

OUVERTURE DE LA FIDUCIE AUX AVOCATS

Un métier nouveau qui bénéficie des collaborations naturelles des avocats et des professionnels de la gestion de biens

Dates Clés

1971

les avocats investissent les tribunaux de commerce

1991

fusion des avocats et des conseils juridiques

Loi du

19 février 2007

consacre la notion de patrimoine d'affectation, dont l'application est encore réservée aux établissements financiers et d'assurance.

Loi du 4 août 2008

(LME) permet aux avocats de se constituer fiduciaire.

24 avril 2009

modification du RIN pour définir le cadre déontologique d'exercice de la fiducie par les avocats.

Décret du

2 mars 2010

création du Registre national des fiducies, permettant un traitement automatisé des données personnelles



La profession évolue, s'étend, intègre des domaines d'activités nouveaux. Les deux dernières années ont été celles de l'ouverture à la fiducie, avec en avril dernier l'adoption des modifications du RIN encadrant le domaine à investir. Depuis l'ouverture de cabinets d'avocat-conseil à la réflexion sur l'entrée des avocats dans les directions juridiques des entreprises, nombreux sont les signes d'une tendance forte, d'un changement assumé, qui tend à faire tomber les barrières entre le monde du

droit et le monde de la gestion économique. La fiducie est au cœur de ces évolutions.

Selon Jean Castelain, associé du cabinet Granrut-Avocats, élu Bâtonnier de Paris pour 2010-2011, « Le changement est très significatif, c'est là une évolution majeure de la profession d'avocat. On l'associait à la robe, au contentieux, mais depuis son entrée dans les tribunaux de commerce en 1971 et la fusion des avocats et des conseils juridiques en 1991, la donne change. La

protection de la déontologie lui donne un capital de confiance spécifique. En même temps, faisant face à la concurrence, il entre dans la modernité, il avance dans l'entreprise. La fiducie, c'est l'ouverture d'un marché nouveau et la continuité d'un changement profond dans la profession d'avocat. »

De quoi parle-t-on ?

Le fiduciaire est une personne physique ou morale, à laquelle est temporairement transférée la propriété de



À retenir

- Obligation pour l'avocat fiduciaire de souscrire une police d'assurance spécifique.
- Séparation stricte entre les dossiers de la fiducie et les affaires courantes du cabinet.
- Séparation de la comptabilité des deux activités.
- Obligation de déposer les fonds issus de la fiducie sur un autre compte que la CARPA.
- La fiducie doit rester une activité accessoire du cabinet.
- L'avocat fiduciaire est un intermédiaire entre le constituant et le gestionnaire de Patrimoine.

biens ou de droits, qui constituent une masse séparée de son patrimoine, à charge pour elle d'agir dans l'intérêt du constituant ou d'autres bénéficiaires dans un but déterminé.

Comme l'indique Jean-Patrick Delmotte, associé du cabinet Granrut-Avocats :
« Dans ses applications concrètes, la fiducie tranquillise un créancier, en offrant

une garantie spécifique, opposable aux tiers, ouvrant au débiteur de meilleures conditions de crédit. Cette sûreté, inscrite au patrimoine d'affectation, réduit grandement le risque assumé par le prêteur, dont le remboursement est garanti. Dans le même temps, elle permet un crédit rechargeable pour l'emprunteur, puisque le volume de la garantie ne baisse pas ».

Avancées législatives : droits et devoirs de l'avocat

L'article 2015 du code civil précise que les membres de la profession d'avocat peuvent avoir la qualité de fiduciaire. Et le Conseil National des Barreaux a rapidement introduit dans le règlement intérieur national les dispositions nécessaires pour articuler la déontologie, qui continue de s'appliquer, à cette activité nouvelle.

La loi du 19 février 2007 instituait la fiducie en consacrant dans le droit positif la notion de patrimoine d'affectation, mais elle en réservait l'application aux établissements financiers et d'assurance. A sa suite, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a permis aux avocats de constituer une fiducie

à titre de garantie ou à des fins de gestion, excluant la fiducie à des fins de libéralité. L'ouverture est cependant encadrée par des contraintes réglementaires et déontologiques fortes.

Le RIN modifié le 24 avril 2009 s'applique, une obligation d'assurance spécifique est prévue, de même que la séparation stricte des dossiers et de la comptabilité de fiducie, distincts des affaires courantes du cabinet, et enfin l'exclusion de la CARPA pour recevoir les fonds issus de l'activité de fiduciaire. Enfin, conformément à sa déontologie, ce champ d'activité ne peut être qu'accessoire à celui de l'avocat conventionnel. Cette disposition à de fortes implications, notamment en matière de rémunération, l'avocat fiduciaire étant rémunéré par les honoraires définis dans le contrat de fiducie, et en aucun cas proportionnellement aux résultats des placements effectués.

L'approche est donc sensiblement différente de celle des banques et des gestionnaires de patrimoine avec lesquels la collaboration devrait l'emporter sur la concurrence.

Plus récemment, le décret du 2 mars 2010 a institué



un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Registre national des fiducies », mis en œuvre par le ministre chargé du budget. Ce traitement vise la centralisation des informations relatives aux contrats de fiducie, pour faciliter les contrôles.

Les avocats dans les métiers de la fiducie

Les avocats peuvent être constitués fiduciaires, mais ce n'est pas là le seul rôle qui peut leur être dévolu. L'avocat-conseil peut, conformément à son rôle habituel, intervenir pour conseiller les parties, voire rédiger le contrat de fiducie pour le compte du constituant. Son implication est encore plus grande s'il est désigné par ce dernier comme tiers protecteur, commissaire à l'exécution

de la fiducie par le fiduciaire. Dans ce cas, avec l'accord du fiduciaire, il peut même disposer des pouvoirs du constituant. On voit donc là se dessiner des enjeux de coopération qui seront au cœur du service au constituant.

