

L'AVOCAT FIDUCIAIRE : UNE REVOLUTION PROFESSIONNELLE ?

Par Maître Alain BERDAH et Maître Jean-Michel NOGUEROLLES – Avocats aux Barreaux de Nice – Association des Avocats Praticiens en droit des Affaires (AAPDA)

1. La mission de l'Avocat fiduciaire

Dans l'exécution de sa mission de fiduciaire, l'Avocat sera souvent amené à intervenir avec d'autres professionnels, relevant de métiers et de pratiques déontologiques différents.

C'est pourquoi, et afin de permettre à l'Avocat d'exécuter sa mission dans les meilleures conditions de qualité et de sécurité possible, il a été décidé de créer de nouvelles règles spécifiques à l'activité de fiducie (développées dans le Rapport de L'Assemblée Générale du Conseil National des Barreaux du 13 et 14 mars 2009 et fixées par la Décision à caractère normatif n°2009-001 du 3 et 4 avril 2009 (la « Décision à caractère normatif ») portant réforme du Règlement Intérieur National de la profession d'Avocat, relative à l'activité de fiduciaire).

L'Avocat qui accepte une mission fiduciaire reste Avocat et est, à ce titre, tenu au respect de l'ensemble des principes essentiels de la profession d'Avocat, sous réserve, bien entendu, des particularités à prévoir dans le cadre de l'activité de fiduciaire.

C'était, pour mémoire, la position adoptée par le Barreau de Paris concernant les Avocats fiduciaires ou trustees (à l'étranger).

Cette soumission à la déontologie de l'Avocat peut constituer pour la profession un sérieux avantage concurrentiel, en particulier par rapport au secret professionnel, à l'indépendance de l'Avocat et sa capacité à gérer les conflits.

2. Le secret professionnel

Le principe est clairement posé qu'en matière de secret professionnel, des règles propres à la fiducie s'appliquent. En revanche, il n'est pas dérogé au caractère confidentiel des correspondances adressées par un Avocat à un Avocat fiduciaire dans l'ignorance de la qualité de fiduciaire de ce dernier.

Le législateur a clairement prévu que dans certains cas l'opposabilité du secret professionnel vis-à-vis des autorités de contrôle en matière financière fasse l'objet de règles particulières.

C'est pourquoi la Décision à caractère normatif prévoit :

- l'obligation pour l'Avocat fiduciaire de faire mention de sa qualité dans toute correspondance ou document de manière à bien informer les tiers qu'il agit en cette qualité,

- la mention dans ces documents du particularisme de l'opposabilité du secret professionnel aux autorités de contrôle en matière financière,
- la nécessité de prendre toutes mesures concrètes pour isoler au sein du cabinet l'activité de fiduciaire / protection des pièces, documents supports et fichiers informatiques (ordinateurs différents etc.)
- la tenue d'une comptabilité séparée relative à l'activité fiduciaire avec des sous-comptes / fiducies.
- la vérification de l'identité des parties contractantes et des bénéficiaires réels de l'opération.

3. L'indépendance

L'Avocat fiduciaire sera appelé à intervenir avec d'autres professionnels dans le cadre de l'exercice de sa mission.

Mais l'Avocat fiduciaire ne peut concevoir sa mission que dans l'intérêt exclusif du constituant et de ses éventuels bénéficiaires. Il ne doit en aucun cas être soupçonné d'être intéressé de près ou de loin à la rémunération de la mission des autres intervenants.

La transparence du mode de financement de la mission de l'Avocat permettra à celui-ci d'éviter que sa mission fiduciaire ne devienne celle d'un simple intermédiaire.

4. Les conflits d'intérêts

La gestion par l'Avocat des éventuels conflits d'intérêt dans le cadre de sa mission présente à l'évidence quelques spécificités : la gestion des conflits d'intérêt s'apprécie par rapport à chacun des intervenants (constituants, bénéficiaires etc.), ce incluant l'ensemble des Avocats de la structure d'exercice.

5. L'exigence de la compétence

L'exigence de compétence fait partie des principes essentiels de la profession d'Avocat. L'Avocat fiduciaire ne peut disposer de toutes les compétences et doit travailler pour ce faire avec d'autres professionnels.

La Commission Règles et Usages du Conseil National des Barreaux a proposé la création d'une spécialisation supplémentaire et la mise en place par la profession d'actions de formation sur ce thème.

La Commission s'est engagée à publier une information sur les bonnes pratiques à mettre en œuvre en vue de la rédaction des contrats de fiducie.

6. L'obligation de déclaration et d'assurance

L'obligation de faire une déclaration préalable à l'Ordre ainsi que de faire état annuellement des missions fiduciaires en cours, mais aussi le principe de la souscription par l'Avocat

fiduciaire d'une assurance spéciale (conditions à déterminer par décret) ont été prévus à l'article 6.2.1.2 de la Décision à caractère normatif.

7. Les incompatibilités ?

L'Avocat fiduciaire propriétaire légal des actifs fiduciaires n'en reste pas moins Avocat et à ce titre soumis aux incompatibilités que lui imposent les articles 111 et suivants du décret du 27 novembre 1991.

Un Avocat fiduciaire ne peut devenir exploitant direct d'un fonds de commerce ou mandataire social de société dont il serait devenu titulaire par suite de la transmission de parts ou actions à son profit dans le cadre de sa mission fiduciaire.

L'Avocat fiduciaire devra de ce fait désigner dans les formes légales un locataire-gérant, un mandataire social etc.

Il est néanmoins raisonnable aujourd'hui de penser que les règles d'incompatibilités devront être revues ou mises à jour afin de tenir compte de la nouvelle mission de l'Avocat fiduciaire.