

CONTRACTUL DE FIDUCIE

Traducere din "Cross-Cultural Management Journal"

Keywords

Contract de fiducie
Constitutor,
Fiduciar
Avocat

JEL Classification

K12

Abstract

Purpose – This study aims to highlight the novelty brought by the institution of fiduciary contract regulated by the New Civil Code.

Design/methodology/approach – Using comparison method, the study empirically examines the institution of the fiduciary contract, the impact of this law institution on the business environment, the conditions of validity of this contract and its effects.

Findings – The study demonstrates that the Fiducia is a progressive institution, a legal warranty instrument and a good business opportunity, but which is not widely used.

Practical implications/originality/value – Taking into account that the Fiducia is a major innovation especially in banking practice, it is necessary to harmonize the regulations of the New Civil Code with other special regulations, to prevent negative interactions that Fiducia may have with insolvency law, banking law or corporate law.

INTRODUCERE

Instituția fiduciei, instituție reglementată pe larg în sistemul de drept anglo-saxon (Marea Britanie, SUA, Canada) sub denumirea *trust* precum și în sistemele continentale (Franța – *la fiducie*, Austria – *treuhand*, etc), a fost introdus prin noul Cod civil și în legislația românească. Trebuie reținut inclusiv faptul că această instituție a fost adoptată și de alte sisteme de drept cum ar fi cele din Asia, Africa sau America de Sud. Rațiunea pentru care s-a impus

această nouă instituție de drept, reglementată timid înainte de intrarea în vigoare a noului o instituție progresistă (Andor, 2012), un adevărat instrument de garanție precum și o bună oportunitate de afaceri, prin care se realizează un transfer temporar de proprietate. Fiducia este considerată ca fiind "operațiunea juridică prin care unul sau mai mulți constitutori transferă drepturi reale, drepturi de creanță, garanții ori alte drepturi patrimoniale sau un ansamblu de asemenea drepturi, prezente ori viitoare, către unul sau mai mulți fiduciarți, care le exercită cu un scop determinat, în folosul unuia sau mai multor beneficiari", toate aceste drepturi alcătuind o masă patrimonială autonomă ce se distinge de orice alte drepturi și obligații ce aparțin patrimoniilor fiduciarilor. Tot prin textul de lege sunt reglementate și formele pe care le poate îmbrăca fiducia și anume: fiducia legală, adică cea care izvorăște din lege, precum și fiducia convențională sau contractuală, adică cea care își are izvorul în înțelegerea părților: constitutorul și fiduciarul. (Stanculescu & Nemeș, 2013).

Este necesar să subliniem faptul că, deși calitatea de constitutor o poate avea orice persoană fizică sau juridică, nu la fel stau lucrurile în ceea ce privește calitatea de fiduciar. Conform dispozițiilor legale, calitatea de fiduciar o pot avea doar instituțiile de credit, societățile de investiții și de administrare a investițiilor, societățile de servicii de investiții financiare, societățile de asigurare și de reasigurare, notarii publici și avocații.

De asemenea, un alt aspect important de relevat este și faptul că prin lege sunt prevăzute anumite condiții speciale de validitate în ceea ce privește contractul de

Cod civil, prin Legea nr. 51/1995 privind profesia de avocat, a fost faptul că reprezintă

CONCEPTUL DE FIDUCIE

Prin articolul 773 din noul Cod civil, fiducia. Astfel, contractul de fiducia este un contract solemn care va îmbrăca în mod obligatoriu forma autentică pentru a fi considerat valabil încheiat, prin contractual de fiducia, sub sancțiunea nulității absolute vor trebui precizate: drepturile reale, drepturile de creanță, garanțiile și orice alte drepturi patrimoniale transferate, durata transferului care poate fi efectuat pentru maxim 33 de ani calculate de la momentul încheierii contractului, identitatea părților contractante – constitutor, fiduciar, beneficiar – scopul fiduciei precum și întinderea puterilor de administrare și de dispoziție ale fiduciarului. Textul de lege precizează și faptul că fiducia trebuie să fie expresă.

