

# COMMISSION OUVERTE **PATRIMOINE ET FIDUCIE**

Co-responsables :

MARTINE BLANCK-DAP

HUGUES LETELLIER, SILVESTRE TANDEAU DE MARSAC

Mardi 4 juin 2013

## Déontologie et fiducie

Intervenant :

Silvestre Tandreau de Marsac

Ancien membre du conseil de l'Ordre



# Revue

Lexbase Hebdo édition professions n°152 du 27 juin 2013

[Avocats/Déontologie] Pratique professionnelle

## Déontologie et fiducie — Compte rendu de la Commission ouverte "Patrimoine et fiducie" du barreau de Paris du 4 juin 2013

N° Lexbase : N7664BTZ



par *Sophie Cazaillet, Rédactrice en chef*

Le 4 juin 2013, dans la salle Gaston de Monnerville de la Maison du barreau à Paris, la Commission ouverte "Patrimoine et fiducie" de l'ordre des avocats au barreau de Paris regroupait les avocats autour du thème de la conciliation entre déontologie et fiducie. Silvestre Tandeau de Marsac, co-responsable de la commission, associé du cabinet Fischer, Tandeau de Marsac, Sur & Associés et co-fondateur de l'association des avocats fiduciaires, est intervenu sur ce sujet. Si la fiducie ne rencontre pas encore un franc succès parmi les avocats, elle intéresse de plus en plus la profession, et doit être traitée avec précaution. En effet, même si un avocat fiduciaire est avocat avant d'être fiduciaire, les règles de sa déontologie, telles qu'il les connaît dans l'exercice de sa profession de tous les jours, rencontrent quelques aménagements lorsqu'il s'agit de revêtir le costume de fiduciaire.

### I — Le rôle de l'avocat dans la fiducie

Depuis la loi de modernisation de l'économie, dite "LME" (loi n° 2008-776 du 4 août 2008 N° Lexbase : L7358IAR), l'avocat peut participer à une fiducie en tant que fiduciaire. Ses atouts ? Un professionnalisme protégé par une déontologie et un Ordre, une assurance de responsabilité et une garantie de représentation des actifs à hauteur de 5 % des biens immeubles et 20 % des actifs mobiliers placés en fiducie.

A la suite de l'entrée légale de l'avocat dans la fiducie, le Conseil national des barreaux a modifié le règlement intérieur national de la profession d'avocat (N° Lexbase : L4063IP8), afin d'y intégrer une disposition particulière encadrant la déontologie de l'avocat fiduciaire :

## "6.2.1 L'activité de fiduciaire [...]"

### 6.2.1.1 Principes

*L'avocat fiduciaire demeure, dans l'exercice de cette activité, soumis aux devoirs de son serment et aux principes essentiels de sa profession ainsi que, plus généralement, à l'ensemble des dispositions du présent règlement intérieur national.*

*Dans le cadre de sa mission fiduciaire, l'avocat ne peut exercer une activité incompatible avec sa profession au sens des articles 111 et suivants du décret du 27 novembre 1991 (décret n° 91-1197, organisant la profession d'avocat N° Lexbase : L1114ARP).*

### 6.2.1.2 Déclarations à l'Ordre

*L'avocat qui entend exercer l'activité de fiduciaire doit souscrire à titre individuel une assurance spéciale pour garantir tant sa responsabilité civile professionnelle que la restitution des fonds, effets, titres et valeurs concernés. Il en fait alors la déclaration à l'Ordre par lettre adressée au Bâtonnier en justifiant de la souscription de l'assurance spéciale.*

*Le Bâtonnier accuse réception de cette déclaration sans délai.*

*L'avocat justifie chaque année au Bâtonnier du maintien des garanties d'assurance.*

### 6.2.1.3 Correspondances

*Dans toute correspondance, quel qu'en soit le support, qu'il établit dans le strict cadre de sa mission de fiducie, l'avocat doit indiquer expressément sa qualité de fiduciaire. Il doit par ailleurs attirer l'attention du destinataire sur le caractère non-confidentiel, à l'égard des organes de contrôle de la fiducie, des correspondances échangées avec lui au titre de cette mission.*

*Une correspondance dépourvue de la mention "officielle", adressée à l'avocat fiduciaire par un confrère non avisé de cette qualité, demeure confidentielle au sens de l'article 3 du présent règlement et couverte par le secret professionnel au sens de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 (loi n° 71-1130, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques N° Lexbase : L6343AGZ).*

### 6.2.1.4 Protection du secret professionnel

*L'avocat exerçant une activité de fiducie reste soumis à son secret professionnel, mais doit prendre toutes dispositions permettant aux autorités judiciaires, administratives et ordinales d'effectuer les contrôles et vérifications prévus par la loi et les règlements en ce domaine sans qu'il soit porté atteinte au secret professionnel et à la confidentialité des correspondances attachés aux autres activités de son cabinet et à ceux qui y exercent.*

*Il doit notamment utiliser un papier à lettres distinct et veiller à une identification claire et spécifique des dossiers de fiducie, lesquels doivent faire l'objet d'un rangement et d'un archivage séparés des autres dossiers. De même, tous les supports informatiques utilisés dans l'exercice de l'activité de fiducie doivent être consacrés exclusivement à cette activité et identifiés distinctement.*

