

L'AVOCAT FACE AU CONSEIL RÉGLEMENTAIRE: QUELLE FRONTIÈRE AVEC LA COMPLIANCE?

VAÏK MÜLLER

Docteur en droit, avocat au barreau, Genève

Mots-clés: compliance, réglementaire, indépendance, secret professionnel, automatisation

Le conseil réglementaire est une activité qui a connu un développement important ces dernières années, notamment dans le secteur financier. Si cette activité semble parfois se confondre avec l'activité de compliance, elle n'en conserve pas moins ses propres spécificités. Par ailleurs, cette activité, à l'instar des règles qui la sous-tendent, fait face à de constantes mutations dont il est permis de se demander dans quelle mesure elles pourraient avoir un impact sur l'avocat et son conseil.

I. Quelle définition du conseil réglementaire?

1. Aspects généraux

Avant de discuter de la question posée en titre, il convient de délimiter la portée du présent article, et plus particulièrement ce qu'il faut entendre par la notion de «conseil réglementaire». Cette notion a trait au fond plutôt qu'à la forme, un conseil restant un conseil (par opposition à une activité relevant du contentieux «traditionnel», où l'avocat intervient en présence d'un litige¹). En revanche, le conseil portant sur des aspects réglementaires doit être distingué du conseil en fusion/acquisition, fiscal et plus largement des conseils dispensés en matière transactionnelle. Si le conseil réglementaire est souvent cantonné au secteur financier (banques, négociants, placements collectifs, gestionnaire de fortune, etc.), il peut parfois trouver application hors de ses frontières traditionnelles (e.g. application de la Loi sur l'infrastructure des marchés financiers du 19.6.2015² aux contreparties non financières ou encore FATCA³).

Par ailleurs, il serait réducteur de réduire le conseil réglementaire aux lois et ordonnances régissant les marchés financiers (telles que la Loi sur les banques et caisses d'épargne du 8.11.1934⁴, la Loi sur les placements collectifs du 23.6.2006⁵ ou encore la Loi sur le blanchiment d'argent du 10.10.1997⁶, etc.) et au suivi et la connaissance des activités des régulateurs concernés, notamment l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA (circulaires, communications, FAQ etc.)⁷. D'autres domaines possèdent en effet une forte connotation réglementaire, tel que le droit de la concurrence ou encore des domaines plus spécifiques comme par exemple les domaines réglementés hors services finan-

ciers (il est permis ici de penser notamment au secteur de l'électricité⁸).

Enfin, le praticien doit également parfois porter attention à des domaines connexes à son pré carré habituel, lorsque ces derniers peuvent avoir une influence sur le ca-

-
- 1 À noter que la différence entre une activité de conseil et une activité de contentieux n'est pas toujours une question de *timing* liée à l'existence d'une réclamation ou d'un litige potentiel. L'avocat-conseil est aussi amené à intervenir *a posteriori*, i.e. après la survenance de l'événement litigieux. Cela dit, l'intervention de l'avocat-conseil se limite en principe à la procédure précontentieuse. Même si une procédure de médiation/conciliation est engagée, il est possible d'imaginer que l'avocat-conseil y participe, même si généralement, à ce stade, le dossier est déjà entre les mains d'un avocat spécialisé dans le contentieux. En réalité, le *distingo* clé entre l'avocat-conseil et l'avocat de contentieux résulte plus de l'aspect procédural d'un litige que de l'existence en soi d'un litige.
 - 2 LIMF (RS 958.1).
 - 3 FATCA est l'acronyme de «*Foreign Account Tax Compliance Act*»; pour plus d'information sur FATCA, voir le site de l'ASB: <https://www.swissbanking.org/fr/themes/fiscalite/fatca-foreign-account-tax-compliance-act-1/fatca-foreign-account-tax-compliance-act>; voir ég. l'accord entre la Suisse et les États-Unis disponible à l'adresse suivante: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/35175.pdf%20> (sites consultés le 21.1.2019).
 - 4 LB (RS 952.0).
 - 5 LPCC (RS 951.31).
 - 6 LBA (RS 955.0).
 - 7 Et encore plus réducteur de l'assimiler à l'intitulé générique de «droit bancaire et financier».
 - 8 Compte tenu des liens entre le secteur de l'assurance et le secteur financier, le secteur des assurances, notamment pour ce qui a trait à la distribution de produits d'assurance (e.g. assurance-vie, produit de capitalisation, etc.) est souvent inclus dans la palette de conseil de l'avocat spécialisé en droit réglementaire.

