



FISCHER, TANDEAU DE MARSAC,
SUR & ASSOCIÉS SOCIÉTÉ D'AVOCATS

« Le cadre juridique de la fiducie »

Séminaire organisé par l'EIFR – France
Mercredi 5 juillet 2017

Intervention de Silvestre TANDEAU de MARSAC
Avocat au Barreau de Paris

INTRODUCTION

→ Définition de la fiducie:

« La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires » (article 2011 du Code civil).

1. EVOLUTION DU CADRE LÉGISLATIF

Loi du 19 février 2007 instituant la fiducie n°2007-211 :

- Champ d'application restrictif des personnes pouvant être fiduciaire ;
- Interdiction de la fiducie libéralité;

Loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 n°2008-776 - article 18 :

- Extension de la qualité de constituant à toute personne ;
- Opposabilité simplifiée du transfert de créances au fiduciaire;
- L'avocat peut être fiduciaire;
- Fixation de la durée maximum du contrat de fiducie à 99 ans ;

1. EVOLUTION DU CADRE LÉGISLATIF

Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté:

→ Protection particulière apportée aux créanciers bénéficiaires d'une fiducie en cas de liquidation judiciaire de leur débiteur, en vue d'assurer l'efficacité de leur sûreté ;

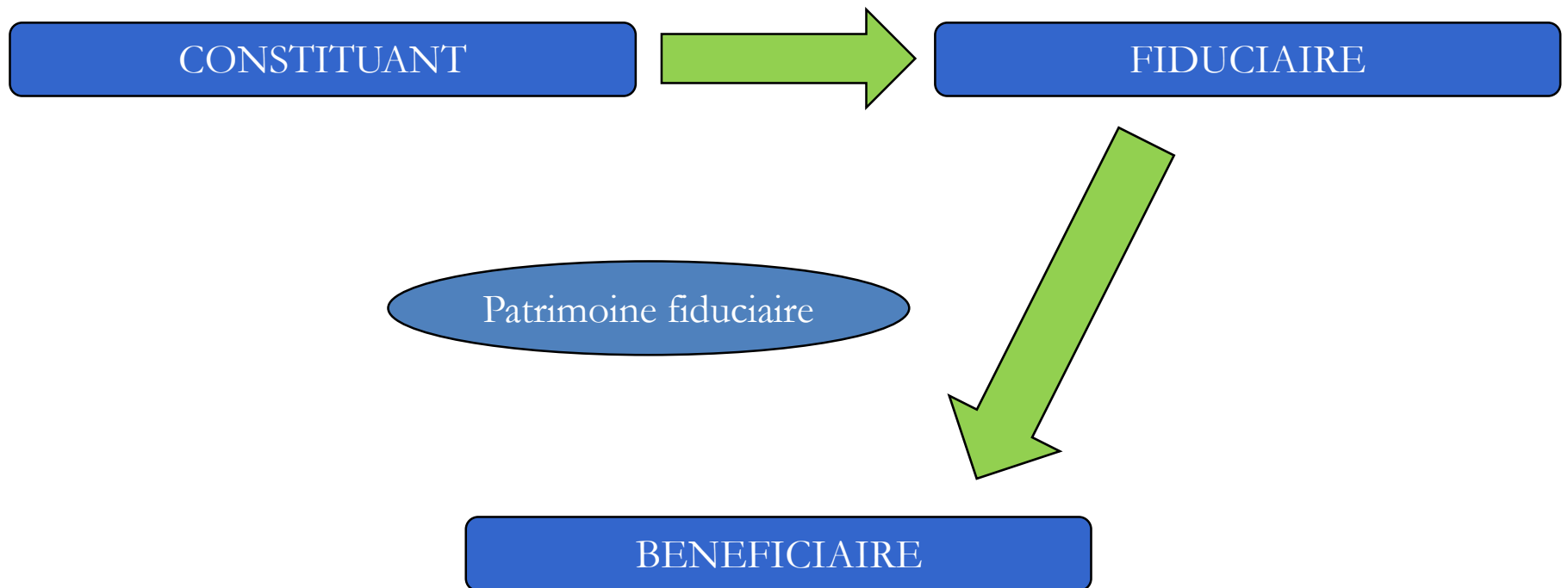
Ordonnance du 30 janvier 2009 n°2009-112 portant diverses mesures relatives à la fiducie :

→ Création des dispositions relatives à la propriété cédée à titre de garantie ;

