

Fiducia în lumina Noului Cod Civil

asist. univ. drd. HUNOR BURIAN

Introducere. Instituția fiduciei introdusă de Noul Cod civil reprezintă o noutate absolută în dreptul românesc. Receptarea acestei instituții de drept anglo-saxone în dreptul continental (și în dreptul românesc) este rezultatul unui proces îndelungat de interferență între dreptul continental civil și cel anglo-saxon, în cursul căruia numeroase instituții de drept sau tipuri de contracte au fost preluate în dreptul continental, ca o consecință a globalizării relațiilor de afaceri¹. Firește, nu se poate vorbi de un simplu „transplant” de instituție juridică în sistemul de drept continental, confruntat între abordarea teoretică, materializată în rezervele exprimate față de această instituție și abordarea pragmatică privind utilitatea acesteia. În majoritatea sistemelor naționale s-a ales calea de compromis a receptării instituției *trust*-ului în mod critic, prin impunerea a două exigențe: în primul rând s-a urmărit mai degrabă adaptarea, și nu adoptarea instituției *trust*-ului, sub denumirea de *fiducie*, în așa fel încât aceasta să fie armonizată cu instituțiile existente deja în diferitele sisteme juridice naționale. Pe de altă parte s-a urmărit receptia instituției de drept într-o manieră prudentă, pentru a evita utilizarea fiduciei în scopuri ilicite, în special spălarea banilor și evaziunea fiscală².

Introducerea acestei noi instituții, pe lângă abordarea teoretică, prezintă și o deosebită importanță practică prin reglementarea posibilității partajării activelor aparținând persoanelor fizice sau juridice în cadrul aceluiași patrimoniu, fără a fi necesară crearea unor noi entități juridice distincte în vederea beneficierei de avantajul răspunderii limitate. Totodată prin introducerea în dreptul român a instituției fiduciei, împreună cu cea a proprietății periodice, se realizează o schimbare de optică cu privire la reglementarea tradițională a dreptului de proprietate, în sensul caracterului de drept absolut și perpetuu al acestuia.

¹ Cătălin. R. Tripon, *Fiducia, rezultat al interferenței celor două mari sisteme de drept: dreptul civil continental și dreptul anglo-saxon. Conceptul, clasificarea, evoluția și condițiile de validitate ale fiduciei*, În Revista Română de Drept Privat, nr. 2/2010, p.165

² Proiectul Codului Civil, www.just.ro, p.132-133

Origine și evoluție. Cu toate că instituția fiduciei a fost preluată în dreptul continental prin adaptarea *trust-ului* reglementat în dreptul anglo-saxon, această instituție își are originile în dreptul roman. Pentru a o constitui, erau necesare două elemente, comune ambelor tipuri de fiducie. Mai întâi *datio*, sau transferul de proprietate, caracterizată prin *traditio*, respectiv remiterea fizică a bunului. Acest transfer putea la rândul lui să îmbrace două forme, pentru a constitui o fiducie: fie s-a produs într-o formulă rituală în fața magistratului (*in jure cessio*), fie în prezența a cinci martori. Al doilea element era un înscris, respectiv pactul (*pactum fiduciae*). De altfel obligativitatea formei scrise a contractului de fiducie a fost reținut și în reglementările moderne, în timp ce elementul *datio* și-a pierdut aplicabilitatea. Cele două forme ale fiduciei în dreptul roman erau *fiducia cum amico* și *fiducia cum creditore*³. Fără a intra într-o analiză detaliată a acestora, trebuie menționate cele mai importante diferențe între *fiducia* reglementată în dreptul roman și *fiducia* contemporană: în primul rând în dreptul roman aplicarea fiduciei a fost limitată la domeniul succesoral. În al doilea rând terțul dobândito (succesorul) avea posibilitatea de a exercita o acțiune strict personală și nicidecum una *in rem*, împotriva fiduciarului în cazul nerespectării contractului. O altă diferență majoră era reprezentată de separația maselor patrimoniale în cazul reglementărilor moderne, față de prevederile dreptului roman, potrivit cărora bunurile personale ale fiduciarului s-au confundat cu masa fiduciară⁴.