Prin art. 780 din noul Cod civil se mai prevede, tot sub sancțiunea nulității absolute, și obligativitatea înregistrării contractului de fiducia sau a modificărilor survenite la contractual de fiducia deja încheiat, la organul fiscal competent, la cererea fiduciarului, în termen de o lună de la încheierea contractului sau de la intervenirea modificărilor.

Ultima sancțiune cu nulitatea absolută care vizează contractual de fiducia se referă la interdicția liberalității fiduciei. Cu alte cuvinte, "contractual de fiducia este lovit de nulitate absolută dacă prin el se realizează o liberalitate indirectă în folosul beneficiarului".

APLICAȚIILE FIDUCIEI ÎN PRACTICĂ

Pornind de la experiența statelor care deja i-au însușit această instituție, considerăm că principalele aplicații în practică ale fiduciei sunt: fiducia constituită cu titlu de gestiune, fiducia constituită cu titlu de garanție și fiducia constituită cu titlu de transfer.

FIDUCIA – GESTIUNE

Fiducia încheiată cu titlu de gestiune, cunoscută sub titulatura fiducia-gestiune (Chiric, 2011) este utilizată cu preponderență în domeniul investițiilor financiare.

Practic, prin acest tip de fiducie, ”constituitorul îi separă o parte din patrimoniul său având scopul de a-și asigura venituri constante pe o anumită perioadă de timp din administrarea/gestiunea unor active excluse, cel puțin temporar, din sfera dreptului de gaj general al creditorilor” (Iordăchescu, 2012). În acest tip de fiducie pot fi grupate fiduciile – liberalități și fiduciile – credite.

Fiducia – liberalitate presupune un transfer temporar efectuat de către constituitor către fiduciar, urmând ca la expirarea unui anumit interval de timp acesta din urmă să transfere la rândul său bunurile fiduciare celui gratificat de către constituitor. Practic, în loc să se transmită în mod direct de la constituitor la gratificat proprietatea bunurilor care reprezintă obiectul liberalității, constituitorul cedează mai întâi fiduciarului care va fi însărcinat cu administrarea acestor bunuri până la

momentul la care va trebui, la rândul său, să transmită mai departe proprietatea bunurilor către gratificat.

Fiducia – credit presupune transferul unui activ patrimonial de către constituitor, fiduciarului, urmând ca acesta din urmă să utilizeze acest activ în scopul de a împrumuta un terț sau o persoană nedesemnată de către constituitor.

FIDUCIA – GARANȚIE

Fiducia încheiată cu titlu de garanție a fost creată în scopul garantării plății unor datorii. Doar în această situație, fiduciarul poate fi și beneficiarul contractului fiduciar. Practic, fiducian – garanție reprezintă un contract prin care un debitor transferă creditorului său proprietatea unui bun în scopul garantării plății datoriei sale.

În esență, în cadrul contractului de fiducie – garanție (Togan, 2012), constituitorul este debitorul obligației garantate, fiduciarul este creditorul obligației garantate sau chiar un terț iar beneficiarul poate fi, fie debitorul dacă la încheierea contractului acesta și-a îndeplinit obligațiile, fie creditorul dacă debitorul nu și-a îndeplinit obligațiile.

Unul dintre avantajele pe care le generează utilizarea fiduciei – garanție rezidă în faptul că se creează posibilitatea divizării patrimoniului în două sau mai multe mase patrimoniale distincte, ceea ce conduce la scindarea creditorilor, întrucât în conformitate cu art. 786 din noul Cod civil, acestea nu pot urmări decât bunurile în legătură cu care s-a născut dreptul lor de creanță.