Loi n°2014-1655 du 29 septembre 2014 de finance rectificative pour 2014 - Article 71:

→ Adaptation du régime mère-fille et de l'intégration fiscale pour les rendre applicables au constituant d'une fiducie lorsque ce dernier transfère les titres de ses filiales dans le patrimoine d'affectation;

2. L'OBJET DU CONTRAT DE FIDUCIE :



2. L'OBJET DU CONTRAT DE FIDUCIE :

2.1. La fiducie, outil de gestion :

- ➔ Le constituant transfère des biens ou des droits à un fiduciaire à charge pour celui-ci de les gérer soit dans l'intérêt du constituant, soit dans l'intérêt d'un tiers bénéficiaire.

- ➔ Exemples de fiducies constituées :
 - Pour isoler des actifs dans un patrimoine d'affectation, les mettant ainsi à l'abri des risques de procédure collective ;
 - Instrument d'opérations d'ingénierie financière (gestion séparée d'une participation, portage d'actions, exécution de garantie de passif, restructuration de la dette par le transfert de droits de vote, externalisation de la gestion du pacte d'actionnaires) ;
 - Financement de projets photovoltaïques : transfert des revenus générés par l'installation photovoltaïque à un fiduciaire, lequel va répartir les revenus entre la banque, l'assurance et payer les frais de gestion pendant une durée limitée.

2. L'OBJET DU CONTRAT DE FIDUCIE :

2.2. La fiducie, outil de garantie :

➔ Une personne transfère la propriété de biens ou de droits à un fiduciaire pour :

- Garantir la bonne exécution des obligations d'un débiteur qui peut se voir priver définitivement de la propriété des biens constituant le patrimoine fiduciaire en cas de non-respect;
- Garantir à un créancier de ne pas subir la loi du concours en cas de procédure collective de son débiteur;
- Sécuriser les financements (bancaires ou obligataires) en offrant au prêteur un « collatéral » qu'il pourra appréhender en cas de défaillance de son débiteur;

2. L'OBJET DU CONTRAT DE FIDUCIE :

2.3. La fiducie, outil souple, sûr et efficace :

- **Souple**: liberté contractuelle (sauf quelques mentions obligatoires);
- **Sûr**: une fois acceptés par le bénéficiaire de la fiducie, les droits du bénéficiaire sur le patrimoine fiduciaire sont « cristallisés » et ne peuvent être modifiés que d'un commun accord entre ce dernier et le constituant ou en justice;
- **Efficace**: la fiducie demeure pleinement et immédiatement efficace, nonobstant l'ouverture d'une procédure collective du débiteur

3. MISSION DU FIDUCIAIRE:

3.1. La mission du fiduciaire:

Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité, « *la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition* ». (Article 2018 du Code civil)

La mission du fiduciaire doit être définie soigneusement dans le contrat de fiducie.

Exemples : pouvoir de gestion, d'administration et de disposition du patrimoine fiduciaire / exercice des droits rattachés aux titres transférés, tels que des droits de vote, réception des actions dans le patrimoine fiduciaire, détention de la propriété des actions transférées et administration du patrimoine fiduciaire ou pour garantir le remboursement par le constituant du crédit-vendeur.

3.2. Les pouvoirs du fiduciaire:

- Dans les rapports avec le constituant :

Le fiduciaire doit agir « *dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* » (article 2011 du Code civil) ;

- Dans les rapports avec les tiers :

« *Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire **expressément mention*** » (article 2021 du Code civil) ;

« *Dans ses **rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs*** » (article 2023 du Code civil).

3. MISSION DU FIDUCIAIRE:

3.3 Les devoirs du fiduciaire:

- Le fiduciaire doit agir dans l'intérêt de la fiducie;
- Le fiduciaire doit rendre compte de sa mission au constituant au moins une fois par an (article 2022 du Code civil);
- Le fiduciaire doit rendre compte de sa mission au bénéficiaire et au tiers désigné à leur demande, selon la périodicité fixée par le contrat (article 2017 du Code civil).

3.4 Rémunération du fiduciaire:

- Rémunération forfaitaire ?
- Périodicité ?
- Rémunération en pourcentage ?
- Rémunération mixte ?

