 February 2018].
5. [https://hansard.parliament.uk/Commons/2017-11-29/debates/f08f6994-361e-41da-80ea-7533f1c3d883/UnifiedPatentCourt\(ImmunitiesAndPrivileges\)Order2017](https://hansard.parliament.uk/Commons/2017-11-29/debates/f08f6994-361e-41da-80ea-7533f1c3d883/UnifiedPatentCourt(ImmunitiesAndPrivileges)Order2017) [Accessed 16 February 2018].

ACTUALITES


1. **Droit du commerce international et de la concurrence**
International Trade and Competition Law
2. **Emergence d'un droit international/régional des affaires**
Emergence of an International/Regional Business Law
3. **Droit et pratique des investissements internationaux**
International Investments Law and Practice
4. **Sûretés, paiements et financements internationaux**
Securities, International Payments and Financing
5. **Fiscalité internationale**
International Taxation
6. **Arbitrage international et autres modes de règlement des conflits**
International Arbitration and Alternative Dispute Resolution
7. **Energie et infrastructures**
Energy and Infrastructures

1. DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL ET DE LA CONCURRENCE INTERNATIONAL TRADE AND COMPETITION LAW

POLITIQUES DE CONCURRENCE

COMPETITION POLICIES

Nathalie JALABERT-DOURY,* Estelle LECLERC,** Jean-Maxime BLUTEL,***
et Paul DODELLER****

 Cartels; China; Competition policy; E-commerce; EU law; Financial Conduct Authority; International co-operation; Merger control; Selective distribution agreements; Singapore; State aid; Thailand

UNION EUROPEENNE

COUR DE JUSTICE — AGRICULTURE : LA COUR DE JUSTICE CLARIFIE LE CHAMP D'APPLICATION DES REGLES DE CONCURRENCE

La Cour de justice était saisie de deux questions préjudicielles émanant de la Cour de cassation française, soulevées à l'occasion des recours contre la décision de l'Autorité de la concurrence par laquelle elle avait condamné

EUROPEAN UNION

COURT OF JUSTICE—THE COURT OF JUSTICE CLARIFIES THE SCOPE OF APPLICATION OF COMPETITION RULES

The Court of Justice was asked for two preliminary rulings by the Cour de Cassation (the French Supreme Court) in connection with appeals lodged against the decision of the Autorité de la concurrence (French Competition Authority) by which it condemned several

* Avocat associé, Mayer Brown Paris.

** Avocat, Mayer Brown Paris.

*** Avocat, Mayer Brown Paris.

**** Avocat, Mayer Brown Paris.

producer organisations (“POs”), associations of producer organisations (“APOs”) and professional associations for their participation to price fixing practices in the endive sector, by the use of several mechanisms including the fixing of minimum sale prices, the setting of a “cours pivot” (central rate), the establishment of a trading exchange, the misuse of the withdrawal price mechanism as well as the exchange of information. In their appeals against this decision, several POs and APOs alleged that these practices were necessary to achieve the objectives of the common agricultural policy and that, as such, they fell outside the scope of application of competition rules.

The Court of Justice’s ruling, issued on 14 November 2017, has the merit of clarifying old provisions, the combined reading of which is sometimes difficult, and for which there are very few precedents.

The Court of Justice recalls that the derogations to the application of competition rules in the scope of the common agricultural policy are to be interpreted strictly, the maintenance of effective competition on the market for agricultural products also being one of the objectives of the common agricultural policy.

On that basis, the Court of Justice concludes, first of all, that to fall within the scope of the derogations, a practice must be implemented by an entity effectively entitled to implement the objectives of the common agricultural policy. Only POs or APOs recognised as such may then be eligible to benefit from these derogations and “concerning the practices applied by a PO or an APO, it is important to note that such practices must remain within a single PO or APO”. These organisations are therefore not eligible to escape the application of competition rules when they enter into agreements with others than their members, whether other POs or APOs, or, a fortiori, third parties.

Finally, within the same PO or APO, to benefit from the derogations, the practice must further effectively and strictly consist in the pursuit of the objectives assigned to that organisation. In the fruits and vegetables sector, it must be one or several of the objectives laid down by the applicable regulation, namely, ensuring that production is planned and adjusted to demand, the concentration of supply and the placing on the market of the products produced by its members or further the optimisation of production costs and stabilisation of producer prices. However, the collective determination of minimum sale prices, even within the same PO or APO, cannot be regarded as a practice necessary to fulfil the tasks they were assigned where producers themselves sell their production in the cases provided for by law.

plusieurs organisations de producteurs (« OP »), associations d’organisations de producteurs (« AOP ») et associations professionnelles pour avoir mis en œuvre une entente sur des prix minimums dans le secteur des endives en utilisant plusieurs mécanismes dont la diffusion de prix minimum, la fixation d’un cours pivot, la mise en place d’une bourse aux échanges, l’utilisation détournée du mécanisme des prix de retrait ou encore des échanges d’informations. Dans leurs recours contre cette décision, plusieurs OP et AOP avaient soutenu que les accords en cause étaient nécessaires à la réalisation des objectifs de la politique agricole commune et qu’ils échappaient de ce fait au champ d’application des règles de concurrence.

Son arrêt, rendu le 14 novembre 2017, a le mérite de clarifier des dispositions dont l’origine est ancienne et la lecture combinée parfois malaisée et qui ont fait l’objet de peu de cas d’application.¹

La Cour de justice rappelle que les exclusions d’application des règles de concurrence dans le champ de la politique agricole commune sont d’interprétation stricte, le maintien d’une concurrence effective sur les marchés des produits agricoles faisant partie aussi des objectifs de la politique agricole commune.

Sur cette base, la Cour de justice constate d’abord que pour entrer dans le champ des exclusions, une pratique doit émaner d’une entité effectivement habilitée à mettre en œuvre les objectifs de la politique agricole commune. Seules les OP ou OAP reconnues comme telles peuvent dès lors prétendre bénéficier des exclusions et « s’agissant des pratiques mises en œuvre par une OP ou une AOP, il importe de relever que de telles pratiques doivent demeurer internes à une seule OP ou à une seule AOP ». Exit la possibilité pour ces organisations de prétendre échapper à l’application des règles de concurrence lorsqu’elles passent des accords avec d’autres que leurs membres, qu’il s’agisse d’autres OP ou AOP ou a fortiori de tiers.

Ensuite, au sein d’une même OP ou AOP, il faut encore pour bénéficier des exclusions que la pratique visée s’inscrive effectivement et strictement dans la poursuite du ou des objectifs qui lui ont été assignés. Dans le secteur des fruits et légumes, il doit s’agir d’un ou plusieurs des objectifs énoncés par le règlement applicable à savoir la programmation de la production et son adaptation à la demande, de la concentration de l’offre et de la mise sur le marché de la production de ses membres ou encore de l’optimisation des coûts de production et de la régulation des prix à la production. En revanche, la fixation collective de prix minima de vente, même au sein d’une même OP ou AOP, ne peut être considérée au titre des pratiques nécessaires pour remplir les missions qui leur sont

confiées lorsque les producteurs écoulent eux-mêmes leur production dans les cas visés par les textes.

C'est donc un test en deux branches qu'il faudra appliquer systématiquement pour déterminer si une pratique peut échapper aux règles de concurrence en vérifiant : (i) d'abord que la pratique est interne à une OP ou à une AOP dûment reconnue ; et (ii) ensuite qu'elle correspond strictement aux objectifs dont la mission lui a été assignée.

Nathalie Jalabert-Doury

COUR DE JUSTICE — LA COUR DE JUSTICE CLARIFIE LES CONDITIONS D'APPLICATION DU CONTROLE EUROPEEN DES CONCENTRATIONS AUX OPERATIONS IMPLIQUANT UN PASSAGE D'UN CONTROLE EXCLUSIF A UN CONTROLE CONJOINT

Dans un arrêt du 7 septembre 2017, la Cour de justice a apporté une importante et bienvenue clarification quant au champ exact d'application du contrôle européen des concentrations aux opérations impliquant le passage d'un contrôle exclusif de la cible à un contrôle conjoint.²

Aux termes de l'art.3 du Règlement européen no.139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (ci-après le « Règlement »), une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement durable de contrôle résulte³ :

- de la fusion de deux ou de plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises ; ou
- de l'acquisition du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises ; ou
- de la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome (entreprise commune dite « de plein exercice »).