### 6.2.1.5 Obligations particulières de l'avocat fiduciaire

#### Identification des parties

*L'avocat vérifie l'identité des parties contractantes et des bénéficiaires effectifs de l'opération. Il les informe des dispositions des articles 6.2.1.1 et suivants du RIN.*

*Les conflits d'intérêts s'apprécient par rapport au constituant et au(x) bénéficiaire(s). L'avocat désigné par le constituant en qualité de tiers, au sens de l'article 2017 du Code civil (N° Lexbase : L6970IC7), ne peut appartenir à la même structure d'exercice que celle à laquelle appartient l'avocat fiduciaire.*

#### Rémunération

*Dans le contrat de fiducie, la rémunération de l'avocat doit être distinguée de celle des autres intervenants.*

### *Comptabilité*

*Les activités de l'avocat fiduciaire doivent faire l'objet d'une comptabilité distincte de ses comptes professionnels et personnels et de son sous-compte Carpa. L'activité fiduciaire peut faire l'objet d'un contrôle de comptabilité conformément à l'article 17.9° de la loi du 31 décembre 1971.*

*Chaque fiducie fait l'objet d'un compte identifié et clairement séparé dans la comptabilité tenue par l'avocat.*

### *Obligation de compétence*

*L'avocat s'oblige à suivre une formation spécifique dans les matières liées à l'exécution de ses missions fiduciaires".*

Comment l'avocat peut-il intervenir dans le cadre d'une fiducie ?

#### A — L'avocat conseil des parties

Tout d'abord, l'avocat peut intervenir, dans l'expression la plus pure de sa profession, en tant que conseil. Lorsque c'est le cas, et qu'il participe à la rédaction du contrat de fiducie et veille à son efficacité, son rôle est délicat. A ce stade, il doit se demander qui est son client (le constituant, le bénéficiaire ?) et quels sont les objectifs de son client (afin d'éviter de se placer dans une situation de conflit d'intérêts).

Il est, de manière générale, fortement déconseillé à l'avocat d'arborer les deux casquettes : conseil et fiduciaire.

#### B — L'avocat fiduciaire

Car, en effet, l'avocat peut, depuis la "LME", agir comme fiduciaire. Il sera amené à gérer les droits et biens mis en fiducie, dans le respect du contrat de fiducie et dans l'intérêt du bénéficiaire.

Si classiquement la fiducie se divise en, d'une part, la fiducie-gestion et, d'autre part, la fiducie-sûreté, le contrat de fiducie est, en réalité, pourvu d'une liberté contractuelle qui lui permet de gérer de nombreuses situations, de façons différentes. Par exemple, l'avocat peut agir comme fiduciaire dans l'intérêt de majeurs incapables. Ou alors, lorsqu'une entreprise rencontre une difficulté, l'avocat peut être amené à agir dans une fiducie constituée afin de gérer des biens dans l'intérêt des salariés (ce fut le cas pour Pétroplus).

#### C — L'avocat tiers protecteur

Enfin, l'avocat peut intervenir comme tiers protecteur dans la fiducie (C. civ., art. 2017). Dans ce cas, il n'est pas le fiduciaire, mais il veille à la bonne exécution du contrat de fiducie.

Attention, il n'est pas permis à un avocat fiduciaire et à un avocat tiers protecteur de faire partie de la même fiducie.

## **II — Les règles déontologiques de l'avocat fiduciaire**

Quelles sont les règles déontologiques s'imposant à l'avocat dans les trois rôles détaillés *supra* ?

Un principe fondamental irrigue cette question : l'avocat, qu'il soit conseil, fiduciaire ou tiers protecteur, demeure tenu à la déontologie de l'Ordre des avocats. Cette règle est rappelée dans le RIN, depuis sa modification par la décision du CNB des 3 et 4 avril 2009.

#### A — Le secret professionnel

L'avocat doit prendre toutes les dispositions permettant aux autorités judiciaires, administratives et ordinales d'avoir accès aux informations dans le cadre des contrôles et vérifications prévus par la loi. Comment une telle exigence peut-elle s'accorder avec le secret professionnel de l'avocat ?

Il convient, pour protéger l'activité "habituelle" de l'avocat, et ses clients, d'opérer une stricte distinction entre les deux activités : celle de conseil et celle de fiduciaire.

Comment cela se réalise-t-il en pratique ? Pour l'exercice de son activité de fiduciaire, il est vivement conseillé à l'avocat de séparer les locaux abritant ses dossiers de conseil de ceux hébergeant ses dossiers en rapport direct avec la fiducie. A titre d'exemple, les avocats suisses, qui exercent tant l'activité de conseil que de fiduciaire, disposent souvent de deux entrées dans leurs locaux, chacune correspondant à une activité. Concernant l'informa-

tique, certains supports doivent être dédiés à la fiducie, et ne pas entrer en interaction avec les supports utilisés pour l'activité de conseil. La comptabilité doit aussi être séparée.