4. LES CARACTÉRISTIQUES ESSENTIELLES DU CONTRAT DE FIDUCIE:

- Objet : fiducie-gestion ou fiducie-garantie, « et en même temps »... ;
- Intervenants : constituant / fiduciaire / bénéficiaire/ tiers protecteur ;
- Forme : la fiducie doit être expresse et contenir certaines mentions obligatoires (article 2018 du Code civil) :
 - biens, droits ou sûretés transférés (s'ils sont futurs, ils doivent être déterminables/ s'ils dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat est établi par acte notarié, à peine de nullité) ;
 - durée du transfert ;
 - identité des intervenants ;
 - mission du fiduciaire et étendue des pouvoirs d'administration et de disposition ;
 - S'agissant d'une fiducie-sûreté: dette garantie et valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire
- Durée : ne peut excéder 99 ans

4. LES CARACTÉRISTIQUES ESSENTIELLES DU CONTRAT DE FIDUCIE :

- Contrat translatif de biens ou de droits ;
- Le fiduciaire doit exécuter sa mission de façon loyale et de bonne foi : indépendance? ;
- Séparation du patrimoine personnel du fiduciaire et du patrimoine fiduciaire affecté au but poursuivi par la fiducie : les biens, droits ou sûretés transférés ne peuvent pas être appréhendés par les créanciers personnels du fiduciaire en cas de procédure collective ouverte à son encontre.

4. LES CARACTÉRISTIQUES ESSENTIELLES DU CONTRAT DE FIDUCIE :

- **En cas de procédure collective affectant le débiteur constituant, le sort de la fiducie est réglé par la convention qui l'institue.**
 - La fiducie est en principe exclue des dispositions régissant les contrats en cours ;
 - Mais, si le débiteur est constituant et seul bénéficiaire d'un contrat de fiducie, l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire à son égard entraîne la résiliation de plein droit du contrat et le retour dans son patrimoine des droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire.

- **Extinction de la fiducie de plein droit dans certains cas, notamment (article 2029 du Code civil) :**
 - Décès du constituant personne physique sauf pour la fiducie – sûreté ;
 - Survenance du terme ;
 - Réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme ;
 - Renonciation par la totalité du/des bénéficiaire (s) à ses droits issus de la fiducie (sauf stipulation prévoyant les conditions dans lesquelles il se poursuit) ;
 - Le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire, d'une dissolution, d'une cession ou d'une absorption entraînant sa disparition (sauf stipulation prévoyant les conditions dans lesquelles il se poursuit) ;

4. LES CARACTÉRISTIQUES ESSENTIELLES DU CONTRAT DE FIDUCIE :

→ Obligations déclaratives du contrat de fiducie, des avenants et de la recharge :

- **Enregistrement au service des impôts du siège du fiduciaire;**
- Si transfert des droits réels immobiliers : **formalité fusionnée d'enregistrement et de publicité foncière** (article 2019 du Code civil);
- **Publication au fichier national des fiducies** : centraliser les informations relatives aux contrats de fiducie nécessaires pour faciliter les contrôles permettant la lutte contre l'évasion fiscale, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme
→ informations sur les personnes physiques ayant la qualité de constituant, de fiduciaire et, le cas échéant, les personnes physiques désignées dans le contrat de fiducie comme bénéficiaires, ainsi que sur les personnes morales ayant la qualité de constituant, de fiduciaire et, le cas échéant, les personnes morales désignées dans le contrat de fiducie comme bénéficiaires. (article 2020 du Code civil)
- **Registre des bénéficiaires effectifs des personnes morales** (décret n° 2017-1094 du 12 juin 2017): Ce registre liste les bénéficiaires effectifs des personnes morales. (Entrée en vigueur le 1^{er} août 2017 et délai jusqu'au 1^{er} avril 2018 pour se conformer aux dispositions pour les personnes morales déjà immatriculées).

Au sens de l'article R. 561-3 du Code monétaire et financier, dans le cadre d'une fiducie, on entend par bénéficiaire effectif de l'opération la ou les personnes physiques qui satisfont à l'une des conditions suivantes :

- **Elles ont vocation, par l'effet d'un acte juridique les ayant désignées à cette fin, à devenir titulaires de droits portant sur 25 % au moins des biens de la personne morale ou des biens transférés à un patrimoine fiduciaire ;**
- **Elles appartiennent à un groupe dans l'intérêt principal duquel la fiducie a été constituée ou a produit ses effets, lorsque les personnes physiques qui en sont les bénéficiaires n'ont pas encore été désignées ;**
- **Elles sont titulaires de droits portant sur 25 % au moins des biens de la fiducie;**
- **Elles ont la qualité de constituant, de fiduciaire ou de bénéficiaire, dans les conditions prévues au titre XIV du livre III du code civil.**