Au regard de la lettre du Règlement, il était donc permis de se demander si l'acquisition d'un contrôle conjoint sur une entreprise auparavant détenue de manière exclusive par une autre, devait s'analyser comme l'acquisition du contrôle d'une partie de cette entreprise, une opération qui constitue alors nécessairement une concentration au sens du Règlement, ou plutôt comme la création d'une entreprise commune, une opération qui ne constitue alors une concentration au sens du Règlement que si cette entreprise commune est appelée à être de plein exercice à l'issue de l'opération.

De fait, la Commission européenne a pu par le passé traiter ce type d'opération, selon les cas, soit comme des acquisitions d'une partie d'une entreprise existante, soit

As a result, a two-branch test will have to be systematically applied to determine whether a practice can escape the competition rules by verifying first: (i) that the practice in question is implemented within a duly recognised PO or APO; and then (ii) that it remains strictly within the objectives of the tasks assigned to that PO or APO.

Nathalie Jalabert-Doury

COURT OF JUSTICE—THE COURT OF JUSTICE CLARIFIES THE CONDITIONS FOR APPLICATION OF EU MERGER CONTROL TO TRANSACTIONS INVOLVING A CHANGE FROM SOLE TO JOINT CONTROL

In a ruling dated 7 September 2017, the Court of Justice provided an important clarification as to the precise scope of application of the EU merger control regime to transactions involving a change from sole to joint control.

Pursuant to art.3 of the EU Regulation No.139/2004 on the control of concentrations between undertakings (hereafter the "EU Merger Regulation"), a merger is deemed to arise where a change of control on a lasting basis results from:

- the merger of two or more previously independent undertakings or parts of undertakings; or
- the acquisition of direct or indirect control of the whole or parts of one or more undertakings; or
- the creation of a joint venture performing on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity (so-called "full function joint ventures").

In view of the letter of the EU Merger Regulation, it was not clear whether the acquisition of joint control over an existing, solely controlled, undertaking had to be considered as an acquisition of control of "parts of an undertaking", a transaction that is necessarily to be considered as a merger under the EU Merger Regulation, or rather as the creation of joint venture, a transaction that is only to be considered as a merger within the meaning of the EU Merger Regulation where this joint venture is to be full function post-transaction.

In practice, the European Commission had not been adopting a constant and consistent approach to such cases in its merger decisions and had been handling

them either as acquisitions of parts of existing undertakings, or as creations of full function joint ventures.

The matter is however of importance since the creation of a joint venture that does not meet the conditions required to be considered full function can be called into question and challenged at any time under the rules prohibiting cartels and abuses of dominance, which is not without risk for the companies concerned. In this respect, taking the view that such transactions were acquisitions of parts of another undertaking has allowed the Commission in the past to review transactions concerning a change from sole to joint control over a target that was not full function.

Asked for a preliminary ruling by an Austrian Court, in relation to a case involving the acquisition of joint control over asphalt plants, the EU Court of Justice concluded that, in case of a change from sole to joint control over an existing undertaking, a concentration is deemed to arise only if the joint venture created by such transaction is full function.

In other words, it is now clear that, amongst those transactions involving a change from sole to joint control, only those leading to the creation of a full-function joint venture are to be notified to the European Commission.

It is an important clarification, but it is not without consequence, both for European national competition authorities and companies, in particular since a number of national merger control regimes in the EU (such as the French merger control regime) apply a definition of the notion of concentration that is aligned on the European definition.

Jean-Maxime Blutel

COURT OF JUSTICE—THE COTY CASE: THE CJEU RECALLS THE RATIONALE BEHIND SELECTIVE DISTRIBUTION AND VALIDATES A CLAUSE PROHIBITING RESALE THROUGH THIRD-PARTY ONLINE PLATFORMS

Asked for a preliminary ruling by a German court on the acute issue of the prohibition of resale via third-party online platforms, the Court of Justice has first referred to the basis for resorting to selective distribution system for luxury products. The key judgments in the 1970s and 1980s were clear on the fact that selective distribution, by which a supplier conditions the right to resell its products to qualitative objective criteria, does not come under the prohibition of

comme la création d'une entreprise commune de plein exercice, sans qu'une approche constante et cohérente ne paraisse se dégager.

Or la question est d'importance puisque la constitution d'une entreprise commune ne satisfaisant pas aux conditions requises pour être considérée comme de plein exercice⁴ peut être remise en cause et faire l'objet de contestations à tout moment au titre des règles relatives aux ententes et abus de position dominante, ce qui n'est pas sans risque pour les entreprises concernées. D'ailleurs, considérer certaines opérations de cette nature comme des acquisitions de parties d'une autre entreprise avait pu permettre à la Commission de contrôler des opérations dans lesquelles l'entreprise issue de l'opération n'était pas de plein exercice.

Saisie d'une question préjudicielle d'une cour autrichienne, issue d'une affaire concernant l'acquisition d'un contrôle conjoint sur des centrales d'enrobage, la Cour de justice a conclu que, en cas de changement de la nature du contrôle exercé sur une entreprise existante qui, antérieurement exclusif, devient conjoint, une opération de concentration n'est réputée réalisée qu'à la condition que l'entreprise commune issue d'une telle opération soit de plein exercice.

En d'autres termes, il est désormais clair que, parmi les opérations impliquant le passage d'un contrôle exclusif de la cible à un contrôle conjoint, seules celles aboutissant à la création d'une entreprise commune de plein exercice relèveront de la compétence de la Commission européenne.

Il s'agit là d'une précision bienvenue, mais qui n'est pas sans conséquences pour les autorités de concurrence européennes comme pour les entreprises, d'autant que de nombreux droits nationaux au sein de l'Union européenne (comme le droit des concentrations français) appliquent une définition de la notion de concentration alignée sur la définition européenne.

Jean-Maxime Blutel

COUR DE JUSTICE — AFFAIRE COTY : LA COUR DE JUSTICE RAPPELLE LES FONDEMENTS DE LA DISTRIBUTION SELECTIVE ET VALIDE UNE CLAUSE D'INTERDICTION DE LA REVENTE SUR PLATEFORMES TIERCES

Saisie d'une question préjudicielle d'une cour allemande sur une question d'actualité brûlante d'interdiction de la revente sur plateformes internet tierces, la Cour de justice a tout d'abord pu revenir sur les fondements du recours à la distribution sélective pour les produits de luxe.⁵ Si les arrêts fondateurs des années 1970 et 1980 étaient clairs sur le fait que la distribution sélective, par laquelle un fournisseur

conditionne le droit de revendre ses produits à des critères objectifs qualitatifs, ne relève pas de l'interdiction des ententes si ces critères sont fixés et appliqués de manière non discriminatoire, si les propriétés du produit en cause nécessitent un tel réseau de distribution et si les critères ainsi définis sont proportionnés.⁶ Si cette jurisprudence a été intégrée aux règlements d'exemption verticaux successifs, dont le dernier Règlement no.330/2010, plusieurs affaires récentes ont sensiblement troublé les esprits. Tout d'abord, dans une affaire *Pierre Fabre* de 2011,⁷ la Cour de justice a considéré qu'une interdiction totale de revente sur internet ne pouvait être acceptée parce que l'objectif de préserver l'image de prestige ne saurait constituer un objectif légitime pour restreindre la concurrence. Par ailleurs, en 2012, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis relatif au commerce électronique dans lequel elle évoque le fait que les plateformes internet auraient désormais la capacité de satisfaire aux critères qualitatifs de distribution des produits.⁸ Enfin, en 2014, dans une décision *Samsung*, l'Autorité a considéré qu'une interdiction générale des ventes sur plateforme pourrait constituer un indice de restriction des ventes actives et passives.⁹ Dans d'autres Etats membres, la montée de la contestation contre les interdictions de revente sur plateforme a été encore plus forte, comme en Allemagne où l'interdiction de la revente s'agissant de chaussures de sport a été qualifiée de restriction majeure puis de restriction caractérisée dans le domaine de la distribution de parfums et cosmétiques de luxe.

