

PLAN DETAILLE D'INTERVENTION

EUROJURIS 21 JANVIER 2011

PATRIMOINES AFFECTÉS : FIDUCIE ET EIRL

DEUXIEME PARTIE : L'AVOCAT ET LA FIDUCIE Par Alain PROVANSAL, Avocat à Marseille

Introduction :

Thèmes exclus de l'étude :

- L'avocat constituant à titre professionnel ou personnel ;
- L'avocat d'une des parties dans un contentieux relatif à la fiducie.

Thèmes envisagés :

- Le nouveau métier de l'avocat et son rôle dans la fiducie sachant que les notaires ont refusé d'être fiduciaires et que les avocats ont accepté en s'engageant à se former pour permettre une concurrence avec les anglo-saxons et les suisses.
- L'originalité de sa déontologie dans ce cadre.

1^{re} partie : Les différents rôles de l'avocat dans la fiducie

I. L'avocat rédacteur

A. Le rôle :

1. Le devoir de conseil général de la fiducie par rapport à d'autres techniques, de la fiducie gestion ou de la fiducie sûreté avec ou sans dépossession;
2. Le choix du support écrit *ad validitatem* : acte sous-seings privés, acte d'avocat, acte notarié quand cela est nécessaire (voir ci-après).

3. Prise en compte des mentions obligatoires :

1) Identité des intervenants et vérification : constituant, fiduciaire, bénéficiaire (ou règles de désignation de celui-ci)

2) Biens objets de la fiducie, droits, créances, sûretés, meubles corporels ou incorporels, immeubles ou droits réels immobiliers (droits à construire, droit de surélévation), démembrement de propriété.

C'est le but de la fiducie.

3) Les biens, droits ou sûretés transférés doivent être déterminés ou déterminables,

4) Durée du transfert (99 ans maximum),

5) Mission du fiduciaire et étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition

6) Issue de la fiducie : soit attribution au constituant s'il est le bénéficiaire (fiducie gestion), soit attribution au créancier pour payer sa dette (soit le fiduciaire, soit un autre bénéficiaire) du bien ou du prix de vente.

7) Nature et contrôle des obligations de compte-rendu de sa mission par le fiduciaire au constituant au bénéficiaire s'il est désigné et différent.

8) Pour la fiducie sûreté, le montant de la dette garantie (il n'y a pas de fiducie omnibus) le fait générateur de la dette et la valeur des biens.

4. Le rappel des obligations déclaratives et le choix du déclarant :

1) L'enregistrement dans le mois à peine de nullité du contrat, de ses avenants, de la désignation du bénéficiaire et de la transmission des droits s'il y a lieu.

2) Registre National des Fiducies : registre national aux fins de contrôle auprès de la Direction Générale des Finances Publiques

3) Déclaration auprès de l'Administration des impôts (double emploi?) en vertu de l'article 238 QUATER L (ancien 238 VH transféré par ordonnance du 30 janvier 2009) complété par l'article 344 M CGI annexe

III qui précise : délai de QUINZE JOURS, service des impôts du siège de l'entreprise du fiduciaire désigné.

5. Le respect des obligations d'inscription à peine de nullité suivant la nature des biens (Greffes du Tribunal de Commerce, Conservation des Hypothèques, Préfecture)

6. Prise en compte des interdictions :

6.1 Biens de mineurs

6.2 Biens de majeurs sous tutelle

6.3 LIBERALITES

7. Imagination des mentions facultatives :

1) Objet de la fiducie : contrats, contrats à exécution successive

2) Issue de la fiducie : remise au constituant ou à un bénéficiaire désigné ou non, acceptant ou non

3) Obligations du constituant resté en possession

4) Désignation d'un tiers protecteur et mission

5) Recharge de la fiducie qui caractérise ce qu'il reste de droits au constituant sur les biens.

II. Les limitations du rôle :

1) Nécessité d'un acte notarié en cas de constitution de la fiducie :

1.1 Sur des immeubles (exigence de publicité foncière)

1.2 Par la communauté des époux (extension du domaine de la lutte des notaires alors que l'on crée l'acte sous signatures privés d'avocat)

1.3 Par une indivision (idem)

1.4 Sanction : nullité de la fiducie

2) Nécessité d'éviter la complicité de fraude

3) Nécessité de se soumettre à une déclaration de soupçon

III. La responsabilité du rôle :

1. Pour l'avocat d'une partie :

Devoir de conseil sur le choix de la fiducie-gestion et/ou sûreté ;

- 1) Sur les clauses engageant et garantissant le client constituant ou fiduciaire ;
- 2) Responsabilité vis-à-vis de l'incapable majeur et concomitance avec un curateur ;
- 3) Le choix du bénéficiaire à condition d'avertir le constituant que l'acceptation par celui-ci de ce bénéfice sera irrémédiable.

