

LE MONDE DU DROIT

L'avocat et l'activité fiduciaire, questions à Jean-Marie Valentin, Associé chez Sekri Valentin Zerrouk

VENDREDI, 15 JANVIER 2010 11:00 LE MONDE DU DROIT

Les dernières dispositions concernant l'exercice par l'avocat de l'activité fiduciaire ont été définies par le décret du 23 décembre 2009. Le décret prévoit essentiellement une déclaration préalable au conseil de l'ordre, la souscription d'assurances propres à cette activité, une comptabilité séparée et un compte spécialement affecté à chaque fiducie. L'occasion de revenir sur les particularités de la fiducie et ses modalités concrètes de mise en application.

En quoi la fiducie est-elle une nouveauté en droit français ?

Jean-Marie Valentin : La fiducie est un mécanisme apparu assez récemment dans le droit positif français. Un constituant va transférer au profit d'un tiers, le fiduciaire, un patrimoine qui n'est plus dans le patrimoine du constituant et qui devient au sein du patrimoine du fiduciaire un patrimoine distinct. En créant le patrimoine d'affectation, le législateur a introduit une grande nouveauté dans la mesure où jusqu'alors le principe de l'unicité du patrimoine était un principe fondamental du droit civil français. Cette innovation a longtemps laissé sceptique la plus part des commentateurs et des praticiens d'autant plus que le champ de la fiducie était réduit aux seules personnes morales et les fiduciaires ne pouvaient être que des établissements financiers.

La loi du 4 août 2008 a ouvert la fiducie aux personnes physiques et a ouvert l'activité fiduciaire aux avocats. Le décret du 23 décembre 2009 est venu compléter les conditions d'exercice par les avocats de l'activité fiduciaire.

La fiducie reste aujourd'hui un outil encore très peu utilisé puisque depuis 2007 à notre connaissance il n'y a eu que trois fiducies significatives dont celle que nous avons closée au mois de décembre dernier.

Quelles sont les particularités de la fiducie ?

J.-M. V. : La fiducie est avant tout un contrat. Elle est régie par les dispositions du code civil lesquelles prévoient des normes impératives : " à peine de nullité, le contrat de fiducie doit comporter... ". Un contrat qui n'est donc pas complètement laissé à l'appréciation des parties. C'est aussi un contrat qui ne se voit pas donner de finalité particulière comme le serait un contrat de vente ou d'entreprise. C'est un contrat qui sert à transférer un patrimoine à un tiers avec éventuellement une finalité de gestion ou de sûreté. C'est au praticien ensuite de se saisir de cet outil et de s'en servir pour l'utiliser à bon escient dans des opérations qui jusqu'à présent ne pouvaient y avoir recours.

Hormis quelques obligations formelles, la fiducie est encadrée par très peu de contraintes. On peut tout mettre dans une fiducie : de l'argent, des biens immobiliers, des brevets, des actions, des créances futures. Dans ce cadre, la liberté contractuelle est quasiment totale. De la même façon, il y a une grande liberté dans la désignation des bénéficiaires de la fiducie : une ou plusieurs personnes, physique(s) ou morale(s), connue(s) ou inconnue(s) et seulement déterminable(s).

Enfin la fiducie est un contrat non pas à exécution instantanée mais à exécution continue. Elle a vocation à perdurer plusieurs années, voire dizaines d'années. Le contrat devra faire preuve de suffisamment de prévisibilité pour assurer sa bonne exécution tout au long de sa vie et un dénouement convenablement.

Une fois que la fiducie est signée, tout commence. Si la fiducie au départ est un contrat elle devient, par son effet translatif de propriété une " mission ".

Quelles sont les dérives possibles ?

J.-M. V. : L'écueil évident était l'utilisation du patrimoine d'affectation en fraude des droits des tiers et de l'administration et notamment dans des visées fiscales. Ce point est réglé définitivement puisque pour l'administration fiscale française la fiducie est transparente. Le constituant est redevable des impôts résultant des produits générés par la fiducie comme si elle n'existait pas. La fraude fiscale n'est a priori pas envisageable. De même, la fiducie ne peut être utilisée à des fins de libéralité et le législateur a pu aujourd'hui préciser l'articulation de ce mécanisme avec les mécanismes d'ordres publics relatifs aux procédures collectives.