Sur les fondamentaux, l'arrêt de la Cour est parfaitement rassurant pour les réseaux de distribution sélective, en particulier de produits de luxe. Il reprend sans dévier en quoi que ce soit la ligne des anciens arrêts : un système de distribution sélective de produits de luxe visant à titre principal à préserver l'image de luxe de ces produits est conforme à l'art.101(1) TFUE dès lors que les conditions évoquées ci-dessus sont remplies (critères objectifs, fixés et appliqués de façon non discriminatoire, nécessité du réseau pour préserver la qualité et l'image des produits, proportionnalité des critères). S'agissant notamment des produits de luxe, la Cour énonce que la qualité de tels produits résulte non pas uniquement de leurs caractéristiques matérielles mais également de l'allure et de l'image de prestige qui leur confèrent une sensation de luxe, que cette sensation de luxe constitue un élément essentiel desdits produits et que, dès lors, une atteinte à ladite sensation de luxe est susceptible d'affecter la qualité même de ces produits. Dans ces conditions, les produits de luxe peuvent nécessiter la mise en œuvre d'un système de distribution sélective pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage.

S'agissant ensuite de la clause d'interdiction de revente sur des plateformes internet tierces, la Cour applique les

restrictive agreements if these criteria are set and applied in a non-discriminatory manner, if the properties of the product in question require such a distribution network and if the criteria thus defined are proportioned (cf. notably the *Metro* case and *L'Oréal* case). If that case law was included in the successive vertical block exemption regulations, including in the last Regulation No.330/2010, several recent cases have created a significant climate of concern. First, in a *Pierre Fabre* case in 2011, the Court of Justice ruled that a total ban on internet sales could not be accepted because the aim of maintaining a prestigious image is not a legitimate aim to restrict competition. Besides, in 2012, the Autorité de la concurrence ("French Competition Authority") issued an opinion on e-commerce in which it mentions the fact that online platforms would now be able to meet qualitative criteria for the distribution of products. Finally, in 2014, in a *Samsung* ruling, the Authority ruled that a general ban on resale on online platforms could constitute an indicator of restriction on active and passive sales. In other Member States, the rising protest against prohibitions of resale via a platform was even stronger, like in Germany, where the ban on resale of sport shoes was considered as a major restriction, and then as a hardcore restriction in the luxury perfumes and cosmetics distribution field.

On the fundamentals, the Court ruling is fully reassuring to selective distribution networks, in particular of luxury products. The ruling follows without any deviation the early case law: a selective distribution network of luxury products aiming, primarily, at maintaining the luxury image of these products is compliant with art.101(1) TFEU, since the aforementioned conditions are met (objective criteria, set and applied in a non-discriminatory manner, requirement for the network to maintain the products' quality and image, proportionality of criteria). As for luxury products in particular, the Court states that the quality of such goods is not just the result of their material characteristics but also of the allure and prestigious image which bestow on them an aura of luxury, that that aura is an essential component of the said goods and that, accordingly, an impairment to that aura of luxury is likely to affect the quality of those goods. In these conditions, the luxury products may require the implementation of a selective distribution network to maintain their quality and ensure their proper use.

Secondly, as regards the clause prohibiting resale on third-party online platforms, the Court applies the

conditions required by its case law to validate the selective distribution criteria and considers the proportionality of that prohibition. The Court first considers that the obligation imposed on distributors only to sell through their own shops is appropriate compared to the objective pursued as it guarantees suppliers that the goods are exclusively distributed by approved distributors, and allows them monitoring that their goods will be sold online in an environment that corresponds to the conditions agreed with their approved distributors while the absence of any contractual relationship between the supplier and the third-party online platform precludes suppliers from requiring the same from these platforms, which also constitute a sale channel for all types of goods. Secondly, the Court notes that the ban in question does not go beyond what is necessary, for it does not prohibit any online sale, that it remains possible for distributors to use platforms that are not visible to the consumer and that, in practice, the most important distribution channel on the internet is made up of the distributors' own online shops.

The prohibition clause concerned does not constitute a hardcore restriction under the vertical regulation either on the ground it would induce a restriction of customers (art.4(b)) nor a restriction of passive sales to end-users (art.4(c)).

The rationale of the Court relies on almost every point on the specificities of the luxury industry, which leaves some uncertainty about the transposition of the conditions set and reviewed to other areas of selective distribution. The effective implementation of the Court's interpretation of the facts of this case by the referring German Court will also be closely watched.

Nathalie Jalabert-Doury

**GENERAL COURT — THE GENERAL COURT
RECALLS THE EUROPEAN COMMISSION'S
PROCEDURAL OBLIGATIONS IN CASE OF
"HYBRID" SETTLEMENT**

On 10 November 2017, the General Court ("GC") partially annulled the decision delivered by the European Commission ("EC") in which it imposed a fine to a broker that facilitated cartels relating to Yen interest rate derivatives. In its judgment, the GC in particular recalls the EC's procedural obligations when dealing with "hybrid" settlement cases.

conditions requises par sa jurisprudence pour valider les critères de distribution sélective et examine la proportionnalité de cette interdiction. La Cour estime tout d'abord que l'obligation faite aux distributeurs de ne vendre que par leurs propres boutiques est appropriée par rapport à l'objectif poursuivi parce qu'elle garantit au fournisseur que les produits sont rattachés exclusivement aux distributeurs agréés et lui permet de contrôler que ses produits seront vendus en ligne dans un environnement qui correspond aux conditions convenues avec ses distributeurs agréés alors que l'absence de relation contractuelle entre le fournisseur et la plateforme tierce fait obstacle à ce que le fournisseur puisse exiger la même chose de ces plateformes, qui constituent d'ailleurs un canal de vente pour tous types de produits. La Cour constate en second lieu que l'interdiction en cause ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire parce qu'elle n'interdit pas toute vente sur internet, qu'il demeure possible aux distributeurs d'utiliser des plateformes non visibles pour le consommateur et qu'en pratique le canal de distribution le plus important sur internet est constitué par les boutiques en ligne propres des distributeurs.

La clause d'interdiction en question ne constitue pas non plus une restriction caractérisée dans le cadre du règlement vertical au motif qu'elle induirait une restriction de la clientèle (art.4(b)) ou une restriction des ventes passives aux utilisateurs finals (art.4(c)).

L'argumentation de la Cour fait appel sur presque tous les points abordés aux spécificités du domaine du luxe, ce qui laisse subsister quelques incertitudes sur la transposition des conditions posées et étudiées à d'autres domaines de la distribution sélective. La mise en œuvre effective de l'interprétation de la Cour aux faits de l'espèce par la juridiction allemande saisissante sera également observée de près.

Nathalie Jalabert-Doury

**TRIBUNAL DE L'UNION EUROPEENNE — LE TRIBUNAL
RAPPELLE LES OBLIGATIONS PROCEDURALES DE LA
COMMISSION DANS LE CADRE DES TRANSACTIONS
« HYBRIDES »**

Le 10 novembre 2017, le Tribunal de l'Union européenne (« Tribunal ») a rendu un arrêt annulant partiellement la décision par laquelle la Commission européenne (« Commission ») a infligé une amende à un courtier ayant joué un rôle de facilitateur dans des ententes relatives aux produits dérivés de taux d'intérêt libellés en yens.¹⁰ Par cet arrêt, le Tribunal rappelle les obligations procédurales qui incombent à la Commission dans le traitement des transactions « hybrides ».

En 2013, la Commission a infligé des amendes d'un montant total d'environ 670 millions d'euros aux banques UBS, RBS, Deutsche Bank Citigroup et JP Morgan, ainsi qu'au courtier RP Martin, pour avoir participé à une ou plusieurs ententes entre 2007 et 2010 dans le secteur des produits dérivés de taux d'intérêts en yens.¹¹ Les infractions reprochées prenaient la forme d'une coordination entre traders des soumissions concernant le Libor en yens. Ces sociétés ont pu obtenir une réduction d'amende par voie de transaction en reconnaissant leur participation aux ententes.