FIDUCIA – TRANSFER

Fiducia – transfer reprezintă varianta cel mai des întâlnită în practică, fiind creată în scopul transferării dreptului de proprietate asupra unui bun sau asupra unui patrimoniu, cu titlu oneros. Caracterul oneros al contractului de fiducie este reglementat, sub sancțiunea nulității absolute prin însuși textul de lege, în art. 775 din noul Cod civil. Așadar, în situația în care transferul a operat cu titlu gratuit, contractul de fiducie este lovit de nulitate absolută.

OPOZABILITATEA FIDUCIEI

Pornind de la considerentul că prin intermediul contractului de fiducie constituitorul transferă din patrimoniul său anumite drepturi în patrimoniul fiduciarului, legea dispune că fiducia va fi opozabilă terților doar de la momentul înscrierii sale în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare. Pe cale de consecință, în situația în care au fost transferate drepturi reale imobiliare sau garanții reale imobiliare acestea vor trebuie de asemenea înscrise și în cartea funciară, suportând astfel o dublă înscriere. Având în vedere caracterul oneros al contractului de fiducie, cu alte cuvinte dreptul fiduciarului la remunerație, formalitățile impuse de lege în ceea ce privește opozabilitatea și publicitatea fiduciei, precum și înregistrarea la organele fiscale competente, sunt prin lege stabilite în persoana fiduciarului.

MODIFICAREA CONTRACTULUI DE FIDUCIE

Referitor la modificarea contractului de fiducie, art.789 alin. (2) din noul Cod civil prevede că în situația în care beneficiarul a acceptat contractul de fiducie, ulterior acest contract nu mai poate fi modificat decât cu acordul beneficiarului sau, în situația în care acest acord lipsește, cu autorizarea instanței judecătorești. Această rațiune se impune, mai ales în situația în care refuzul cu privire la modificarea contractului se înfățișează ca un abuz sau o fraudă vădită din partea beneficiarului fiduciei (Stănculescu & Nemeș, 2011).

DESFĂȘURAREA ACTIVITĂȚILOR FIDUCIARE DE CĂTRE AVOCAȚI

Activitățile fiduciare și-au găsit reglementarea, în mod timid, încă din anul 2004, atunci când în legea nr. 51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat au fost introduse dispoziții prin care se preciza faptul că activitatea avocatului se realizează și prin ”activități fiduciare constând în primirea în depozit, în numele și pe seama clientului, de fonduri financiare și bunuri, rezultate din valorificarea sau executarea de titluri executorii, după încheierea procedurii successorale sau a lichidării, precum și plasarea și valorificarea acestora, în numele și pe seama clientului, activități de administrare a fondurilor sau a valorilor în care acestea au fost plasate.” (Breahn, 2012).

Ulterior, odată cu intrarea în vigoare a noului Cod civil și reglementarea fiduciei în însuși cuprinsul acestuia, și dispozițiile Legii nr.51/1995 au trebuit armonizate cu noul act normativ. Astfel, în noua formă republicată a Legii nr. 51/1995 se prevede că fiducia este una dintre activitățile ce pot fi desfășurate de către avocați, cu respectarea reglementărilor Codului civil în vigoare.

Statutul profesiei de avocat vine în completarea Legii nr.51/1995 și reglementează mult mai pe larg, în cuprinsul articolelor 93 – 103, forma în care avocatul poate exercita activități fiduciare.

Astfel, în executarea activităților fiduciare, avocatul este obligat să respecte întocmai limitele și durata mandatului încredințat, aceste aspecte fiind inserate în mod expres în contractual de asistență juridical încheiat cu această ocazie. De asemenea, în situația în care în cuprinsul mandatului acordat avocatului se prevede inclusiv împuternicirea de a dispune de fonduri, bunuri, valori ori de a înstrăina bunurile clientului, avocatul poate îndeplini aceste operațiuni doar dacă acest aspect este în mod expres menționat în cuprinsul mandatului acordat. În caz contrar, operațiunea va fi dusă la îndeplinire doar după ce avocatul va fi autorizat în mod special, în formă scrisă, de către client.