5. LES POINTS D'ATTENTION DANS LA MISE EN PLACE DE LA FIDUCIE :

5.1 Sur les parties :

- Questions relatives au constituant:
 - Autorisation du Conseil d'administration? Approbation de l'assemblée générale? Pouvoir du représentant?
 - La constitution d'une fiducie est-elle conforme à l'objet social?
 - Fiducie – sureté : autorisation des créanciers pour la constitution s'il existe des garanties sur le patrimoine mis en fiducie?
 - Vérifier l'absence d'état de cessation de paiement ?
 - Bénéficiaire effectif?

- Questions relatives au bénéficiaire:
 - Partie ou intervenant à l'acte?
 - Le constituant peut-il être bénéficiaire ?
 - Objet de l'intervention du bénéficiaire?
 - Conséquences de l'intervention du bénéficiaire?
 - S'il n'est pas partie, est-il déterminé ou déterminable?
 - Si le bénéficiaire manifeste son acceptation, la révocation est-elle possible?
 - Bénéficiaire effectif?

- Questions relatives au fiduciaire:
 - Personne physique ou morale ?
 - Bénéficiaire effectif?
 - Une entreprise d'investissement/d'assurance peut-elle être fiduciaire ? Le programme d'activité le prévoit-il? Quelle est l'étendue de l'agrément?

- Question relatives au tiers protecteur/ agent des sûretés
 - Existe-t-il un agent de la/les sûreté(s) ?
 - Doit-il intervenir au contrat ?
 - Quel est son rôle ?
 - A-t-il une autre qualité ?
 - Existe-il un tiers protecteur ? L'exclut-on ou non ? Doit-il intervenir s'il est désigné ?
 - Intervient-il à l'acte ?

5. LES POINTS D'ATTENTION DANS LA MISE EN PLACE DE LA FIDUCIE :

5.2. Sur la mission du fiduciaire:

- Quel est précisément la mission confiée par le contrat au fiduciaire?
- Quelles sont les obligations du fiduciaire ?

5.3 Sur le but de la fiducie :

- Quel est le but de la fiducie ?
- Dans quel cadre global s'inscrit-elle ?

5.4 Sur les conflits d'intérêt entre les parties :

- Quels sont les risques de conflits d'intérêt entre les parties ? Comment les gérer ?

5.5 Sur les intérêts des parties:

- Quels sont les intérêts des parties ?

5.6 Sur les identifications des biens/patrimoine transférés:

- Les biens ou patrimoine transférés sont-ils bien identifiés ?
- Si c'est un fonds de commerce: qui sont les propriétaires? Qui gère?
- Question des brevets et marques? Qui doit les renouveler?
- Quels sont les droits des tiers sur les actifs ?
- Le constituant est-il régulièrement titulaire des droits composant les actifs ?
- Les actifs sont-ils cotés?
- La fiducie est-elle possible en cas de procédures collectives ?

5. LES POINTS D'ATTENTION DANS LA MISE EN PLACE DE LA FIDUCIE :

5.7 Sur les clauses de résolution des différents:

- Clause de médiation préalable ? Clause d'arbitrage ad hoc ou institutionnel en cas d'échec?

5.8 Droit applicable :

- Choix des parties?
- Impact de la *lex rei sitae* ?
- Possibilité de soumettre à une autre loi que celle de la situation des biens?

5.9 Formalités :

- Fiduciaire avec faculté de délégation ?
- Qui supporte les coûts des frais, droits, et honoraires des formalités?

5.10 Force majeure :

- Faut-il prévoir une clause de force majeure ?

5.11 Garantie :

- Si la fiducie est garantie, comment la mettre en œuvre?
- Selon quelles modalités?
- Dans quel délai?
- Une expertise préalable doit-elle être prévue?
- Comment répartir et distribuer le prix entre les bénéficiaires, les constituants et les créanciers de la fiducie?
- En cas de vente de parts de société ou d'actions, faut-il prévoir une garantie d'actif ou de passif?
- Qui en aura la charge?
- En cas de défaut de paiement: faut-il une mise en demeure?

5.12 Impôts et taxes :

- Qui les paie?
- Imputation des impôts et des charges?
- Question de la plus-value en cas de vente des biens ou titres placés en fiducie?