« Tiers protecteur ou conseiller, le rôle de l'avocat est d'être maître d'œuvre de l'intérêt du constituant, sans se prétendre gestionnaire, notaire ou comptable, nous dit Maître Gosset.

Il a alors un statut d'ensemble, responsable de la bonne exécution du contrat par toutes les parties prenantes. » Selon Danièle Siboni, associée dans le cabinet Simon et associés,

« Il a pour responsabilité unique de veiller à l'exécution du contrat et le cas échéant provoquer une action en justice, mais pas

d'arbitrer les placements. »

Le fiduciaire est responsable en son nom propre et cette responsabilité ne saurait être partagée, mais la dimension partenariale est plus forte que dans les activités de l'avocat plaideur. Sur des opérations complexes, il ne marche pas sur les plates-bandes du gestionnaire de patrimoine, mais joue un rôle d'intermédiaire entre lui et le constituant, offrant à ce dernier une sécurité supplémentaire. D'après Philippe Gosset, fondateur de Gosset et Avocats, *« Le rôle de l'avocat fiduciaire est de déterminer pour le compte du client le meilleur gestionnaire du patrimoine et si la restitution des comptes est bonne. Son expertise contractuelle et judiciaire est précieuse, si le contrat est mal exécuté. »*





Il est probable que les avocats s'approprient progressivement les mécanismes en faisant leurs premières armes sur la fiducie garantie et les biens immobiliers.

« *Le travail actuel est dominé par les contacts avec des notaires, sur des affaires dont le risque est mesuré, ce qui implique des objectifs simples* », nous explique Maître Gosset. Mais des véhicules financiers et des supports de placements nouveaux vont étoffer le champ d'action du fiduciaire. Par exemple le sukuk, issu du monde financier islamique, devient accessible par la fiducie, et avec lui une partie de la manne des pétrodollars. Il va de soi que les institutions financières, qui ont déjà l'expérience de la maîtrise de placements mobiliers complexes, prendront une plus grande part dans la gestion

effective des fonds constitués en fiducie, et que les places financières françaises devraient bénéficier globalement de cette avancée.

Par ailleurs, la dimension contractuelle est essentielle et les avocats ont une grande expérience en la matière, à la fois en rédaction et en contentieux. C'est ce qu'illustre Me Jean-Patrick Delmotte : « *des évolutions sont à attendre en matière de cessions d'actions ou de titres, objets de pactes d'actionnaires : le placement en fiducie des titres assujettis aux droits de préemption ou de préférence permettra le respect à la lettre du pacte, évitera les procès fleuves lorsqu'un des associés, cosignataires du pacte, cède ses titres sans respecter les stipulations du pacte* »

Reste que, outre les rôles d'avocat-conseil ou de tiers

protecteur déjà évoqués, les terrains classiques seront les premiers à être investis par le mécanisme de la fiducie. Il s'agit par exemple de la défaisance, pour les queues de programmes non vendues par les promoteurs, qui verront coopérer le fiduciaire (avocat ou autre), le notaire et l'agent immobilier, ou encore de la gestion des dettes, qui concerne au premier chef les notaires qui se verront apporter un courant d'affaire nouveau par les avocats fiduciaires.

Collaborations : le nerf sans la guerre

Les règles procédurales de même que leur devoir de compétence vont nécessairement amener les avocats à collaborer dans cette activité avec d'autres professionnels. Que l'avocat lui-même soit fiduciaire, qu'il prépare avec le consti-



tuant le contrat de fiducie qui le liera au fiduciaire ou qu'il soit désigné comme tiers protecteur, la nécessaire orientation vers un expert dans le domaine concerné s'ajoute aux contraintes habituelles, qui exigent le recours à un notaire, à un expert comptable...

Le contrat peut d'ailleurs inclure des délégations, et même s'il ne peut y avoir de responsabilité partagée, Danièle Siboni précise qu'« il est probable qu'en dehors des avocats ayant une formation pointue en la matière, ils feront appel à des financiers pour s'assurer des meilleurs placements mobiliers ».

Une partie des relations sont impératives, comme l'acte notarié, obligatoire lorsque la fiducie est consentie par une personne physique les biens,

objets du transfert en fiducie relèvent d'une communauté entre époux ou d'une indivision. Naturellement, les placements eux-mêmes impliqueront les institutions financières. Comme l'explique Maître Gosset : « en amont, la fiducie immobilière implique un acte notarié, le fiduciaire va donc forcément chez le notaire, les comptables sont sollicités puisqu'il y a des comptes à rendre sur la gestion, et bien sûr, le fiduciaire comme l'avocat-conseil agit en lien avec d'autres acteurs sur les valeurs mobilières de placement et avec des professionnels dans l'assurance, banque, gestion patrimoine. »

Il faut retenir que l'avocat, tenu par sa déontologie, qui ne peut toucher que des honoraires, n'est pas intéressé aux résultats. Les partenariats qui se nouent dans le

respect de la déontologie et des termes du contrat de fiducie n'en font pas un associé, en relation d'affaires avec le client ou les gestionnaires de patrimoine : les honoraires rémunèrent la bonne exécution des engagements contractuels. Mais la coopération, assez naturelle dans le domaine des affaires, est nécessaire et des courants d'affaires peuvent éclore, mutualisant les compétences des avocats, des notaires et des financiers. On espère donc voir un domaine nouveau investi par les professionnels du droit, appuyés par les professionnels « historiques » de la gestion du patrimoine, qui bénéficieront en retour du développement d'activité. ■

Nicolas Laurent