În exercitarea activităților fiduciare, avocatul trebuie să acționeze cu diligența unui bun proprietar, dând dovadă de bună-credință și profesionalism, acționând în interesul exclusiv al clientului și pe care nu trebuie să îl influențeze în mod direct sau indirect în scopul de a obține beneficii proprii, în afara onorariului de avocat pe care îl percepe.

Pentru a executa un asemenea mandat, avocatul poate desfășura activități de consultanță, operațiuni de conservare a substanței și valorii fondurilor financiare și bunurilor încredințate, operațiuni de plasare a fondurilor active mobiliare și imobiliare, valori mobiliare și alte instrumente financiare, în condițiile legii. De asemenea, poate să administreze și să valorifice plasamentele efectuate prin contractarea de operațiuni materiale și efectuarea de operațiuni juridice menite să sporească valoarea și lichiditatea plasamentelor.

Mai mult decât atât, actul normativ prevede și posibilitatea ca avocatul să desfășoare inclusiv activități conexe, cum ar fi completarea declarațiilor de impozit și plata acestora și a celorlalte datorii ale clientului legate de administrarea unor asemenea proprietăți, culegerea fructelor și încasarea veniturilor sau a altor rezultate ale investițiilor, mijlocirea sau medierea operațiunilor financiare, etc.

În scopul desfășurării activităților fiduciare, avocatul va trebui să deschidă, conform prevederilor actului normativ amintit, câte un cont fiduciar pentru fiecare client pentru care desfășoară aceste activități, cont care va fi destinat depozitării fondurilor fiduciare, adică acele sume primite de către avocat cu titlul de fond inițial sau rezultate din valorificarea acestuia sau a bunurilor încredințate. Din acest cont vor fi efectuate toate plățile referitoare la activitățile fiduciare realizate de avocat și, tot în acest cont, vor fi încasate toate sumele rezultate din activitățile fiduciare. Trebuie, de asemenea, menționat și faptul că în acest cont nu pot fi depozitate alte sume în afara fondurilor fiduciare.

Avocatul trebuie să păstreze un registru sau un sistem echivalent de înregistrare în care să înregistreze, pentru fiecare client în parte identitatea clientului și operațiunile efectuate, termenul pentru înregistrarea operațiunilor fiduciare fiind de cel mult 3 zile de la efectuarea acestora. Toate aceste evidențe referitoare la activitățile fiduciare desfășurate trebuie păstrate pentru o perioadă de minim 10 ani.

CONCLUZII

Deși în practică este posibil să se înregistreze și dezavantaje în legătură cu introducerea și aplicarea instituției fiduciei, în general, apariția acestei noi instituții de drept nu poate decât să reprezinte un real câștig pentru toți jucătorii mediului de afaceri, în special pentru instituțiile bancare, înregistrându-se astfel, un progres economic și social, instituția în sine fiind o instituție progresistă.

Referințe bibliografice

- [1] Breahn, M. C. (2012), Aspecte prealabile privind patrimoniul și instituția fiduciei. Condiții de validitate. Efectele fiduciei. Desfășurarea activităților fiduciare de către avocat. *Revista Avocatul nr. 1/2012*;
- [2] Chiric, D. (2011), Fiducia în noul Cod civil. *Noile Coduri ale României – Studii și cercetări juridice*, ed. UJ București;
- [3] Iordăchescu, E. C. (2012), Implementarea fiduciei în practica bancară. Modalități și concluzii instituționale. *Colocviile juridice ale Băncii Naționale a României*, Ediția a VII-a;
- [4] Stănculescu, L. & Nemeș, V. (2013), *Dreptul contractelor civile și comerciale în reglementarea noului Cod civil*, ed. Hamangiu, București;
- [5] Șandor, F. (2012), Fiducia, instituție progresistă, *Colocviile juridice ale Băncii Naționale a României*, Ediția a VII-a;

- [6] Togan, C. (2012), Fiducia – instrument de garanție. Elemente de drept comparat, *Colocviile juridice ale Băncii Naționale a României*, Ediția a VII-a;