2. L'avocat de toutes les parties :

- 1) Devoir d'équilibre dans les droits et obligations de chacun (sous réserve que la contrepartie due par le bénéficiaire puisse être moindre que la valeur du patrimoine fiduciaire);
- 2) Devoir de prévisibilité des contentieux relatifs au contrat, à son exécution et à son dénouement;
- 3) Devoir de conseil général sur l'enregistrement, les obligations fiscales et notamment les plus-values;
- 4) Devoir de précisions de la mission du fiduciaire, de la prévision ou non et, dans l'affirmative, du choix de l'étendue de la mission du tiers protecteur;
- 5) Devoir d'évaluation des biens au besoin avec le concours des tiers;
- 6) Devoir de préciser le transfert des risques, la charge des diagnostics sur les immeubles, l'assurance des biens.

IV. L'avocat fiduciaire

1. Légitimité de cette activité :

1-1 La loi L.M.E. du 4 août 2008 a créé l'article 2015 du Code Civil issu de la Loi du 4 août 2008:

Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article [L. 511-1](#) du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article [L. 518-1](#) du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article [L. 531-4](#) du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article [L. 310-1](#) du code des assurances.

Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire.

1-2 Le Règlement Intérieur National : à partir de la décision du Conseil National des Barreaux prise Assemblée Générale des 3 et 4 avril 2009 publié au Journal Officiel par décision normative du 24 avril 2009 (insérant un article 6.2.1 dans le RIN)

Règlementant d'une part :

- (a) Les principes (maintien des grands principes de la profession)
- (b) La Déclaration à l'Ordre (de l'activité et de l'assurance souscrite à justifier)
- (c) Les correspondances
- (d) La protection du secret professionnel (réserves blanchiment)

Et rappelant les obligations particulières de l'avocat d'autre part :

- (a) Identification des parties et vérification de celle-ci
- (b) Rémunération
- (c) Comptabilité
- (d) Obligation de compétence

1-3 Le décret 2009 n°2009-1627 du 23 décembre 2009 relatif aux conditions d'exercice par les avocats de l'activité fiduciaire et précisant les obligations déontologiques et de séparation des activités qui renforce le RIN et impose ou rappelle :

(e) Déclaration à l'Ordre

(f) Assurance : garantie minimum, justification annuelle à l'Ordre, droit de contrôle de l'assureur de la comptabilité et du rapport du commissaire aux comptes

(g) Comptabilité séparée

2. Nature de l'activité :

- a. Conservation et entretien ou gestion des biens,
- b. Restitution au bénéficiaire des biens ou de leur équivalent,
- c. Obligation de gestion et de remplacement des biens fongibles.

3. Rôle dans la fiducie

3-1 Pour la fiducie sûreté :

- a. Choix de la garantie par rapport à d'autres garanties,
- b. Choix de la garantie par rapport au risque de procédure collective,
- c. Respect des obligations d'inscription et de publication de la sûreté

3-2 Pour la fiducie gestion :

- a. Protection des majeurs : concurrence du mandat de protection future
- b. Exécution forcée des engagements pris dans des pactes d'actionnaires (promesse de vente ou pacte de préférence)
- c. Prévision ou non de délégation et liberté ou non de choix du délégataire ou sous-traitant (la responsabilité reste au sous-traitant) ; l'avocat ne peut exploiter un fonds de commerce et un délégataire s'impose.

Précautions à prendre : le fiduciaire est associé, il vote, participe aux dividendes : attention aux incompatibilités avec l'article 111 du décret du 27 novembre 1971.

3-3 Pour la fiducie et gestion de patrimoine :

1. Gestion de bon père de famille sauf si la convention prévoit gestion dynamique ou risquée (mais devoir d'information et de mise en garde)
2. Gestion à charge de restituer avec fruits les biens afin de les faire fructifier moyennant rémunération à définir et risque de responsabilité accrue.
3. Prévision ou non de délégation et liberté ou non de choix du délégataire ou sous-traitant (la responsabilité reste au sous-traitant)

V. L'avocat : tiers protecteur

Attention : le constituant personne physique ne peut renoncer à cette faculté (concerne aussi l'avocat rédacteur)

1. Fonction : il est chargé de protéger les intérêts du bénéficiaire au besoin en substituant le fiduciaire.
2. Rôle de surveillance et de l'exécution de la fiducie, de la gestion des biens, du respect des obligations fiscales et contractuelles.
3. Application des sanctions en cas de défaillance selon les termes du contrat.
4. Action judiciaire de délivrance, restitution, remplacement et dédommagements de biens.