ractère «réglementaire» du conseil. Il est permis de penser ici à la Loi sur la protection des données qui peut avoir un impact par exemple en matière d'*outsourcing* ou encore de transmission d'information au sein d'entités parties à un même groupe. À cet égard, font également partie du domaine réglementaire des questions liées à FATCA ou encore à l'échange automatique d'information («EAI»), à tout le moins eu égard aux questions relatives à la catégorisation des entités au sens de ces réglementations. Contrairement à ce que l'on peut parfois entendre en pratique, ces questions de classification, voire d'information des clients et de *due diligence* relative aux comptes n'ont rien à voir avec le droit fiscal. Les classifications FATCA ou EAI sont avant tout des classifications de nature réglementaire au même titre par exemple que les classifications de la LIMF.

2. Spécialisation théorique et pratique

L'activité de conseil réglementaire implique un suivi régulier non seulement des règles suisses, mais également des règles étrangères, en particulier européennes. Ce suivi est d'autant plus important en pratique que, d'une part, les textes législatifs européens précèdent les projets législatifs suisses, mais, d'autre part, le droit européen exerce une influence croissante sur les règles suisses. S'il est vrai que le droit européen comporte une densité normative particulièrement importante, il n'en demeure pas moins que sa connaissance (à tout le moins passive) est nécessaire pour rendre un conseil de qualité. Le suivi des questions européennes est également important pour se familiariser avec les problématiques *cross-border* qui ne manquent pas de se poser.

En fin de compte, le conseil réglementaire est spécifique à une industrie (mais non à un *corpus* juridique parfaitement délimité). Par exemple, il est possible de pratiquer le conseil réglementaire dans le cadre de l'industrie pharmaceutique, en matière de droit de la distribution (généralement couplé avec une bonne connaissance du droit de la concurrence) et bien entendu en matière de services financiers (avec des spécificités en fonction de certains services, comme par exemple en matière d'*asset management* au sens large, avec la distinction entre gestion individuelle et gestion collective). Enfin, le conseil réglementaire implique une bonne connaissance de la pratique du régulateur. De nombreuses questions, parfois triviales, notamment dans le cadre de requête en autorisation/approbation peuvent trouver leur réponse dans la manière dont le régulateur fonctionne au quotidien et la manière dont ce dernier interprète certaines dispositions.

3. Quel statut pour le conseil réglementaire et l'avocat actif en la matière?

Compte tenu de ce qui précède, il peut arriver à l'avocat actif en droit réglementaire de s'interroger sur ses activités et plus particulièrement sur la frontière qui peut exister entre son activité et celle relevant, au sein d'une entreprise, de la fonction *compliance*: ne serait-il pas un *compliance officer* avec le titre d'avocat? En réalité, les divergences entre ces deux métiers sont bien plus nombreuses

que les convergences, lesquelles résultent avant tout de la matière traitée, si bien que c'est sur la divergence qu'il convient de s'attarder en ce qu'elle permet de souligner les spécificités qui caractérisent le conseil réglementaire du point de vue de l'avocat externe. Les réflexions exposées dans cet article sont avant tout pertinentes pour le monde des petites et moyennes entreprises, tous secteurs confondus («PME»). Il va sans dire que dans les structures plus importantes, notamment au sein des grands groupes financiers, la multiplicité des fonctions internes et l'existence de fonctions juridiques *in-house* spécialisées vient quelque peu tempérer les propos tenus (sans pour autant entièrement les invalider).

