

4 thèmes d'actualité auxquels les entreprises nous demandent de prêter attention

Nous travaillons au quotidien avec des dirigeants d'entreprises et des *General Counsels*, de Suisse comme d'autres pays. Nous les avons interrogés sur les thèmes d'actualité auxquels ils souhaitent que nous prêtions une attention particulière.

TEXTE MANGEAT PHOTO IGOR STEVANOVIC

Honoraires et méthodes de facturation: comment faire mieux?

Traditionnellement, les avocats facturent leurs prestations en appliquant principalement des taux horaires, en fonction des avocats impliqués (associés, collaborateurs senior ou junior, avocats stagiaires, etc.). Les taux appliqués varient selon les mandats en fonction de plusieurs critères. Cette manière de procéder est souvent insatisfaisante pour les clients. On lui reproche parfois de s'apparenter à une *prime à la lenteur*, alors qu'il n'y a pas toujours de corrélation entre le nombre d'heures consacrées au dossier et la valeur ajoutée pour le client. Pour les entreprises, la pression sur les coûts ne va pas diminuer, et ceci touche aussi les frais d'avocats. Néanmoins, les entreprises restent généralement disposées à payer des honoraires même élevés, à condition d'y retrouver deux caractéristiques essentielles: prévisibilité et valeur ajoutée.

Depuis plusieurs années, nous avons considérablement réduit le nombre de mandats facturés à l'heure au sein de notre étude. Autant que possible, nous y renonçons spontanément et proposons une manière plus adéquate de déterminer les honoraires. Concrètement, l'application de montants forfaitaires a fortement augmenté, mais ce n'est pas la seule alternative (et elle n'est d'ailleurs pas toujours possible). Des solutions sur mesure sont ouvertement discutées avec les clients afin de prendre en compte la véritable valeur ajoutée. À titre d'exemple, un mandat de plusieurs mois a consisté dans le renforcement du service juridique d'une multinationale. Le groupe avait besoin d'assistance deux à trois jours par semaine, avec une personne suffisamment expérimentée pour gérer de manière autonome les tâches habituelles du service juridique, comme un membre à part entière de ce service. Et la question des honoraires devait naturellement être maîtrisée. Dans la solution retenue, le travail a été réparti entre deux avocats chevronnés pour garantir la disponibilité souhaitée, avec des lots successifs de 50 heures achetés par la cliente pour un prix inférieur aux taux usuels, mais avec une prévisibilité utile à tout le monde.

Il est également important d'être constamment à l'écoute du marché et de pouvoir s'inspirer des meilleures pratiques, y compris dans d'autres juridictions. Ce d'autant plus que des changements majeurs sont en cours, avec notamment un nombre croissant d'activités traditionnelles d'avocats qui peuvent être standardisées voire automatisées, avec un impact considérable sur la manière de travailler et sur les prix.

Collaboration entre les *in-house counsels* et les avocats externes: comment l'optimiser?

Avant tout, une bonne et saine communication entre les avocats et les juristes internes de l'entreprise est cruciale. Les attentes doivent être parfaitement comprises. Pour s'en assurer, il faut bien sûr écouter, s'immerger dans l'environnement des clients et, point important, ne pas hésiter à faire confirmer la bonne compréhension des attentes. Car les meilleurs conseils peuvent s'avérer frus-

trants ou vains en cas de malentendu initial. Il est également important de parler le même langage. À cet égard, nous pouvons nous appuyer sur nos années d'expérience au sein d'un cabinet international, surtout au contact de nos confrères anglais, qui depuis longtemps prennent particulièrement soin des rapports avec les *counsels*. Les expériences vécues directement au sein de services juridiques de multinationales sont également très précieuses – il est plus facile de comprendre et d'anticiper les attentes, puis d'y répondre, après avoir soi-même occupé des fonctions *in-house*.

Les clients, quels qu'ils soient, veulent des solutions pratiques qu'ils peuvent présenter à leur direction ou mettre en œuvre directement. En face, les avocats doivent naturellement faire le tour des questions juridiques pertinentes, mais il n'est pas rare qu'ils commettent l'erreur de présenter l'entier de leurs recherches, en mettant un point d'honneur à être complets sur le plan théorique, alors que ce n'est généralement pas souhaité. Une appréciation concrète des risques et des recommandations pratiques sont plus pertinentes.

Legal Privilege: qu'en est-il pour les *in-house counsels*?

La notion de «*Legal Privilege*» pour juristes d'entreprise est largement répandue dans le monde des affaires anglo-américain, mais également dans celui des pays hispano-lusophones. La Belgique a introduit la protection procédurale des juristes d'entreprise au début des années 2000 déjà, et les Pays-Bas disposent d'une protection de ce type depuis mars 2013.

En Suisse, la question a fini par occuper les esprits, puis les milieux économiques et politiques, après que des entreprises suisses ont été tenues, dans le cadre de procédures aux États-Unis, de communiquer la correspondance de juristes qui faisaient partie de leurs employés en Suisse, pour la seule raison qu'il n'existe pas en Suisse de disposition qui corresponde au «*Legal Privilege for In-house Counsels*».