6. COMPTABILITE DE LA FIDUCIE:

- Comptabilité distincte des actifs transférés (bilans, compte de résultats, annexes certifiés par un commissaire aux comptes).

7. FISCALITE, NEUTRALITE ET TRANSPARENCE :

- Régime fiscal d'accompagnement indispensable
- Idée : distinguer la propriété juridique et la propriété économique
- ISF : Les biens et droits transférés dans un patrimoine fiduciaire ainsi que les fruits tirés de leur exploitation sont compris dans le patrimoine du constituant pour leur valeur vénale nette

7. FISCALITE, NEUTRALITE ET TRANSPARENCE :

→ Impôts directs :

- Le constituant est une entreprise : celle-ci est redevable en matière d'impôts directs mais les parties peuvent convenir entre elles des modalités du règlement final de la charge fiscale entre le constituant redevable et le fiduciaire (*article 238 quater F du CGI*)
- Le constituant est une personne physique : opération intercalaire l'année de la mise en fiducie, puis le résultat de la fiducie est imposé au nom de chaque constituant pour la part de résultat correspondant à ses droits représentatifs des biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire, proportionnellement à la valeur vénale des biens ou droits mis en fiducie, appréciée à la date du transfert dans le patrimoine fiduciaire et la part de résultat correspondant aux droits du constituant est déterminée et imposée en tenant compte de la nature de l'activité de la fiducie (*article 238 quater O du CGI*)

L'association des avocats fiduciaires (AFIDU) a été créée le 14 juin 2010.

Elle vise à promouvoir la fiducie en organisant des actions de formation auprès de différents publics.

L'association organise des colloques et des séminaires pour faire connaître les potentialités de la fiducie auprès des acteurs et des usagers du droit.

L'association a également pour objectif de promouvoir le rôle de l'avocat dans la fiducie, qu'il soit fiduciaire, tiers protecteur, conseil ou rédacteur d'acte.

Pour faire partie de l'association, la demande d'admission doit être agréée par le conseil d'administration de l'association.

Tout membre de l'association doit s'engager à respecter le code de bonne conduite de l'AFIDU. Ce code définit les règles professionnelles régissant l'avocat fiduciaire.

Retrouvez toutes les informations sur : www.afidu.fr

TEXTES DU CODE CIVIL RÉGISSANT LA FIDUCIE

Titre quatorzième : DE LA FIDUCIE

Article 2011

La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.

NOTA :

Loi 2007-211 du 19 février 2007 art. 12 : les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 forment un patrimoine d'affectation. Les opérations affectant ce dernier font l'objet d'une comptabilité autonome chez le fiduciaire.

Article 2012

La fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse.

Si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité.

Article 2013

Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public.

Article 2015

Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés au I de l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 5181 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.

Article 2016

Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie.

Article 2017

Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant.

Lorsque le constituant est une personne physique, il ne peut renoncer à cette faculté.

Article 2018

Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité :

- 1° Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ;
- 2° La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat ;
- 3° L'identité du ou des constituants ;
- 4° L'identité du ou des fiduciaires ;
- 5° L'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation ;
- 6° La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition.

Article 2018-1

Lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans le patrimoine fiduciaire, la convention conclue à cette fin n'est pas soumise aux chapitres IV et V du titre IV du livre Ier du code de commerce, sauf stipulation contraire.

Article 2018-2

La cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate. Elle ne devient opposable au débiteur de la créance cédée que par la notification qui lui en est faite par le cédant ou le fiduciaire.

Article 2019

A peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France.

Lorsqu'ils portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils sont, sous la même sanction, publiés dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du code général des impôts.

La transmission des droits résultant du contrat de fiducie et, si le bénéficiaire n'est pas désigné dans le contrat de fiducie, sa désignation ultérieure doivent, à peine de nullité, donner lieu à un acte écrit enregistré dans les mêmes conditions.

Article 2020

Un registre national des fiducies est constitué selon des modalités précisées par décret en Conseil d'Etat.

Article 2021

Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention.

De même, lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités.

Article 2022

Le contrat de fiducie définit les conditions dans lesquelles le fiduciaire rend compte de sa mission au constituant.

Toutefois, lorsque pendant l'exécution du contrat le constituant fait l'objet d'une mesure de tutelle, le fiduciaire rend compte de sa mission au tuteur à la demande de ce dernier au moins une fois par an, sans préjudice de la périodicité fixée par le contrat. Lorsque pendant l'exécution du contrat le constituant fait l'objet d'une mesure de curatelle, le fiduciaire rend compte de sa mission, dans les mêmes conditions, au constituant et à son curateur.