II. L'indépendance comme critère distinctif clé

L'indépendance de l'avocat, et la nécessaire distance qui en résulte vis-à-vis de l'organisation interne de son client, constitue sans nul doute l'une des caractéristiques majeures permettant de différencier les deux métiers⁹. Sur le plan pratique, le conseil de l'avocat peut parfois sembler trop général à son client et pas suffisamment adapté à sa situation. En principe, cette impression ne devrait pas exister chez le client lorsque le conseil est suffisamment précis. Bien entendu, l'avocat est tributaire des informations données par son client, mais il lui appartient également de poser les questions qui s'imposent. Il peut évidemment arriver que la conclusion de l'analyse ne soit pas en ligne avec les attentes du client. Dans ces situations, relativement fréquentes en pratique, il est de la responsabilité de l'avocat de présenter clairement la situation au client. Cela dit, le travail de l'avocat consistant à trouver des solutions et non simplement à répéter ou retranscrire les règles, il convient d'explorer et de proposer au client des alternatives. Ici encore, cette capacité d'analyse et à faire des propositions caractérise l'activité de l'avocat. Si la *compliance* doit avant tout faire respecter les directives, l'avocat peut réussir à faire modifier ces directives (dans les limites légales et en tenant compte des particularités de l'activité du client), et son indépendance constitue souvent à cet égard un allié bien utile au *compliance*, voire au service juridique interne à l'entreprise en cause.

Le conseil de l'avocat doit permettre aux clients d'identifier les zones grises, les «entre-deux». Ce n'est pas à l'avocat de décider de la solution, qui sera souvent basée sur une appréciation du risque par le client. Le conseil permettra cependant d'apporter un éclairage sur le risque particulier, alors que l'appréciation du risque en général sera de la seule compétence du client et de son service *com-*

⁹ Cette distance ne signifie pas forcément pour l'avocat une absence de connaissance pratique en général (dès lors que l'avocat conseille régulièrement des clients dans le domaine en cause). En revanche, cette distance peut impliquer certaines lacunes opérationnelles propres à un client donné.

pliance, voire juridique. Cette distinction est très importante en pratique. L'avocat-conseil doit bien comprendre où commence son activité et où celle-ci s'arrête. Cette compréhension fait partie intégrante de l'indépendance de l'avocat, mais elle est également un prérequis indispensable à un bon conseil, puisqu'une limite claire entre la règle, son interprétation par le régulateur, voire la jurisprudence et ce qui est hors de ces limites doit permettre au client de prendre une décision en toute connaissance de cause et donc d'identifier les risques avec acuité. Un avocat qui perd de vue son indépendance ne rend pas service à son client. La question n'est pas tant d'atteindre l'objectif souhaité par le client que d'expliquer à ce dernier quelle sont les limites tracées par loi pour atteindre cet objectif. Indépendamment des mesures de gouvernance interne, des *check and balances* et autres principes visant à «protéger» les fonctions de contrôle d'une influence trop importante des fonctions génératrices de revenus et sans nier ni le bien-fondé ni l'efficacité de ces mesures, il n'en demeure pas moins que l'avocat – dans et par son indépendance – ne peut être par nature assimilé à une fonction *compliance*. L'avenir et les évolutions que cet avenir promet et dont certains effets sont déjà bel et bien perceptibles devraient participer à souligner les spécificités respectives des métiers de l'avocat-conseil et du *compliance*.

III. Quel avenir pour le conseil réglementaire?

1. Internalisation et outsourcing

L'accroissement de la densité normative à laquelle le cadre réglementaire suisse n'échappe pas entraîne pour les entreprises un coût sans cesse croissant. L'une des manières de répondre à cette augmentation des coûts consiste à internaliser les fonctions. Pour les PME, une internalisation complète reste généralement encore souvent trop coûteuse ou est parfois (peut-être à tort) perçue comme telle. Dans ce contexte, les PME ont souvent recours à des solutions d'externalisation, voire de support (assistance extérieure sans externalisation complète de la fonction *compliance*).

En général, les avocats n'agissent pas en qualité de mandataires externes dans le cadre de mandat d'*outsourcing*. Cette tâche est généralement confiée aux sociétés d'audit ou à des sociétés externes spécialisées dans ce domaine. Dans ce cadre, quelle est la place pour l'avocat-conseil? Il peut arriver que ce dernier reste cantonné à des questions particulièrement techniques généralement posées par la société d'audit ou la société spécialisée, de sorte que le client de l'avocat n'est plus directement l'entreprise. Si certains pourraient être tentés de déplorer cette situation, il convient de relever que ces mandats d'*outsourcing* ne constituent pas à proprement parler des mandats de conseil, mais bien plutôt des mandats d'externalisation de la fonction *compliance*. Dans ce type de scénario, le tiers en charge de la *compliance* ne peut (et ne devrait pas, en bonne théorie) prodiguer des conseils. Dès lors, le recours à des solutions d'externalisation ne devrait pas marcher (directement) sur les «plates-bandes» des avocats.