Fără a nega faptul că unele elemente ale fiduciei din dreptul roman au fost preluate într-o formă adaptată de reglementările contemporane, totuși instituția fiduciei actuale își are originea în dreptul englez, care a instituit *trust-ul*, care a separat masa patrimonială fiduciară de patrimoniul personal al fiduciarului, ca o aplicație a teoriei sciziunii proprietății⁵ (*split ownership*) sau teoria sciziunii titlului. Potrivit acestei ficțiuni juridice, titlul de proprietate poate fi defalcat într-un titlu echitabil (*equity title*) sau titlu nominal și un titlu material (*beneficial title*). După încheierea contractului, constituitorul (*settlor*) transferă titlul material fiduciarului (*trustee*), acesta având obligația primordială de a administra masa patrimonială fiduciară, în timp ce deținătorul titlului material este beneficiarul

³ Alain Berdah, *La fiducie*, <http://www.lafiducie.fr/>, p.3-5

⁴ Cătălin. R. Tripon, *op. cit.* p.178-179

⁵ Cătălin. R. Tripon, *op. cit.* p.191

(*cestui que use ori cestui que trust*) care se bucură de emolumentele titlului. Într-o definiție a jurisprudenței americane, trust-ul este „o entitate juridică creată de un constitutor (*settlor*) pentru beneficiul unor beneficiari desemnați (*designated beneficiares*) în baza legilor statului și a unui instrument fiduciar valabil. Fiduciarul (*trustee*) are obligația fiduciară (*fiduciary duty*) de a administra activele și veniturile ce fac obiectul fiduciei pentru folosul tuturor beneficiarilor”⁶.

Fără a nega asemănările majore între fiducie și trust, aceste două instituții de drept nu pot fi confundate, din cauza unor diferențe semnificative existente între acestea. Într-o prezentare succintă distincțiile sunt următoarele: 1) Prima diferență importantă, cu semnificații practice constă în faptul că trust-ul este o diviziune a proprietății, rezultată din *legal estate*, respectiv proprietatea juridică a *trustee-ului* și *equitable interest*, proprietatea economică a beneficiarului, aceste diferențieri avându-și originea în *common law* și *equity law*. Într-o altă abordare, legislația cu privire la fiducie separă masa patrimonială fiduciară de patrimoniul fiduciarului; 2) Trust-ul poate fi constituit printr-un contract încheiat *mortis causa*, în timp ce fiducia nu; 3) Trust-ul poate fi stabilit și printr-o manifestare expresă și unilaterală de voință a constitutorului, în timp ce fiducia este condiționată de încheierea unui contract scris, de regulă în formă autentică; 4) În reglementarea trust-ului constitutorul (*settlor*) poate fi în același timp fiduciar (*trustee*); 5) Judecătorul are o competență mai largă în materia trust-ului, decât în cazul fiduciei.

În zilele noastre instituția fiduciei/trust-ului cunoaște o largă aplicabilitate, atât în sistemele de drept anglo-saxone (Marea Britania, SUA, Canada) sub denumirea de trust, cât și în cele continentale precum Franța, Luxemburg (instituția fiduciei), și Germania, Elveția sau Austria (sub denumirea de *Treuhand*). Instituția a fost receptată totodată și de foarte multe sisteme de drept din Africa, America de Sud sau Asia (Japonia, China, Singapore, Hong Kong etc).

Reglementarea din Noul Cod civil a urmat modelul Legii nr. 2007-211 din 19 februarie 2007, prin care a fost introdus, în Codul civil francez, Titlul XIV, „Despre fiducie”. Legiuitorul român a preluat într-o formă adaptată prevederile actului normativ francez, operând unele modificări sau completări importante. Scopul prezentei lucrări este de a prezenta și

⁶ Cătălin. R. Tripon, *op. cit.* p 168

analiza cele mai importante aspecte ale acestei instituții de drept, în raport cu celelalte prevederi ale Noului Cod civil, având ca punct de reper legislația franceză în materie.