Le groupe Icap qui, selon la Commission, a facilité les ententes en fournissant des estimations aux acteurs du marché, tant sur les volumes disponibles que sur les prix, a décidé de ne pas transiger, si bien que la procédure normale lui a été appliquée. A l'issue de cette procédure, Icap a été condamné à une amende d'environ 15 millions d'euros,¹² ce qui l'a conduit à introduire un recours devant le Tribunal en annulation de cette décision.

Le Tribunal confirme l'analyse de la Commission selon laquelle les infractions reprochées à Icap étaient restrictives de concurrence par leur objet en ce que la coordination était destinée à influencer l'étendue des paiements dus par les banques concernées, ou devant leur être versés.

Le Tribunal annule toutefois partiellement la décision de la Commission. D'abord, il considère que la Commission n'a pas apporté de preuves suffisantes à démontrer l'implication d'Icap dans l'une des ententes sanctionnées. Ensuite, il estime que les éléments de preuves apportés par la Commission ne permettraient pas d'aboutir à la durée retenue pour trois des ententes dans lesquelles Icap était supposément impliqué. Enfin, il annule la partie de la décision fixant les amendes aux différentes entités du groupe Icap, dans la mesure où la Commission n'a pas explicité dans sa décision la méthodologie appliquée afin de déterminer le montant des amendes infligées.

En outre, et ce point est assurément le véritable intérêt de cet arrêt, le Tribunal rappelle que dans les hypothèses de transaction « hybride », la Commission est tenue de respecter la présomption d'innocence de l'entreprise n'ayant pas transigé. Or, en l'espèce, la décision de la Commission adoptée en 2013 à la suite de la procédure de transaction à laquelle Icap n'avait pas participé faisait ressortir de manière « particulièrement nette » la position de la Commission quant à la participation d'Icap aux comportements infractionnels retenus à l'égard des banques concernées. Il était d'ailleurs notable que, dans cette décision, la Commission faisait explicitement référence à l'arrêt AC-Treuhand,¹³ qui constitue le premier cas de condamnation d'un tiers facilitateur de cartel sur le fondement de l'art.101(1) TFUE.

Paul Dodeller

In 2013, the EC imposed fines totalling around €670 million on the banks UBS, RBS, Deutsche Bank, Citigroup, JP Morgan and on the broker RP Martin for participating in one or more cartels, between 2007 and 2010, in the Yen interest rate derivatives sector. The alleged infringements took the form of a coordination between traders of JPY Libor submissions. These companies were able to obtain a settlement-based reduction of the fine by admitting their involvement in the cartels.

The Icap group ("Icap") which, according to the EC, facilitated cartels by providing quotes to participants on that market showing both the volumes available and prices, decided not to settle the case, so that the normal procedure applied to it. Ultimately, Icap was sentenced to a fine of approximately €15 million which led it to bring the case before the GC.

The GC upholds EC's findings considering that the alleged infringements by Icap were restrictive of competition by object since the coordination was intended to influence the extent of the payments due by, or to, the banks concerned.

The GC however partially annuls the EC's decision. Firstly, it considers that the EC did not provide sufficient evidence demonstrating the involvement of Icap in one of the cartels. Secondly it considers that the evidence adduced by the EC did not warrant the duration of three of the cartels in which Icap was deemed to have participated. Lastly, it annuls the part of the decision setting fines to the different entities of the Icap group considering that the EC did not sufficiently explain the methodology applied to determine these fines.

Moreover, and this is undoubtedly the main interest of this judgment, the GC reiterates that in "hybrid" settlement cases, the EC shall respect the presumption of innocence of the company which is not involved in the settlement. In the present case, however, the EC's decision adopted in 2013 following the settlement procedure in which Icap did not participate revealed "very clearly" the EC's position regarding the involvement of Icap in the cartels. In that regard, it was noteworthy that the decision made explicit reference to the AC-Treuhand judgment, which is the first case where a third party had been condemned on the basis of art.101(1) TFEU for having facilitated a cartel.

Paul Dodeller

MEMBER STATES

FRANCE—THE FCA IMPOSED SANCTIONS TOTALING €302 MILLION ON THREE LEADING MANUFACTURERS FOR THEIR PARTICIPATION IN A CARTEL IN THE FLOOR COVERING SECTOR

On 19 October 2017, the French Competition Authority ("FCA") imposed fines totaling €302 millions on the three leading floor coverings manufacturer in France and a trade association for their participation in a cartel which lasted from 9 to 23 years.

According to the FCA, the three manufacturers of PVC and linoleum floor coverings implemented several anti-competitive agreements in order to coordinate their sales and prices policy in view to eliminate potential competition and stabilise their respective market share. Exchanges of sensitive information between the three competitors notably took place during the trade association meetings. The FCA found that the trade association played an active role in these discussions as it collected information from its members, including the three leading manufacturers, relating to trading volumes, revenues per product category and sales forecasts, and passed on their respective declarations in full. The three manufacturers also concluded a non-compete agreement concerning communications relating to the environmental performance of their products, so that competition based on this criterion was avoided.

This decision is the first in France where the new settlement procedure and the leniency procedure were cumulatively applied to the parties.

Two of the concerned manufacturers applied for leniency after the dawn raids conducted by the FCA in 2013 and were granted a fine reduction (the exact percentage was not specified) taking into account of the quality of the evidence provided and their cooperation during the investigation.

Furthermore, all parties agreed not to challenge the FCA's statement of objections and requested a settlement procedure in which the investigating body of the FCA sets a maximum and minimum amount of the penalty incurred. Those amounts and the details of the calculation method are kept confidential. The confidentiality of this procedure was confirmed by the Paris Court of Appeal on 6 July 2017 in the *Direct Energie/Engie* case. The FCA also specified that the compliance program commitments did not justify

ETATS MEMBRES

FRANCE — L'AUTORITE SANCTIONNE A HAUTEUR DE 302 MILLIONS D'EUROS LES TROIS PRINCIPAUX FABRICANTS DE REVETEMENTS DE SOLS POUR LEUR PARTICIPATION A UNE ENTENTE

Le 19 octobre 2017, l'Autorité de la concurrence (l'« Autorité ») a sanctionné à hauteur de 302 millions d'euros les trois principaux fabricants de revêtements de sol en France et une association professionnelle pour leur participation à une entente anticoncurrentielle pendant 9 à 23 ans.¹⁴

Selon l'Autorité, les trois fabricants de revêtements de sol en PVC et linoleum ont mis en œuvre des accords anticoncurrentiels afin de coordonner leurs politiques de vente et de prix et donc d'éliminer toute concurrence potentielle et de stabiliser leur part de marché. Les échanges d'informations commercialement sensibles entre les trois concurrents avaient notamment lieu lors des réunions de l'association professionnelle dont ils sont membres. L'Autorité a ainsi relevé que l'association professionnelle en cause avait joué un rôle actif dans ces discussions dès lors qu'elle organisait la collecte des informations relative à ses membres, portant notamment sur les volumes commercialisés, le chiffre d'affaires réalisé par type de produit et les prévisions de vente, et faisait circuler leurs déclarations respectives dans leur intégralité. Les trois fabricants avaient également conclu un accord de non-concurrence concernant leur communication sur les performances environnementales de leurs produits, de telle sorte que toute concurrence basée sur ce critère soit écartée.

Cette décision est la première en France où les parties ont cumulé le bénéfice de la nouvelle procédure de transaction et de la procédure de clémence.

Deux des trois fabricants ont fait une demande de clémence suite aux visites et saisies effectuées par l'Autorité en 2013 et ont obtenu une réduction de leur amende à ce titre. Le pourcentage de réduction n'est pas spécifié dans la décision mais l'Autorité a indiqué avoir tenu compte de la qualité des preuves apportées et de la coopération de ces sociétés au cours de l'enquête.

Toutes les parties mises en cause ont également choisi de ne pas contester les griefs soulevés par l'Autorité et ont demandé le bénéfice de la procédure de transaction, dans laquelle les services d'instruction de l'Autorité proposent un montant minimum et maximum de la sanction encourue. Ces montants et le détail de la méthode de calcul utilisée ne sont pas divulgués. Le caractère confidentiel de cette procédure avait par ailleurs été confirmé par la Cour

d'appel de Paris le 6 juillet 2017 dans une affaire *Direct Energie/Engie*.¹⁵ L'Autorité a également précisé que les engagements concernant la mise en œuvre d'un programme de conformité ne pouvaient désormais plus justifier une réduction des amendes dans le cadre de la procédure de transaction.