Le fiduciaire rend compte de sa mission au bénéficiaire et au tiers désigné en application de l'article 2023, à leur demande, selon la périodicité fixée par le contrat.

Article 2023

Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs.

Article 2024

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire.

Article 2025

Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine.

En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire.

Le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée.

Article 2026

Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission.

Article 2027

En l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement, si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant.

Article 2028

Le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire.

Après acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice.

Article 2029

Le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique, par la survenance du terme ou par la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme.

Lorsque la totalité des bénéficiaires renonce à la fiducie, il prend également fin de plein droit, sauf stipulations du contrat prévoyant les conditions dans lesquelles il se poursuit. Sous la même réserve, il prend fin lorsque le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution ou disparaît par suite d'une cession ou d'une absorption et, s'il est avocat, en cas d'interdiction temporaire, de radiation ou d'omission du tableau.

Article 2030

Lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant.

Lorsqu'il prend fin par le décès du constituant, le patrimoine fiduciaire fait de plein droit retour à la succession.

CODE DE BONNE CONDUITE

L'association des avocats fiduciaires (AFIDU) a pour objet :

- la promotion de la fiducie et du rôle de l'avocat dans la fiducie en tant que fiduciaire, tiers protecteur, conseil ou rédacteur d'acte ; et,
- l'organisation d'actions de formation, ainsi que de colloques, manifestations et séminaires concernant la fiducie et les possibilités nouvelles qu'elle offre aux acteurs et usagers du droit.

Elle propose la présente charte de bonnes pratiques aux avocats praticiens de la fiducie.

L'avocat peut intervenir en matière fiduciaire de 3 manières : en tant que **conseil des parties**, en tant que **fiduciaire**, mais également en tant que **tiers protecteur**.

L'avocat qui intervient en qualité de **conseil des parties** à la fiducie permet de garantir la validité et l'efficacité du contrat de fiducie.

L'avocat qui intervient en tant que fiduciaire peut le faire dans le cadre d'une **fiducie sûreté** ou d'une **fiducie gestion**.

Lorsque la fiducie est constituée **à titre de garantie** (fiducie sûreté), elle peut avoir de graves effets sur le patrimoine du constituant car si celui-ci n'exécute pas ses obligations, il peut être privé définitivement de la propriété des biens remis en garantie.

L'avocat tiers protecteur a pour mission de contrôler la mission du fiduciaire.

La présente charte a pour objectif de définir les **bonnes pratiques que doivent respecter les avocats acteurs de la fiducie, qu'ils agissent en tant que conseils d'une opération de fiducie ou en qualité d'avocats fiduciaires.**

L'avocat fiduciaire demeure, dans l'exercice de cette activité, soumis aux devoirs de son serment et aux principes essentiels de sa profession.

Chacun des adhérents de l'AFIDU s'engage à respecter cette charte à laquelle il accepte de se soumettre du seul fait de son adhésion.

➤ Convention de fiducie

L'avocat fiduciaire doit conclure une convention de fiducie fixant les droits et obligations de chacune des parties, en particulier les conditions et modalités de sa mission et de ses diligences, le tout conformément aux dispositions du Code Civil et aux textes réglementaires régissant l'activité d'avocat fiduciaire. L'avocat fiduciaire invite les autres parties au contrat à prendre conseil auprès de confrères spécialisés, voire auprès de l'AFIDU, avant qu'ils ne s'engagent dans ladite convention de fiducie.

➤ Secret professionnel et correspondances

L'avocat fiduciaire **doit se conformer** aux règles du **secret professionnel**, sauf exceptions liées à l'exercice de leurs prérogatives par les autorités administratives ou judiciaires en matière fiscale, pénale, financière et de lutte contre le blanchiment de capitaux.

Il doit **indiquer** expressément sa **qualité de fiduciaire dans toutes les correspondances** établies dans le cadre de sa mission de fiduciaire.

➤ Indépendance

L'avocat fiduciaire doit agir en permanence dans **l'intérêt exclusif** du constituant et du ou des bénéficiaires.

Il ne peut privilégier les intérêts de l'un au détriment de ceux du ou des autre(s).

