

**COMMISSION DES RÈGLES ET USAGES  
ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES 13 ET 14 FEVRIER 2009**

**LA FIDUCIE  
Rapport d'étape**

**INTRODUCTION**

- **Une réglementation qui existe, qui fait désormais partie du droit positif et qui prévoit expressément que l'avocat puisse être fiduciaire.**
- **Une attente de la profession**
  - Extension d'activité
  - Repositionnement du rôle de l'avocat
- **Les craintes de la profession**
  - Activité totalement nouvelle par rapport à la pratique actuelle
  - Activité décalée par rapport à notre « *coeur de métier* »
  - Activité dangereuse pour l'avocat et la profession en termes de responsabilité professionnelle.

**LE CONTEXTE**

- **Définition de l'opération**
  - Transfert de la propriété de biens, droits ou ensemble de biens et droits présents ou futurs
  - A un ou plusieurs fiduciaires les tenant séparés de leur patrimoine propre
  - Dans un but déterminé ou au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires
  - L'opération s'analyse assez classiquement comme une stipulation pour autrui.

- **Les choix du législateur**
  - Le projet de 1992 et les raisons de son échec : crainte de l'Administration fiscale ; crainte de voir le marché investi par les financiers anglo-saxons.
  - La jurisprudence de la Cour de cassation reconnaissant des effets légaux aux trusts et fiducie valablement constitués à l'étranger.
  - Loi du 19 février 2007 : admission de la fiducie mais limitation aux établissements financiers et d'assurances et exclusion de la fiducie transmission (la fiducie n'est retenue qu'à des fins de gestion ou de garantie), la fiducie procédant d'une intention libérale est nulle.
  - Loi du 4 août 2008 et Ordonnance du 30 janvier 2009, ouverture de la fiducie aux avocats personne physique ou morale.
  
- **Caractéristiques de la fiducie**
  - C'est un contrat et non une institution (trust)
  - Ce n'est pas un dépôt ou un séquestre (il y a transfert de propriété)
  - La mission du fiduciaire relève de la liberté contractuelle (notamment la définition des pouvoirs du fiduciaire)
  - Le constituant et le fiduciaire peuvent être bénéficiaires
  - Un tiers peut être désigné pour s'assurer de la préservation des intérêts du constituant
  - Dans l'exercice de sa mission, le fiduciaire doit mentionner sa qualité vis-à-vis des tiers ; il est présumé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire.
  
- **Les applications concrètes**
  - La gestion du patrimoine des majeurs protégés
  - La gestion du patrimoine des jeunes majeurs
  - La gestion temporaire des entreprises en période de crise
  - La gestion des pactes d'actionnaires
  - La mise en place de garanties réelles mobilières ou immobilières.
  
- **Le rôle de l'avocat**
  - Avocat conseil
  - Avocat rédacteur : Le contrat de fiducie doit respecter quelques règles de forme dont l'authenticité si apport de biens communs et publicité foncière ou autre des transferts de propriété au profit du fiduciaire.
  - Avocat « *protecteur* », véritable commissaire à l'exécution de la fiducie par le fiduciaire. Il dispose des pouvoirs du constituant.
  - Avocat fiduciaire : il gère en tant que propriétaire dans son patrimoine mais de manière séparée : le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi par les créanciers du constituant, sauf fraude et sauf droit de suite constitué antérieurement à la fiducie à leur profit.
  
- **La responsabilité de l'avocat**
  - Responsabilité pour faute dans l'exécution des obligations contractuelles correspondant à la mission qui lui a été confiée : bien gérer, en rendre compte... Responsabilité civile professionnelle devant faire l'objet d'une assurance spéciale.

- Même conclue à titre de garantie, la fiducie peut conférer au fiduciaire des pouvoirs excédant les simples pouvoirs de gestion et d'administration. Il peut avoir à procéder lui-même à des ventes et à gérer le rechargement de la garantie.
- Le cas particulier de la restitution : le fiduciaire peut n'être que « dépositaire » ; mais ce sera rare. Dans ce cas il sera bien évidemment propriétaire intérimaire et tenu d'une véritable obligation de restitution relevant de l'assurance manquement de fonds.

## **LA PROBLEMATIQUE DEONTOLOGIQUE**

La mission du fiduciaire est globale et à contours... illimités : gestion mobilière et/ou immobilière relevant de techniques parfois sophistiquées, prises de décisions stratégiques en tant que propriétaire, ... et donc prise de risque correspondant relevant de l'aléa de gestion.

Limites du pouvoir normatif du Conseil National : il ne peut « rajouter » des conditions d'application ne figurant pas dans les textes législatifs et réglementaires, sauf à demander un complément de réglementation (loi ou décret complémentaire).