Peu après la publication de la décision, l'Autorité a officiellement annoncé dans un communiqué¹⁶ que l'ancienne procédure de transaction (non-contestation des griefs), en vertu de laquelle les parties pouvaient négocier un pourcentage de réduction de l'amende, notamment au regard de la mise en œuvre d'un programme de conformité, était remplacée par la nouvelle procédure prévue dans la « Loi Macron » du 6 août 2015. En outre, l'Autorité a indiqué que la méthode de calcul des sanctions pécuniaires établie dans le Communiqué du 16 mai 2011 allait être prochainement mise à jour pour en tenir compte. Enfin, l'Autorité a confirmé que les engagements visant à la mise en œuvre d'un programme de conformité ne pourraient plus justifier une réduction de l'amende, particulièrement s'agissant d'infractions d'une particulière gravité telles que les ententes et échanges d'informations sur les prix futurs et la politique commerciale.

Estelle Leclerc

ROYAUME-UNI — LA FCA PREND LA MESURE DE SES POUVOIRS EN MATIERE DE CONCURRENCE EN EFFECTUANT SON PREMIER RENVOI A LA CMA ET EN DELIVRANT SA PREMIERE NOTIFICATION DES GRIEFS

Le 14 septembre¹⁷ et le 29 novembre¹⁸ 2017, la Financial Conduct Authority (« FCA ») a, respectivement, et ce pour la première fois, procédé au renvoi d'un dossier à l'autorité de concurrence britannique, la Competition and Markets Authority (« CMA »), et délivré une notification des griefs dans le cadre des pouvoirs qui lui ont été attribués pour l'application des règles de concurrence.

Depuis la réforme du droit de la concurrence britannique introduite par le Enterprise and Regulatory Reform Act de 2013, en vigueur depuis avril 2015, la FCA exerce en effet, concurremment avec la CMA, les pouvoirs prévus par le Competition Act de 1998. En vertu de ces pouvoirs, la FCA met en œuvre l'interdiction des accords et pratiques anticoncurrentielles prévue tant par le droit de l'Union que par le droit national, dans la mesure où ces accords et pratiques concernent les services financiers. Dans ce cadre, la FCA peut mener des enquêtes et sanctionner elle-même les infractions aux règles de concurrence, mais également procéder au renvoi à la CMA d'un dossier si elle estime que cette dernière est la mieux placée pour le traiter.

anymore a reduction in the penalties in the frame of the settlement procedure.

Shortly after this decision was released, the FCA officially announced that the previous settlement procedure ("non contestation des griefs"), pursuant to which companies could negotiate a percentage reduction of the fine notably on account of the implementation of a compliance program, was replaced by the new procedure set out in the "Macron law" of 6 August 2015. In addition, the FCA indicated that the method to determine pecuniary sanctions set out in the notice of 16 May 2011 shall also be updated but no precise date has been specified at this stage. Finally, the FCA confirmed that commitments concerning the implementation of a compliance program would not anymore justify a reduction of the fine particularly in cases involving serious offences such as cartel cases.

Estelle Leclerc

UNITED KINGDOM—THE FCA SIZES UP ITS NEW COMPETITION POWERS BY MAKING ITS FIRST REFERRAL TO THE CMA AND BY ISSUING ITS FIRST STATEMENT OF OBJECTIONS

On 14 September and 29 November 2017, the Financial Conduct Authority ("FCA") has, for the first time, referred a case to the Competition and Markets Authority ("CMA") and issued a statement of objections under its powers of enforcement of competition rules.

Since the reform of UK competition law introduced by the Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, which has been in effect since April 2015, the FCA exercises, concurrently with the CMA, the powers set out in the Competition Act 1998. Under these powers, the FCA implements the prohibition of anticompetitive agreements and practices provided for by both EU law and national law, insofar as these agreements and practices concern financial services. In this context, the FCA can either investigate and punish itself infringements of competition rules, or make a reference to the CMA if it considers the latter to be best positioned to deal with the case.

First, the FCA took the decision to make a “Market Investigation Reference” (“MIR”) to the CMA in relation to the investment consultancy and fiduciary management services market. Service providers in the sector manage a significant part of the savings and pensions of the UK population. The FCA identified four key features that may prevent, limit or distort competition in this market: (i) a weak demand-side with pension trustees relying heavily on the expertise of investment consultants; (ii) relatively high levels of concentration and relatively stable market shares; (iii) important barriers to entry and expansion for new and small players; and (iv) vertical integration business creating conflicts of interest. The FCA was apparently not convinced by the remedies proposed by the main players of the sector to ensure the proper functioning of competition. The CMA now has 18 months to complete its investigation.

Secondly, the FCA issued a statement of objections to four asset management firms (Artemis Investment Management LLP, Hargreave Hale Ltd, Newton Investment Management Limited et River & Mercantile Asset Management LLP) for having shared between 2014 and 2015 sensitive information on prices within the framework of initial public offerings (“IPOs”) and placing, shortly before the share prices were set. The companies condemned were invited to submit written and oral observations before the FCA makes a final decision. In accordance with the Competition Act 1998 and art.101 TFEU, the companies can be fined up to 10 per cent of the annual worldwide group turnover.

Paul Dodeller

LITHUANIA—REVISED MERGER NOTIFICATION THRESHOLDS ENTER IN FORCE

On 1 January 2018, the revised merger thresholds in Lithuania introduced by the Competition Council (“KT”) entered into force. Under the new thresholds, a transaction shall be notified to the KT where:

En premier lieu, la FCA a pris la décision d'effectuer une « MIR » (« Market Investigation Reference ») à la CMA, soit de renvoyer le dossier pour examen approfondi de la situation concurrentielle sur le marché des services de conseil d'investissement et de gestion fiduciaire. Les prestataires de services du secteur gèrent une partie significative de l'épargne et des retraites des britanniques. L'autorité a identifié quatre facteurs susceptibles d'empêcher, de limiter ou de fausser le jeu de la concurrence sur ce marché : (i) la faiblesse de la demande avec des fonds de pension dépendants de l'expertise des consultants ; (ii) des niveaux de concentration relativement élevés et des parts de marchés stables ; (iii) l'existence de barrières à l'entrée et à l'expansion importantes pour les nouveaux entrants et/ou les acteurs de petite taille ; et (iv) une intégration verticale des activités sur ce marché créant un risque de conflit d'intérêts. La FCA n'a pas été convaincue par les remèdes proposés par les principaux acteurs du secteur pour assurer le bon fonctionnement de la concurrence. La CMA dispose à présent d'un délai de 18 mois pour mener à bien son enquête.

En second lieu, la FCA a délivré une notification des griefs à l'égard de quatre sociétés de gestion d'actifs (Artemis Investment Management LLP, Hargreave Hale Ltd, Newton Investment Management Limited et River & Mercantile Asset Management LLP) pour avoir partagé entre 2014 et 2015 des informations sensibles sur les prix dans le cadre d'offres publiques initiales (« Initial Public Offerings » ou « IPOs ») et de placements de titres, peu de temps avant que le prix des actions soit fixé. Les sociétés concernées ont été invitées à présenter des observations avant que la FCA ne statue de manière définitive. Conformément au Competition Act de 1998 et à l'art.101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les sociétés en cause risquent une amende pouvant aller jusqu'à 10 pour cent du chiffre d'affaires mondial de l'ensemble du groupe auquel elles appartiennent.

Paul Dodeller

LITUANIE — ENTREE EN VIGUEUR DE NOUVEAUX SEUILS DE NOTIFICATION DES OPERATIONS DE CONCENTRATION

Le 1 janvier 2018, les nouveaux seuils de notification des opérations de concentration au Competition Council lituanien (« KT ») sont entrés en vigueur. Conformément aux nouveaux seuils, toute opération doit être soumise à l'autorisation du KT lorsque :

- le chiffre d'affaires cumulé des parties à l'opération est supérieur à 20 millions d'euros (auparavant 14,5 millions d'euros) ; et
- le chiffre d'affaires de chacune d'au moins deux parties à l'opération est supérieur à 2 millions d'euros (auparavant 1,45 millions d'euros).