2. Secret professionnel

Le secret professionnel ne devrait pas s'étendre aux activités consistant en une exécution de tâches de *compliance*. Ces activités ne sont en effet pas une activité caractéristique de l'avocat, contrairement à une activité typique de conseil. Un conseil sur la manière de structurer une distribution liée à un produit financier (e.g. besoin ou non d'autorisation, types de clients pouvant ou non être visés, négociations des termes du contrat, en particulier les déclarations et garanties), y compris la qualification juridique de ce dernier, devraient être considérés comme autant d'éléments propres à l'activité de l'avocat. Par conséquent, il est plus facile pour un client de passer par un avocat pour structurer ses activités, voire son organisation interne, que par une société spécialisée externe, le client étant alors libre de s'interroger sur l'ensemble des risques et d'explorer les différentes possibilités. Il est vrai que cette considération n'est souvent pas prise en compte par les clients, à tout le moins lorsque l'avocat-conseil doit intervenir en amont¹⁰, à l'exception de certains cas de figure, en particulier en présence de cas présentant un risque juridique (notamment de contentieux civil et/ou administratif) important. Il en va autrement lorsque l'avocat-conseil doit intervenir en aval, soit après le déploiement d'une activité par le client qui, par nature, est susceptible d'être problématique (e.g. distribution non autorisée d'un produit). Ici le secret professionnel est à même de jouer tout son rôle, et l'intervention de l'avocat-conseil est utile pour une meilleure appréciation des risques. Par conséquent, un affaiblissement du secret professionnel de l'avocat-conseil serait sans doute préjudiciable non seulement à ce dernier, mais également aux clients.

3. Automatisation

L'accroissement de la densité normative ainsi que l'exigence d'un suivi réglementaire et d'une analyse des risques toujours plus poussés requis par les régulateurs ont pour conséquence d'entraîner une automatisation des processus de gestion des aspects réglementaires. Il en va ainsi, par exemple, de la génération automatisée de messages à des clients, par exemple en cas d'échec d'un test de *suitability* (caractère adéquat)¹¹, voire d'*appropriateness* (caractère approprié)¹². Le rôle de l'avocat-conseil disparaît ici purement et simplement. Certes, toutes les PME n'ont pas encore adopté de tels systèmes, leurs coûts (et notamment leurs adaptations aux besoins concrets des

¹⁰ La question des coûts étant souvent le souci premier des clients dans ces situations; c'est également sans compter les pressions internationales sur le secret professionnel en raison des exigences du Groupe d'action financière (GAFI); voir ég. DIDIER DE MONTMOLLIN/MIGUEL OURAL, Le secret professionnel de l'avocat en grave danger face à l'avant-projet de révision de la LBA, In: Anwaltsrevue 9/2018, S. 373–376.

¹¹ Voir art. 10 et 12 LFin.

¹² Voir art. 10 et 11 LFin.

entreprises suisses) restant encore souvent prohibitifs, mais cette tendance est claire.