Pour la correspondance de l'avocat, un papier à en-tête spécifique doit être utilisé, mentionnant sa qualité de fiduciaire, et introduisant une mention destinée à avertir le destinataire du caractère non secret de cette correspondance.

Un point de détail a retenu l'attention du CNB : si un avocat adresse à l'avocat fiduciaire un courrier, sans savoir qu'il agit en tant que fiduciaire, alors son courrier est marqué du sceau de la confidentialité.

#### B — L'indépendance

Il est exigé une totale transparence de la rémunération de l'avocat fiduciaire. Dans les contrats passés en application du contrat de fiducie, cette rémunération est distinguée de celle des autres intervenants.

En outre, l'avocat fiduciaire exerce sa mission dans l'intérêt du constituant, du bénéficiaire et du contrat de fiducie. Il n'est donc pas permis de se faire rétrocéder ses commissions.

#### C — Le conflit d'intérêts

L'avocat doit apprécier l'existence d'un conflit d'intérêts par rapport au constituant et au bénéficiaire.

Or, par exemple, il peut exister un risque de conflit d'intérêts lorsque l'avocat conseille un créancier et agit dans une fiducie à la demande du débiteur de ce créancier.

La question de l'objectif des protagonistes est donc essentielle, ainsi que celle de leurs relations avant et pendant la fiducie : quels sont leurs projets, les risques afférents, et quelles informations leur seront communiquées ?

#### D — La lutte contre le blanchiment

La vigilance du législateur en matière de blanchiment d'argent par le biais de fiducies est accrue. Cela explique pourquoi l'avocat doit identifier précisément les parties au contrat. Il doit se renseigner sur les bénéficiaires économiques, et contrôler leur identité avec les bénéficiaires juridiques.

#### E — La compétence

On sait que l'avocat fiduciaire doit s'engager à suivre une formation continue dans les domaines dans lesquels il sera amené à intervenir. Cette exigence est rassurante pour les constituants et les bénéficiaires, et permet à l'avocat d'être plus compétent et efficace dans l'exercice de son activité de fiduciaire.

#### F — Les incompatibilités

L'avocat ne peut pas exercer certaines professions. L'article 111 du décret du 27 novembre 1991 est clair :

*"La profession d'avocat est incompatible :*

*a) avec toutes les activités de caractère commercial, qu'elles soient exercées directement ou par personne interposée ;*

*b) avec les fonctions d'associé dans une société en nom collectif, d'associé commandité dans les sociétés en commandite simple et par actions, de gérant dans une société à responsabilité limitée, de président du conseil d'administration, membre du directoire ou directeur général d'une société anonyme, de gérant d'une société civile à moins que celles-ci n'aient, sous le contrôle du conseil de l'ordre qui peut demander tous renseignements nécessaires, pour objet la gestion d'intérêts familiaux ou professionnels".*

Dans le cadre d'une fiducie, il n'est évidemment pas possible de contourner cette règle. L'avocat devra mandater des tiers pour effectuer les missions qu'il ne peut pas accomplir lui-même. C'est d'ailleurs aussi pour cela que les avocats sont sollicités dans le cadre de fiducies ; en effet, un avocat est un professionnel, qui connaît le monde des affaires et sait s'entourer d'experts compétents et efficaces.

#### G — Le maniement de fonds

La fiducie n'est pas conciliable avec les règles de la Carpa. Les actifs transmis à l'avocat fiduciaire ne peuvent donc pas transiter par des comptes de la Carpa. Cela explique aussi pourquoi les activités de l'avocat fiduciaire et celles

---

de l'avocat conseil doivent faire l'objet de comptabilités séparées.

Il ne serait peut-être pas inopportun de réfléchir à un service commun pour les avocats fiduciaires mais distinct de la Carpa.

#### H — L'assurance de responsabilité du fiduciaire

Lorsque la fiducie a été ouverte aux avocats par la "LME", ces derniers ont souhaité mettre en avant deux atouts qui leur seraient propres : la déontologie de l'avocat et l'assurance de responsabilité du fiduciaire, distincte de la responsabilité classique de l'avocat. Cette dernière prévoit que 5 % des actifs immobiliers, et 20 % des actifs mobiliers inclus dans le contrat de fiducie se sont représentés. En réalité, cette garantie a été compliquée à mettre en place. En effet, les assureurs ont refusé d'émettre cette garantie, considérant qu'il ne s'agissait pas d'une assurance. En 2011, un décret (décret n° 2011-1319 du 18 octobre 2011, relatif à l'exercice de l'activité fiduciaire des avocats, art. 2 N° [Lexbase : L1984IRW](#)) a modifié le décret du 27 novembre 1991, afin de permettre à d'autres institutions de prendre en charge cette garantie.

Finalement, une banque a récemment accepté de proposer aux avocats fiduciaires ce type de garantie (lire *Les assurances et garanties de l'avocat fiduciaire — Compte rendu de la Commission ouverte "Patrimoine et fiducie" du 9 avril 2013*, Lexbase Hebdo n° 149 du 15 mai 2013 — édition Professions N° [Lexbase : N7064BTS](#)).