VI. L'avocat cotraitant :

1. Avec le notaire (obligatoire faut-il le rappeler pour certains actes de constitution de fiducie)
 2. Avec l'expert-comptable (sans empiètements des missions réciproques).
 3. Avec le commissaire-priseur et l'huissier de justice (missions plus limitées).
 4. Avec le conseil en gestion de patrimoine.
 5. Avec le conseil en instruments financiers ou intermédiaire financier.
 6. Avec le locataire-gérant du fonds de commerce. (Rappel : interdiction à l'avocat de gérer le fonds de commerce)
-

2^e partie : l'avocat fiduciaire et la déontologie

Les règles déontologiques sont si essentielles que la perte de la qualité d'avocat met fin à la fiducie.

C'est grâce à elles que l'ouverture de la fiducie s'est faite aux avocats; en effet, dans le rapport au Président de la République sur l'ordonnance du 30 janvier 2009 il est écrit :

"leur (des avocats) très bonne connaissance du droit des obligations leur permettra d'élaborer des contrats de fiducie innovants, gage de croissance de ce mécanisme juridique. LEUR DEONTOLOGIE constituera une importante GARANTIE pour les constituants et bénéficiaires."

I. Les règles de séparation :

1. Séparation physique des dossiers : le RIN dispose que les dossiers de fiducie doivent être rangés et archivés séparément des autres dossiers (6.2.1.4 alinéa 2); il dispose aussi que l'avocat doit avoir un système informatique séparé pour le traitement des fiducies.
2. Séparation des comptes bancaires : tant professionnels que personnels ainsi que du sous-compte CARPA (RIN 6.2.1.5); le compte des fiducies ne peut être ouvert à la CARPA;
3. Séparation des comptabilités : (décret article 5 modifiant 231 décret 27.11.1971); chaque fiducie fait l'objet d'un compte séparé dans la comptabilité de l'avocat.
4. Séparation des honoraires avec les autres intervenants : distinction des factures et règlements et encaissements distincts.
5. Séparation des assurances (voir contrat souscrit par Société de Courtage des barreaux)

II. Les règles d'interdiction

1. Interdiction de gérer certains biens : fonds de commerce, biens illicites, etc.

2. Incompatibilité : pour la fiducie gestion (parts de sociétés en nom collectif, parts de société en commandite simple ou par actions)

2) L'application des règles traditionnelles

L'apport de la déontologie aux parties :

1. L'indépendance (obligation de rémunération séparée des autres intervenants).
2. Les conflits d'intérêts (l'avocat du constituant ne peut pas être l'avocat du bénéficiaire s'il s'agit de personnes distinctes, ni bien entendu celui du fiduciaire).
3. LA COMPETENCE : l'avocat s'oblige à une formation spécifique dans les matières liées à l'exécution de ses missions fiduciaires.
4. MAIS le secret professionnel *dégradé* : le secret protège les clients, mais ce secret est dégradé : l'avocat fiduciaire est soumis aux obligations de vigilance et de déclaration de soupçon de la législation sur le blanchiment d'argent.

5. Les règles d'assurance :

1. Assurance obligatoire pour 1.500.000€ minimum par sinistre avec franchise de 3.500€ de la responsabilité civile spéciale et séparée de celle de l'exercice professionnel classique (le contrat prévoit de lourdes charges de déclarations et de justificatifs pour l'avocat). La garantie est limitée à 5% de la valeur des biens meubles et 20% de la valeur des immeubles.
2. Assurance de maniement de fonds séparée de celle de l'exercice professionnel

Les justifications de la souscription et du maintien annuel des garanties doivent être faites à l'Ordre.

Conclusion :

- L'intérêt de la fiducie pour l'avocat rédacteur, conseil, tiers protecteur et les risques pour le fiduciaire
- L'ouverture vers de nouvelles activités de la profession d'avocat : correspondant informatique et libertés, mandataire en transaction immobilières, agent sportif
- Le maintien du rôle traditionnel de conseil, de défense, de représentation et d'assistance de l'avocat qui n'est pas incompatible sinon chez la même personne, au moins dans la même structure voire dans le même réseau.
- Le manque : la reconnaissance du *trust* en France et la possibilité d'une activité internationale plus large.