L'avocat peut-il être un bon fiduciaire ?

J.-M. V. : J'ai le sentiment que l'avocat est le fiduciaire naturel. On est dans un contrat, or le métier d'avocat conseil est de négocier et d'assurer la bonne exécution des contrats. Sa connaissance de la loi et son aptitude à la négociation contractuelle donne à l'avocat un atout déterminant dans la compréhension des mécanismes.

L'avocat a par ailleurs l'habitude d'intervenir comme un chef d'orchestre. Dans une opération de fusion-acquisition par exemple, il va mettre en mouvement différents talents qui vont permettre d'arriver à un montage juridique satisfaisant. Une fiducie aujourd'hui implique ces mêmes problématiques tant au niveau de sa structuration qu'au moment de son exécution : prise en considération de la qualité de patrimoine transféré, du régime juridique applicable à chaque élément du patrimoine fiduciaire, de l'impact de ce transfert à l'égard des parties par rapport aux objectifs recherchés, capacité d'implication personnelle dans l'exécution de la mission. Fondamentalement l'avocat est la bonne personne pour accompagner les parties en qualité de conseil ou le cas échéant intervenir lui-même en qualité de fiduciaire.

Quelles perspectives cela ouvre-t-il au monde du droit et aux avocats ?

J.-M. V. : Aujourd'hui je pense que c'est effectivement un marché d'avenir. Notre déontologie a toujours permis de nouer des relations très fortes avec nos clients, confidentialité, obligation d'assurance renforcée, contrôle de l'Ordre, autant d'atouts précieux pour l'exécution de cette mission. De surcroît nous avons des cabinets polyvalents qui sont bien inscrits dans des réseaux.

Tout le monde attendait la fiducie comme la reine des sûretés, en matière de financement. Or parmi les trois ou quatre fiducies significatives qui ont été mises en place depuis 2007, il n'y en a pas une seule qui à ma connaissance soit une sûreté de financement. Celle que nous avons établie au mois de décembre a pour effet de sécuriser des sommes nécessaires à la mise en oeuvre d'un plan social.

A terme c'est un marché qui va cependant se développer. Cela va répondre à un besoin. C'est un mécanisme qui va trouver sa place.

Vous êtes intervenu sur l'une des trois fiducies significatives existantes à ce jour, quels en étaient les contours ?

J.-M. V. : Le groupe Shell a vendu en avril 2008 le site pétrochimique de l'Etang de Berre au groupe LyondellBasell. Ce faisant, les 1.600 salariés du groupe Shell ont été transférés au groupe LyondellBasell. Les organisations syndicales avaient obtenu le maintien pendant deux ans par les repreneurs des accords d'entreprise.

Un élément n'avait cependant pas été anticipé. Au mois de décembre 2008, les entités américaines du groupe LyondellBasell ont été mises sous la protection du chapitre 11 aux Etats-Unis. Les organisations syndicales ont pu craindre que si les effets de cette procédure devaient s'étendre à leur employeur actuel - ce qui n'est pas le cas aujourd'hui - celui-ci puisse connaître des difficultés pour faire face aux passifs sociaux qui résultaient des accords d'entreprise.

Dans le cadre des réflexions menées avec Shell et LyondellBasell nous avons alors pu imaginer avoir recours à une fiducie dont les bénéficiaires sont les salariés visés par le plan social qui sont ainsi assurés de toucher l'ensemble de leurs droits pécuniaires qui en résulte quelque soit l'évolution de la situation économique de leur employeur dans les années à venir. Cette fiducie est aujourd'hui gérée par la Caisse des Dépôts.

Voilà un exemple de fiducie qui a nécessité près d'une année de travail ! Il n'y a pas de standardisation possible avant de nombreuses années et ce qui est passionnant aujourd'hui c'est que pour chaque nouveau dossier nous partons d'une page blanche pour aboutir à un contrat complexe conforme à l'intérêt des parties.