Jean-Maxime Blutel

- the combined Lithuanian turnover of the parties to the transaction exceeds €20 million (previously €14.5 million); and
- the Lithuanian turnover of each of at least two parties to the transaction exceeds €2 million (previously €1.45 million).

Jean-Maxime Blutel

INTERNATIONAL

THAÏLANDE — INTRODUCTION D'UN CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS EX ANTE ET EX POST

Le 7 juillet 2017, le gouvernement thaïlandais a publié dans la Royal Gazette une nouvelle loi sur la concurrence, le nouveau Trade Competition Act, qui est entrée en vigueur le 5 octobre 2017.¹⁹ Cette loi crée un contrôle des concentrations à la fois ex ante et ex post :

- Contrôle ex ante : toute fusion ou acquisition qui aboutirait à la création d'un monopole ou d'une position dominante doit être notifiée pour autorisation à l'Office of Trade Competition Commission (« OTCC »), avant le closing ;
- Contrôle ex post : toute fusion ou acquisition susceptible de « réduire substantiellement la concurrence » sur un marché doit être notifiée pour autorisation à l'Office of Trade Competition Commission (« OTCC ») dans les sept jours à compter de la réalisation de l'opération.

Conformément à la nouvelle loi, la OTCC devrait publier des lignes directrices dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de la loi pour détailler les règles de fond et de procédure, notamment les seuils de notification, relatives à ce double contrôle des concentrations. Dans l'intervalle, le régime n'est pas applicable.

Paul Dodeller

SINGAPOUR — AMENDE RECORD INFLIGÉE PAR LA CCS POUR LE CARTEL DES CONDENSATEURS

Le 5 janvier 2018, la Competition Commission of Singapore (« CCS ») a infligé une amende d'un montant d'environ 19,5 millions de dollars singapouriens (environ 12 millions d'euros) à cinq fabricants de condensateurs électrolytiques à l'aluminium pour diverses pratiques anticoncurrentielles sur le marché.²⁰ Il s'agit de l'amende la plus importante prononcée à ce jour par la CCS.

Suite aux informations obtenues dans le cadre de la clémence, la CCS a découvert que ELNA Electronic,

INTERNATIONAL

THAILAND—INTRODUCTION OF A DUAL MERGER CONTROL SYSTEM

On 7 July 2017, the Thai Government published the new Trade Competition Act ("Act") in the Royal Gazette, which entered into force on 5 October 2017. The Act provides for a dual merger control system:

- Premerger approval: any merger or acquisition which may result in a monopoly or a dominant position shall be notified to the Office of Trade Competition Commission ("OTCC") prior to closing.
- Post-merger approval: any merger or acquisition that may "substantially reduce competition" shall be notified to the OTCC within seven days from the date of completion of the transaction.

Under the Act, the OTCC should issue guidelines within 365 days from the date the new Act become effective to detail the substantive and procedural rules, in particular the notification thresholds, relating to this new dual merger control system. Until then, the regime is not applicable.

Paul Dodeller

SINGAPORE—RECORD FINES IMPOSED BY THE CCS ON CAPACITOR MANUFACTURERS

On 5 January 2018, the Competition Commission of Singapore ("CCS") fined five manufacturers about SGD 19.5 million (approx. €12 million) for engaging in anticompetitive practices in the sale of aluminum electrolytic capacitors ("AECs"). This is the most significant fine handed down to date by the CCS.

Following information obtained thanks to the leniency program, the CCS found that, between 1997 and 2013,

ELNA Electronic, Nichicon, Panasonic, Rubycon, Singapore Chemi-con: (i) exchanged confidential and sensitive commercial information on quotations to their customers, sales volumes, production capacities, business plans and price strategies; (ii) coordinated their selling prices and in particular prices increases; and (iii) collectively opposed to customers refusals to reduce prices.

To determine the amount of the fine imposed, the CCS took into account the homogeneous nature of the products concerned, the high level of combined market shares and the long duration of the practices. First of all, the CCS observed that ACEs are relatively homogeneous products and therefore that competition in this market takes place mainly on prices and that the main purpose of the cartel was exactly to exchange information on prices and coordinate price policies. The adverse effects for the consumer have therefore been particularly important. Subsequently, the CCS noted that the market for the supply of ACEs in Singapore is a concentrated market since the participants to the cartel accounted for 2/3 of the total market shares. This reinforced the gravity of the practices. Finally, the cartel has thrived over a 16-year period which mathematically increases significantly the amount of the fines since their basic amount is multiplied by the number of years during which the practices took place.

It should be noted that Panasonic has been exempted from fines since it was the first applicant for leniency and that, with the exception of Nichicon, the other cartel participants have obtained a fine reduction.

Paul Dodeller

COOPERATION

EUROPEAN UNION & CHINA—THE EUROPEAN COMMISSION AND CHINA STARTED A NEW COOPERATION ON STATE AID CONTROL

On 2 June 2017, the DG Competition of the European Commission and China signed a Memorandum of understanding to start a new dialogue on State aid control, in order to create mechanisms for consultation, cooperation and transparency in this field. This Memorandum complements the existing cooperation framework signed in 2004 between DG Competition and the Ministry of Commerce of China (MOFCOM) in the field of competition policy and enforcement.

Nichicon, Panasonic, Rubycon, Singapore Chemi-con ont, entre 1997 et 2013 : (i) échangé des informations commerciales confidentielles et sensibles sur les devis adressés à leurs clients, les volumes de vente, les capacités de production, les *business plans* et les stratégies sur les prix ; (ii) coordonné leurs prix de vente et en particulier les augmentations de prix ; et (iii) opposé collectivement des refus de baisse de prix à leurs clients.

Pour déterminer le montant de l'amende, la CCS a pris en compte la nature homogène du produit en cause, la part de marché élevée de l'ensemble des parties et la longue durée des pratiques. Tout d'abord, la CCS a observé que les condensateurs électrolytiques à l'aluminium sont des produits relativement homogènes et donc que la concurrence sur ce marché s'exerce principalement sur les prix. Or, le cartel avait essentiellement pour objet l'échange d'informations sur les prix et la coordination des politiques de prix. Les effets négatifs pour le consommateur ont dès lors été particulièrement importants. Ensuite, la CCS a relevé que le marché de la fourniture de condensateurs électrolytiques à l'aluminium à Singapour est un marché concentré puisque les participants au cartel représentaient les deux tiers des parts de marché, ce qui renforce la gravité des pratiques. Enfin, le cartel a prospéré sur une période de 16 ans ce qui augmente mathématiquement le montant de l'amende de manière significative puisque son montant de base est multiplié par le nombre d'années au cours desquelles les pratiques se sont déroulées.

Il est à noter que Panasonic a été exemptée d'amende en tant que primo-demandeur de la clémence et que, à l'exception de Nichicon, les autres participants au cartel ont obtenu une réduction d'amende.

Paul Dodeller

COOPERATION

UNION EUROPEENNE & CHINE — LA COMMISSION ET LA CHINE DEMARRENT UNE NOUVELLE COOPERATION EN MATIERE DE CONTROLE DES AIDES D'ETAT

Le 2 juin 2017, la DG Concurrence et la Chine ont signé un protocole d'accord²¹ instaurant un nouveau dialogue en matière de contrôle des aides d'Etat dans l'objectif de créer des mécanismes de consultation, une plus grande coopération et de la transparence dans ce domaine. Ce protocole vient compléter le cadre de coopération existant signé par la DG Concurrence et le ministère du Commerce chinois (MOFCOM) en 2004 en matière de politique de concurrence et de sa mise en œuvre.

L'objectif de ce protocole d'accord relatif au contrôle des aides d'Etat est d'améliorer la compréhension mutuelle et la sensibilisation aux tendances actuelles et futures ainsi qu'aux récents développements des politiques de concurrence en la matière dans l'Union européenne et en Chine. Les deux parties ont également confirmé que le contrôle des aides d'Etat était un facteur important dans la protection des intérêts des consommateurs et de la sécurité juridique pour les acteurs du marché. Une telle coopération a enfin pour objectif affiché de contribuer au maintien des bonnes relations commerciales entre l'Union européenne et la Chine.