➤ Conflit d'intérêts

L'avocat fiduciaire doit vérifier l'identité, la capacité, la situation et les objectifs des parties contractantes et des bénéficiaires effectifs de l'opération afin **d'éviter les conflits d'intérêt**. Les risques de conflits d'intérêt s'apprécient par rapport au(x) constituant(s) et au(x) bénéficiaire(s).

Dans l'hypothèse où le constituant et le ou les bénéficiaires sont distincts, l'avocat fiduciaire tenant sa mission du constituant, c'est principalement par rapport à lui que seront appréciés les risques de conflits d'intérêts. Toutefois, comme la fiducie est convenue au profit et dans l'intérêt du bénéficiaire, c'est donc aussi par rapport à lui que doit se situer l'avocat fiduciaire pour apprécier les risques de conflits d'intérêts.

➤ Compétence

L'avocat fiduciaire s'engage à suivre des **formations spécialisées** dans le domaine de la fiducie et des missions qui lui sont confiées. L'AFIDU a vocation à proposer de telles formations.

➤ Incompatibilités

L'avocat fiduciaire **doit se soumettre aux incompatibilités** qu'imposent les articles 111 et suivants du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 à l'avocat.

➤ Comptabilité - Maniement de fonds

En raison du transfert patrimonial qui s'opère vers l'avocat en sa qualité de fiduciaire, celui-ci doit tenir une **comptabilité distincte** de ses comptes professionnels d'avocat et personnels ainsi que de son sous-compte CARPA. Chaque fiducie fait l'objet d'une comptabilité séparée et d'un compte particulier. Les actifs gérés par l'avocat fiduciaire ne peuvent transiter par la CARPA.

➤ Rémunération :

L'avocat fiduciaire doit faire preuve d'une totale transparence tant dans les modalités de calcul, de détermination de sa rémunération que de sa facturation. Il s'interdit d'accepter des rétrocessions de la part de tiers.

➤ Assurance de responsabilité et garantie de représentation des fonds

L'avocat fiduciaire est responsable des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission. A ce titre, il doit contracter une **assurance** le couvrant contre les conséquences pécuniaires de sa **responsabilité civile** dans l'exercice de sa mission fiduciaire. Il peut s'agir d'une **assurance collective** souscrite par le barreau auquel appartient l'avocat. Il doit également souscrire une **garantie spécifique** couvrant la restitution des biens, droits ou sûretés pour lesquels il a été désigné fiduciaire. Conformément à la loi, cette garantie correspond à 5% de la valeur des biens s'il s'agit d'immeubles et à 20% pour les autres biens au droit.

L'AFIDU a vocation à être l'interlocutrice privilégiée des établissements financiers et organismes d'assurance qui interviennent ou sont susceptibles d'intervenir à l'occasion de la mise en place des fiducies, en vue de l'assurance ou de la garantie financière susmentionnée. L'AFIDU entend nouer des relations permanentes et instaurer un dialogue constructif avec ces entités en vue d'améliorer la pratique et satisfaire au mieux les attentes des avocats et des autres acteurs de la fiducie à ce sujet.

➤ Moyens matériels, techniques et humains

L'avocat fiduciaire doit se doter des moyens matériels, techniques et humains suffisants et nécessaires pour l'exercice des missions qui lui sont confiées.

➤ Audit-contrôle

L'avocat fiduciaire membre de l'AFIDU s'assure que les actifs placés en fiducie sont correctement et régulièrement évalués dans le respect des méthodes et recommandations comptables appropriées.

L'avocat fiduciaire membre de l'AFIDU est tenu de présenter la comptabilité des opérations effectuées en tant qu'avocat fiduciaire à toutes demandes de l'AFIDU.

La comptabilité et les opérations effectuées en tant qu'avocat fiduciaire ainsi que les documents comptables se rapportant à ces opérations peuvent faire l'objet de vérifications de la part de l'AFIDU.

L'avocat fiduciaire, membre de l'AFIDU, doit satisfaire aux demandes qui lui sont faites dans le cadre de ces vérifications et communiquer aux représentants de l'AFIDU les pièces comptables et les documents justificatifs se rapportant aux opérations effectuées en tant qu'avocat fiduciaire.

Des questions?

Silvestre TANDEAU de MARSAC

Avocat au Barreau de Paris

Pôle Banque – Finance – International

smarsac@ftms-a.com

www.ftms-a.com

Tél. : 01 47 23 47 24

Fax : 01 47 23 90 53