Après que différentes possibilités ont été envisagées, c'est la solution considérée comme plus simple d'une modification du Code de procédure civile (CPC) qui est actuellement privilégiée (initiative dite *Markwalder*, 15.409). Le nouvel article 160a CPC proposé prévoit un droit de refuser de collaborer et de produire des pièces concernant l'activité du service juridique interne d'une entreprise, pour autant que deux conditions soient réunies. D'une part, l'activité en cause doit être *typique*, autrement dit correspondre à l'activité professionnelle spécifique – ce qui ne veut pas dire exclusive – d'un avocat. En fait partie notamment l'activité de conseil dans de nombreux domaines (droit du travail, protection des données, contrats, restructuration, etc.). N'en fait en revanche pas partie l'activité de compliance bancaire ou d'administrateur (par exemple s'agissant des tâches d'un *General Counsel* au sein d'un conseil d'administration). D'autre part, le service juridique doit être dirigé par une personne

titulaire d'un brevet cantonal d'avocat ou, s'il s'agit d'un juriste formé à l'étranger, qui remplisse les conditions professionnelles requises dans son État d'origine pour pratiquer le métier d'avocat.

Tel qu'envisagé, ce droit de refuser de produire des pièces devrait concerner tant la correspondance (courriers, e-mails) que d'autres documents tels que projets de contrats, mémorandums, notes. Il devrait en outre protéger ces documents même si le lien avec une procédure judiciaire est relativement faible.

Afin de bénéficier de la protection nouvelle, les services juridiques, en particulier ceux des entreprises étrangères qui engagent souvent des juristes du monde entier, devraient donc être inspirés de veiller au titre d'origine et aux capacités professionnelles de chaque candidat présentant un certain degré de séniorité. Enfin, et même si ce n'est pas une obligation, les services juridiques des entreprises devraient également «cartographier» leurs activités afin de différencier dans leur organisation et dans le traitement des documents les activités *typiques* de celles qui échappent à cette catégorisation – certes un peu helvétique – des tâches accomplies.

RGPD (ou GDPR): faut-il modifier tous les contrats, ou faut-il faire une analyse approfondie?

Le Règlement Général sur la Protection des Données de l'Union européenne (RGPD) a fait couler passablement d'encre, avec une incitation forte à la mise en conformité. C'est une bonne chose, mais il ne faut pas le faire de manière inconsidérée, au risque sinon de se tirer une balle dans le pied ou de compliquer exagérément les choses. L'effervescence actuelle autour de la protection des données a au moins le mérite d'attirer l'attention sur un thème important et souvent négligé, alors même que les règles suisses actuelles présentent déjà un certain niveau d'exigence.

Le champ d'application du RGPD est vaste, y compris pour des entreprises en dehors de l'UE. Mais une entité suisse détenant des données de résidents de l'UE n'est pas forcément concernée. Elle l'est si elle offre intentionnellement des biens ou des services dans l'UE, ou si elle suit le comportement de personnes y résidant (profilage en ligne). Elle peut également l'être si elle traite des données pour des entités européennes, par exemple en gérant la masse salariale du groupe.

La modification systématique de tous les contrats, avec les clients comme les sous-traitants, ou la demande généralisée de consentement exprès de toutes les personnes physiques en contact avec l'entreprise (*au cas où le RGPD devrait s'appliquer*, afin de disposer d'un consentement comme motif justificatif au traitement), n'est à notre sens une bonne approche que si elle repose sur une analyse juridique concrète ou une réflexion stratégique. Car le respect du RGPD peut être un processus fastidieux, et nombreuses sont les personnes à refuser leur consentement.

Le choix de se conformer au RGPD sans y être formellement tenu peut en particulier se justifier au regard de certains avantages indirects. Ainsi, pour des groupes de sociétés, l'intérêt d'appliquer les mêmes règles à tous les niveaux (tronc commun) est évident. Il peut également être avantageux, pour une société active dans la sous-traitance, d'éviter de la sorte toute discussion quant aux *garanties suffisantes* requises en matière de protection des données, vis-à-vis d'un potentiel mandataire lui-même tenu de respecter le RGPD. Sans parler des questions d'image et d'exemplarité.

Rappelons enfin, au niveau suisse, que la révision de la loi (LPD) est prévue à l'horizon 2019/2020, avec des exigences qui devraient s'inspirer assez largement du RGPD, même si un *Swiss finish* ou un *Swiss touch* n'est pas exclu.



Fabien Aepli
Avocat, Managing Partner, M.B.L.-HSG, LL.M.



Nurith Cohen
Avocate, Senior Associate, LL.M.

MANGEAT

Avocats Sàrl
Attorneys at Law LLC

MANGEAT est une étude d'avocats fondée à Genève par une équipe déjà soudée, forte d'une expérience commune dans un grand cabinet international. Notre ambition? Offrir une très haute qualité de service et apporter des solutions concrètes, sans s'arrêter aux seuls aspects juridiques.

Nos avocats sont spécialisés et reconnus en matière de contrats commerciaux, dans l'accompagnement des sociétés et entrepreneurs, en droit bancaire et financier, en droit immobilier, ainsi que dans la résolution de litiges et la criminalité économique.

www.mangeat.ch