The purpose of this Memorandum on State aid control is to increase mutual understanding and awareness of current and forthcoming trends and expected developments of relevant policy in the EU and China. Both parties have expressed that State aid control is an important factor in ensuring consumer welfare as well as legal certainty for the business community in the market. Such cooperation aims also at contributing to smooth and sustainable trade relations between China and the European Union, according to the parties.

Estelle Leclerc

Estelle Leclerc

Notes

1. Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 14 novembre 2017, rendu dans l'affaire *Président de l'Autorité de la concurrence c/. APVE e.a.* (C-671/15)
2. Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 7 septembre 2017 dans l'affaire C-248/16, *Austria Asphalt GmbH & Co. OG c/. Bunderskartellanwalt*.
3. Règlement européen No.139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, art.3.
4. Ces conditions sont détaillées dans la Communication consolidée sur la compétence de la Commission européenne en vertu du Règlement no.139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.
5. Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 6 décembre 2017 rendu dans l'affaire *Coty Germany GmbH c/. Parfümerie Akzente GmbH* (C-230/16).
6. Voir, notamment, Cour de justice de la Communauté européenne, arrêt du 25 octobre 1977 rendu dans l'affaire *Metro SB-Grossmärkte GmbH e.a. c/. Commission* (26/76) et arrêt du 11 décembre 1980 rendu dans l'affaire *L'Oréal e.a.* (31/80).
7. Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 13 octobre 2011 rendu dans l'affaire *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c/. Président de l'Autorité de la concurrence et ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi* (C-439/09)
8. Autorité de la concurrence, Avis no.12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.
9. Autorité de la concurrence, Décision no.14-D-07 du 23 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits bruns, en particulier des téléviseurs.
10. Tribunal de l'Union européenne, arrêt du 10 novembre 2017 rendu dans l'affaire *Icap c/. Commission* (T-180/15).
11. Commission européenne, Décision C(2013) 8602 final du 4 décembre 2013 (affaire AT.39861 — Produits dérivés de taux d'intérêt libellés en yens).
12. Commission européenne, Décision C(2015) 432 final du 4 février 2015 (affaire AT.39861 — Produits dérivés de taux d'intérêt libellés en yens).
13. Tribunal de première instance des communautés européennes, arrêt du 8 juillet 2008 dans l'affaire *AC-Treuhand c/. Commission* (T-99/04).
14. Autorité de la concurrence, Décision no.17-D-20 du 18 octobre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients.
15. Cour d'appel de Paris, arrêt no.2017/07296 du 6 juillet 2017 *Direct Energie c/. Engie*.
16. Autorité de la concurrence, Communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité.
17. Financial Conduct Authority, Final Decision : Market Investigation Reference (MIR) on investment consultancy services and fiduciary management service, 14 septembre 2017.
18. Financial Conduct Authority, Communiqué de presse : « *FCA issues first statement of objections to four asset management firms* », 29 novembre 2017.
19. Trade Competition Act B.E. 2560 publié le 7 juillet 2017.
20. Competition Commission of Singapore, 5 janvier 2018, Décision no.700/002/13.
21. *Memorandum of Understanding on a dialogue in the area of the State aid control regime and the Fair Competition Review System*, 2 juin 2017.

**6. ARBITRAGE INTERNATIONAL ET AUTRES MODES DE REGLEMENT DES
CONFLITS**
**INTERNATIONAL ARBITRATION AND ALTERNATIVE DISPUTE
RESOLUTION**

LES « BREVES »

BRIEFING

Antonio MUSELLA* et Živa FILIPIČ**

LT Alternative dispute resolution; Arbitral proceedings; Damages; Diplomatic immunity; Egypt; Foreign awards; France; International arbitration; Italy; Recognition of judgments

TRIBUNAUX JUDICIAIRES

FRANCE : Les missions diplomatiques des Etats étrangers bénéficient, pour le fonctionnement de la représentation de l'Etat accréditaire et les besoins de sa mission de souveraineté, d'une immunité d'exécution autonome à laquelle il ne peut être renoncé que de façon expresse et spéciale : Le 3 mars 1993, la République du Congo s'engage auprès de la société Commisimpex à renoncer définitivement et irrévocablement à toute immunité de juridiction et d'exécution. Le 3 décembre 2000 une sentence arbitrale est rendue sous l'égide de la CCI. Le 12 octobre 2011, en exécution de la sentence arbitrale, Commisimpex fait pratiquer, entre les mains d'une banque, une saisie-attribution de comptes ouverts dans ses livres au nom de la mission diplomatique à Paris de la République du Congo et de sa délégation auprès de l'UNESCO.

La République du Congo introduit un recours à l'encontre d'une telle mesure. Par un arrêt du 15 novembre 2012, la Cour d'appel de Versailles confirme le jugement de première instance prononçant la mainlevée des saisies au motif que selon le droit international coutumier, les missions diplomatiques des Etats étrangers bénéficient, pour le

STATE COURTS

FRANCE: For the representation of the receiving State and the needs of its sovereign mission, the diplomatic missions of foreign States enjoy an autonomous immunity from execution which can only be waived in an express and specific manner: On 3 March 1993, the Republic of the Congo committed to the company Commisimpex, definitively and irrevocably, and to not invoke any immunity from jurisdiction and execution. On 3 December 2000 an arbitral award was released under the auspices of the ICC. On 12 October 2011, Commisimpex sought enforcement of the arbitral award and attached bank accounts held in a French bank under the name of the diplomatic mission in Paris of the Republic of Congo and its delegation to the UNESCO.

The Republic of the Congo lodged an appeal against such a measure. With a decision of 15 November 2012, the Versailles Court of Appeal affirmed the judgment of the first instance court which lifted the attachments on the grounds that under customary international law, for the operation of representation of the receiving State and the needs of its sovereign mission, the diplomatic

* Avocat au Barreau de Paris, Castaldi Partners, Chargé d'enseignements à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1) et à l'Université de Poitiers.

** Managing Counsel, International Court of Arbitration — International Chamber of Commerce, Paris.

missions of foreign States enjoy an autonomous immunity from execution which can only be waived in an express and specific manner.

The decision was appealed in cassation on 13 May 2015. The *Cour de cassation* annulled the Court of Appeal's decision.

On 30 June 2016, the Paris Court of Appeal was seized on remand and declared valid the attachments performed by the company Commissimpex on the grounds that the customary international law doesn't require a waiver other than express of immunity from execution.

The Republic of the Congo appealed again to the *Cour de cassation*.

Firstly, the *Cour de cassation* finds that the two new provisions (articles L. 111-1-2 and L. 111-1-3) resulting from Law 2016-1691, which subordinate the validity of the waiver by a foreign State of its immunity from execution to the double condition that this waiver is express and special, contradict the isolated doctrine resulting from the judgment of 13 May 2015, but enshrine the previous jurisprudence.

In addition, the Court held that, although these new provisions do not apply to the present case, in view of the overriding need, in an area affecting the sovereignty of States and the preservation of their diplomatic representations, to treat similar situations in the same way, the objective of consistency and legal certainty required a return to the position of the case-law which was in conformity with these new legislative provisions.

COURTS: MEMBER STATES OF THE EUROPEAN UNION

ITALY: Punitive damages are not be contrary to Italian international public policy if they have a legal source which ensures predictability and legal certainty: Following an accident during a motocross competition, a motorcyclist has acted against the manufacturer and the distributor of the helmet. The helmet distributor has agreed to enter into a settlement agreement with the victim, which was confirmed by three US court decisions

The victim sought recognition of the US judgments before the Italian courts and the opposing party objected to them on the basis that they were contrary to public policy, given that the settlement fixed the amount "in respect of all the claims for compensation by Mr. X, including that for punitive damages".

fonctionnement de la représentation de l'Etat accréditaire et les besoins de sa mission de souveraineté, d'une immunité d'exécution autonome à laquelle il ne peut être renoncé que de façon expresse et spéciale.

Objet d'un pourvoi en cassation, le 13 mai 2015, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel.

Le 30 juin 2016, la Cour d'appel de Paris est saisie sur renvoi et déclare régulières les saisies pratiquées par la société Commisimpex au motif que le droit international coutumier n'exige pas une renonciation autre qu'expresse à l'immunité d'exécution.