Il ne s'agit pas de durcir ou d'assouplir la déontologie qui est celle de l'avocat, mais de comprendre que la situation de fiduciaire met l'avocat dans une situation particulière, à risque, justifiant à ce titre que des précautions particulières soient prises ; il n'y a ni soupçon, ni laxisme à avoir face à l'avocat fiduciaire ; il faut simplement être conscient de la nécessaire prévention de risques découlant de la situation, l'appréciation du comportement du professionnel concerné n'étant pas en cause.

### **▪ Secret professionnel**

- Le nouvel art 66-5 de la Loi du 31 décembre 1971 modifiée établit une hiérarchie : les règles générales sur le secret professionnel ne font pas obstacle aux règles spécifiques à cette activité sauf pour les correspondances ne portant pas la mention officielle adressées par un confrère non avisé que le destinataire agit en qualité de fiduciaire.
- Obligations spécifiques vis-à-vis de Tracfin.
- Conséquences à en tirer sur la sanction de l'obligation de mentionner sa qualité de fiduciaire pour ne tromper personne.
- Conséquences à en tirer pour isoler l'activité fiduciaire (identification des dossiers, pièces, liste de clients ou partenaires, comptes, déclarations... concernés par cette activité).

### **▪ Indépendance**

- La gestion de patrimoine pose toujours la problématique de l'indépendance du professionnel par rapport à l'ensemble des partenaires et « fournisseurs » avec lesquels il sera amené à travailler : c'est la problématique de la rétrocession de rémunération ou de commission qui est ici particulièrement en cause.
- Modalités de calcul et transparence de la rémunération du fiduciaire.

### ▪ **Conflits d'intérêts**

- Le « *client* » de l'avocat fiduciaire (ou « protecteur ») est le constituant et/ou le bénéficiaire ; c'est vis-à-vis d'eux que doivent être appréciés les conflits ou risques de conflits d'intérêts.
- Quid lorsque le conflit apparaît en cours d'exécution de la mission de fiducie alors même que l'avocat est lié par ses obligations contractuelles : peut-il, doit-il et dans quelles conditions se retirer de la mission ?
- La mention relative à l'intervention de l'avocat, en tant que fiduciaire, est capitale en matière de gestion de conflits d'intérêts : comment en assurer le respect effectif ?

### ▪ **Le devoir de compétence**

- La compétence professionnelle de l'avocat et de son équipe est en la matière fondamentale et devrait couvrir outre les aspects juridiques et fiscaux, l'ensemble de la problématique de la gestion d'actifs.
- La compétence de l'avocat et/ou de son équipe dans les matières économiques ou stratégiques doit-elle pouvoir faire l'objet d'un contrôle au travers d'une mention de spécialisation ou d'un diplôme ?

### ▪ **La déontologie de la co-traitance et de la sous-traitance**

- Il sera rare que l'avocat « *fasse tout* », il est plus ou moins contraint à sous-traiter une partie de sa mission... ce qui est un gage d'efficacité de sécurité et de qualité... mais il reste en principe « *chef du projet* », « *architecte* » de la mission de la mission de fiducie.
- L'avocat peut être sous-traitant ou co-traitant d'une mission fiduciaire.
- Dans tous ces cas, il faut transposer les règles de la sous-traitance et de la co-traitance déjà élaborées par le Conseil National.

### ▪ **Les managements de fonds**

- L'exclusion de la gestion des fonds fiduciaires par les CARPA.
- Opportunité de cette règle ?

### ▪ **La problématique des incompatibilités**

- L'avocat ne peut accepter une mission qui serait incompatible.
- Certes, il gère son patrimoine... mais cela ne l'autorise pas à exercer une activité commerciale (gérer un fonds de commerce...) ou un mandat social dans une société commerciale.

## **L'ENCADREMENT PROFESSIONNEL**

Au-delà de la déontologie la profession se doit de diffuser les bonnes pratiques professionnelles par des actions de formation appropriées qui seront tout autant des actions de prévention que des modèles propres à sécuriser ces opérations.

### ▪ **La formation professionnelle**

- Formation au droit substantiel
- Formation déontologique
- Création d'une spécialisation et investissement, par la profession, des « masters » de gestion de patrimoine ou autres formations spécialisées.

▪ **Guide de bonnes pratiques**

- La définition de la mission de l'avocat fiduciaire
- La réflexion sur la création de structures dédiées
- Les partenariats et leur gestion.

**CONCLUSION**

L'avocat fiduciaire reste un avocat tenu par sa déontologie. C'est d'ailleurs bien parce qu'il a une déontologie que le gouvernement a permis à l'avocat d'être fiduciaire.

Pierre Berger  
Président de la Commission des Règles et Usages