Est-ce à dire que le rôle de l'avocat-conseil pourrait être tout simplement supprimé, car remplacé par un *compliance* dont la seule tâche serait d'assurer que l'algorithme du programme de *compliance* ne déraile pas? Cette vision relève pour l'heure et pour les années à venir plus de la science-fiction que de la réalité. Cela dit, il ne faut pas minimiser l'impact de la technologie et l'automatisation croissante que cette dernière induit. Mais plutôt que d'y voir un problème, cette automatisation pourrait permettre à l'avocat de se concentrer uniquement sur ce qui fait sa véritable valeur ajoutée: le conseil juridique à vocation stratégique (ou tactique). Si les termes «stratégique» ou «tactique» sont un peu grandiloquents, ils ont le mérite de mettre en évidence une réalité: l'avocat n'est pas censé s'«amuser» à classer des investisseurs par catégories ou à mettre à jour des prospectus de placements collectifs en copiant-collant sans autre des modifications apportées par le client dans une publication à l'attention des investisseurs suisses¹³. La vraie plus-value de l'avocat doit se situer en amont sur la mise en place d'une structure et d'une vision proactive. Le conseil peut être réaction, mais il se doit, dans la mesure du possible, d'être anticipation non seulement des besoins du client, mais également des restrictions et limites légales qui pourront avoir un impact sur les *desiderata* du client. Cette analyse en amont est nécessaire et avant tout qualitative. Sans préjuger des développements techniques à venir, la nature qualitative du conseil est le meilleur garant de la pérennité de l'activité d'avocat-conseil.

IV. Retour vers le contentieux?

L'augmentation de la densité normative observée en général pourrait pousser le praticien à s'interroger sur un retour au contentieux. Plus spécifiquement et à titre d'exemple, dans le cadre des services financiers et de l'entrée en vigueur prochaine au 1.1.2020 de la Loi fédérale sur les services financiers et de la Loi fédérale sur les établissements financiers, l'interprétation que les juges civils pourraient être amenés à faire du concept (un peu flou à ce stade) de «rayonnement des dispositions réglementaires» sur les dispositions de droit civil, pourrait pousser l'avocat-conseil (pour certains à leur corps défendant) vers le contentieux. Cette évolution devra encore s'inscrire dans une tendance qui reste à confirmer. Une potentielle augmentation des procédures contentieuses comportant un caractère réglementaire marqué, ainsi qu'une évolution de

la pratique administrative des autorités, notamment en matière d'*enforcement* de la FINMA, pourraient également avoir un impact sur le rôle de l'avocat-conseil et le pousser à redevenir un avocat «tout court». Une telle évolution aurait pour conséquence de «forcer» certains à redécouvrir l'«ambiance» des tribunaux ou tout simplement à découvrir l'«ambiance» du futur organe de médiation au sens des articles 74 ss LSFIn.

Si ce scénario devait se confirmer, un retour «pur et dur» en solitaire vers le contentieux n'est pas la seule voie ouverte. Il est également possible d'imaginer une meilleure coopération/coordination entre les avocats en charge du contentieux et ceux en charge du conseil réglementaire, l'avocat plaideur étant, en matière de litige à connotation civile, plus un technicien de la procédure qu'un orateur des prétoires. L'alliance des connaissances procédurales et techniques existe déjà du côté juridictionnel, notamment dans le monde de l'arbitrage, lié aux produits dérivés¹⁴. Il est aussi possible d'imaginer que les avocats mettent sur pied des structures dédiées au conseil réglementaire. Ce type de structure existe déjà à l'étranger et en Suisse. Si à l'étranger, certaines études d'avocats semblent avoir trouvé un certain équilibre, ce dernier ne semble pas avoir atteint son optimum sur le marché suisse. À ce titre, à la question de la cannibalisation des revenus et celle du secret professionnel s'ajoute la problématique des conflits d'intérêts. À plus long terme, il semble cependant que se dessine, en matière de conseil, une tendance à l'intégration. Dans ce cadre, le conseil proprement réglementaire aura tout son rôle à jouer parmi un service de conseil spécifique à certaines industries, incluant non seulement le droit réglementaire, mais également le droit contractuel, fiscal, la comptabilité, voire encore le conseil en investissement. C'est dans ce type de structure qu'il est peut-être permis de voir une convergence entre le droit réglementaire et la *compliance*, convergence relative cependant, tant en raison de l'existence des conflits d'intérêts qu'en raison des exigences réglementaires de gouvernance¹⁵.

¹³ Bien que l'avocat soit censé connaître ces catégories et la manière dont une mise à jour de prospectus se déroule et qu'il peut lui être utile d'avoir fait l'exercice plusieurs fois pour mieux comprendre certains aspects de l'industrie des fonds.

¹⁴ Voir à ce propos: <https://primefinancedisputes.org>.

¹⁵ Exigences reposant également sur la nécessité d'éviter autant que possible les conflits d'intérêts.