La République du Congo forme un autre pourvoi en cassation.

La Cour de cassation constate d'abord que les deux nouvelles dispositions (arts L. 111-1-2 et L. 111-1-3) issues de la Loi no.2016-1691, subordonnent la validité de la renonciation par un Etat étranger à son immunité d'exécution, à la double condition que cette renonciation soit expresse et spéciale, contredisent la doctrine isolée résultant de l'arrêt du 13 mai 2015, mais consacrent la jurisprudence antérieure.

La Cour ensuite considère que bien que ces dispositions ne s'appliquent pas au présent litige, compte tenu de l'impérieuse nécessité, dans un domaine touchant à la souveraineté des Etats et à la préservation de leurs représentations diplomatiques, de traiter de manière identique des situations similaires, l'objectif de cohérence et de sécurité juridique imposait de revenir à la position de la jurisprudence qui étaient conforme à ces nouvelles dispositions législatives.

TRIBUNAUX JUDICIAIRES : ETATS MEMBRES DE L'UNION EUROPEENNE

ITALIE : Les dommages et intérêts punitifs ne sont pas contraires à l'ordre public international italien dès lors que ceux-ci ont une source légale qui permette d'assurer la prévisibilité et la sécurité juridique : A la suite d'un accident intervenu pendant une compétition de motocross, un motocycliste agit contre le producteur et le distributeur du casque. Le distributeur du casque accepte de conclure une transaction avec la victime, transaction qui est entérinée par trois décisions de juridictions américaines.

La victime demande la reconnaissance des décisions américaines devant les juridictions italiennes et la partie adverse s'y oppose en considérant qu'elles étaient contraires à l'ordre public compte tenu du fait que la transaction fixait le montant « à titre de toutes les demandes de réparation de M. X y compris celle au titre de dommages et intérêts punitifs ».

Par une décision du 7 février 2017, la Corte di cassazione reconnaît que les décisions pouvaient être reconnues en Italie car en l'espèce il ne s'agissait pas de véritables dommages et intérêts punitifs mais d'une somme allouée dans le cadre d'une transaction. Cela étant, elle affirme par un *obiter dictum* que :

« à coté de la principale et primaire fonction compensatoire de [la responsabilité civile], il est possible de constater une nature plurifonctionnelle [...] qui se dirige dans plusieurs directions, parmi lesquelles les principales sont la fonction préventive (ou dissuasive) et celle de sanction-punition ».

Ainsi, elle affirme que les dommages et intérêts punitifs ne sont pas contraires à l'ordre public international italien dès lors que ceux-ci ont une base normative qui permette d'assurer la prévisibilité et la sécurité juridique.

TRIBUNAUX JUDICIAIRES : ETATS TIERS

EGYPTE : La Cour d'appel du Caire exécute une mesure provisoire ordonnée par un tribunal arbitral CCI : En 2007, le Demandeur et le Défendeur ont conclu un contrat selon lequel le Demandeur devait fournir et fabriquer des grues de conteneurs pour un port en Egypte. En application de ce contrat, le Demandeur a établi trois lettres de garanties d'une valeur d'environ 18 millions US\$ en tant qu'avance sur les paiements.

Suite à l'achèvement de la construction des grues de conteneurs, le Défendeur a demandé à ce que leur livraison soit retardée car le Défendeur et ses sous-traitants n'avaient pas accompli les conditions préalables aux travaux au port. Finalement, les grues de conteneurs n'ont jamais été livrées, car les autorités égyptiennes ont décidé de mettre fin à la concession du port accordée au Défendeur.

Les parties ont par la suite modifié leur contrat afin de renégocier les montants dus au Demandeur en vertu du contrat et afin de tenter d'atténuer les pertes par la vente de certaines des grues du Demandeur. Malgré ces efforts, le Défendeur n'a pas honoré le contrat modifié et a, de plus, demandé l'exécution des trois lettres de garantie d'un montant d'environ 18 millions US\$.

En conséquence, le Demandeur a initié une procédure arbitrale sous les auspices de la CCI en avril 2016. Au même moment, le Défendeur a démarré une procédure parallèle devant les cours égyptiennes afin d'obtenir le paiement des trois garanties bancaires.

Le 4 juin 2017, le tribunal CCI a adopté une mesure provisoire ordonnant le Défendeur de retirer sa requête auprès de la banque pour la liquidation des lettres de garanties, de retirer ou mettre fin à la procédure devant la

By a decision of 7 February 2017, the *Corte di cassazione* recognised that the decisions could be enforced in Italy, because in the present case they were not genuine punitive damages but a sum awarded in the context of a transaction. However, by way of an *obiter dictum* the Court decided that:

"beside the principal and primary compensatory function of [civil liability], it is possible to observe a multi-functional nature [...] which is directed in several directions, among which the principal ones are the preventive (or dissuasive) function and that of sanction-punishment".

Consequently, it seems to admit that punitive damages are not contrary to Italian international public policy, when they have a normative basis which ensures predictability and legal certainty.

COURTS: OTHER STATES

EGYPT: Cairo High Court of Appeal enforces an ICC order granting interim measures: In 2007, the claimant and the respondent entered into an agreement, according to which the claimant had to supply and manufacture container cranes for a port in Egypt. In execution of this agreement, claimant submitted three letters of guarantee in value of approximately USD 18 million in consideration for the advance payment.

Upon completion of the construction of the container cranes, respondent requested that their delivery be delayed because the respondent and his contractors had failed to complete the prerequisite works at the port. Ultimately, the container cranes were not delivered at all, because the Egyptian authorities decided to terminate respondent's concession for the port.

The parties subsequently amended the agreement to renegotiate the amounts due to claimant and attempted to mitigate the losses through claimant's sale of some of the cranes. Despite these efforts, the respondent failed to honour the amended agreement and, in addition, called the three letters of guarantee for approximately USD 18 million.

Accordingly, the claimant initiated the arbitral proceedings under the auspices of the ICC in April 2016. At the same time, the respondent commenced parallel proceedings before Egyptian courts to obtain payment of the three bank guarantees provided by claimant.

On 4 June 2017, the ICC tribunal issued an interim order, by which it ordered the respondent to withdraw its request to the bank for liquidation of the letter of guarantee, withdraw or terminate with prejudice the Egyptian court proceedings it has initiated to obtain the

bank guarantees and refrain, as long as the present interim measures are in force, from taking any further action aimed at liquidating the letters of guarantee.

The claimant filed for enforcement of the interim order in Egypt at the Cairo High Court of Appeal. In its brief, the claimant pointed out that the decision has to be considered as commercial arbitration and thus falls under the jurisdiction of the Cairo High Court of Appeal. Furthermore, the claimant addressed that the interim relief falls under the New York Convention and can thus be enforced.

The Cairo High Court of Appeal on 8 November 2017, without elaborating on the arguments raised by claimant, decided to enforce the interim order.

MOOT

ICC PRE-MOOT: The ICC Pre-moot for teams participating in the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot was held in Paris on 16 and 17 March 2018. This training allows the teams to perfect their arguments and participate in various social events.

cour égyptienne, et de s'abstenir, aussi longtemps que la mesure provisoire sera en vigueur, de prendre toute mesure afin de liquider les lettres de garanties.

Le Demandeur a demandé l'exécution de la mesure provisoire en Egypte, devant la Cour d'appel du Caire. Dans son mémoire, le Demandeur insistait sur le fait que la décision du tribunal arbitral devait être traitée comme un arbitrage commercial et que son exécution relevait donc de la juridiction de la Cour d'appel du Caire. De plus, le Demandeur faisait valoir que la Convention de New York s'appliquait à la mesure provisoire, et que la décision devait donc être exécutée.

La Cour d'appel du Caire, le 8 novembre 2017, sans développer les arguments du Demandeur, a exécuté la mesure provisoire.

CONCOURS

ICC PRE-MOOT : Le 16 et 17 mars 2018, a eu lieu à Paris le Pre-moot de la CCI pour les équipes de participantes au Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot. Cet entraînement permet aux équipes de perfectionner leurs plaidoiries et de participer à des nombreux *social events*.