Definiție. Potrivit prevederilor art. 773 din Noul Cod civil, fiducia este definită ca „*operația juridică prin care unul sau mai mulți constituitori 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 fiduciar care le administrează cu un scop determinat, în folosul unuia sau al mai multor beneficiari. Aceste drepturi alcătuiesc o masă patrimonială autonomă, distinctă de celelalte drepturi și obligații din patrimoniile fiduciarilor*”.⁷ Prin această definiție s-a preluat, într-o formă adaptată, conținutul art. 2011 din Codul Civil francez. Prin prisma definiției de mai sus, fiducia apare ca o operațiune contractuală complexă, caracterizată de un set de raporturi contractuale – transfer de drepturi cu titlu oneros, mandat atipic (irevocabil), administrarea unui patrimoniu de afecțiune în folosul beneficiarului - formând un tot unitar⁸. Prin transmiterea drepturilor spre administrare fiduciarilor se formează o masă patrimonială autonomă, distinctă de celelalte drepturi și obligații din patrimoniile fiduciarilor. Referitor la masa patrimonială fiduciară, art. 31 alin (3) din Noul Cod civil prevede că: „*sunt patrimoniile de afecțiune masele patrimoniale fiduciare, constituite potrivit titlului IV al cărții a III-a....*” Obiectul fiduciei presupune mai multe etape succesive, după cum urmează: transferul drepturilor patrimoniale de la constitutor la fiduciar; administrarea acestor drepturi de fiduciar în folosul beneficiarului; transferul emolumentului către beneficiar.⁹ Astfel cum s-a observat în literatura de specialitate¹⁰, conținutul și semnificația noțiunii de *transfer*, astfel cum apare în art. 773

⁷ În Proiectul de Lege pentru punerea în aplicare a Legii nr.287/2009 privind Codul civil, articolul s-a reformulat astfel: „*Fiducia este operațiunea juridică prin care unul sau mai mulți constituitori 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 fiduciar care le exercită cu un scop determinat, în folosul unuia sau al mai multor beneficiari. Aceste drepturi alcătuiesc o masă patrimonială autonomă, distinctă de celelalte drepturi și obligații din patrimoniile fiduciarilor.*”

⁸ Cătălin R. Tripon, *op. cit.*, pag. 166

⁹ Cătălin R. Tripon, *op. cit.*, pag. 166

¹⁰ Rada Bianca Raluca, *Fiducia în Noul Cod Civil*, p. 3, <http://www.scribd.com/doc/43644601/Referat-Fiducia-in-Noul-Cod-Civil>

este imprecis, în lumina prevederilor art.32 alin (2) din Noul Cod Civil, întrucât transferul drepturilor și obligațiilor dintr-o masă patrimonială în alta nu constituie o înrăinare. Potrivit unei opinii¹¹, reglementarea vizează atât situația în care transferul masei patrimoniale are loc între două persoane diferite, care au calitatea de constitutor și fiduciar, cât și în ipoteza unui singur patrimoniu, al unei persoane care are dubla calitate de constitutor și fiduciar. Într-o altă opinie¹², suntem în prezența unui contract sinalagmatic, translativ de proprietate, însă inovația juridică majoră constă în faptul că patrimoniul transferat nu se integrează în patrimoniul fiduciarului, ci rămâne separat de cel al acestuia. În conformitate cu prevederile art. 774 din Noul Cod civil, fiducia poate fi legală, stabilită prin lege, sau prin contract încheiat în formă autentică, ea trebuind să fie expresă, spre deosebire de reglementarea *trust*-ului din sistemul anglo-saxon, care poate fi instituit și de către judecător. În această prevedere a fost preluat conținutul art. 2012 din Codul civil francez¹³, cu diferența că obligativitatea formei autentice are o aplicare mai limitată în dispozițiile franceze¹⁴. Trebuie subliniată excluderea legatului dintre izvoarele fiduciei, aceasta fiind justificată de modul în care a fost adaptată instituția fiduciei în sistemul de drept continental, nefiind „recunoscute fiduciei finalități specifice în materia liberalităților (legate și donații)”¹⁵. Articolele următoare din Noul Cod civil reglementează, în principal, fiducia contractuală. Ori de câte ori legiuitorul dorește să instituie o fiducia legală, va putea să facă referire la reglementarea din prezentul titlu și să prevadă eventuale dispoziții derogatorii de la această reglementare. Această regulă este instituită de prevederile art. 774 alin (2)¹⁶ care nu se regăsește în Codul civil francez, a fost adăugat pentru a înlătura – în concepția legiuitorului român – orice confuzie în legătură cu reglementarea generală și normele speciale referi-

¹¹ Cătălin R. Triton, *op. cit*, pag. 187

¹² Alain Berdah, *op. cit*, p. 28

¹³ „*La fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse*”.

¹⁴ Art. 2012 alin (2) C. civ. fr. „*dacă bunurile, drepturile sau garanțiile transferate în patrimoniul fiduciarului depind de comunitatea de bunuri existentă între soți sau de o indiviziune, contractul de fiducie se stabilește prin act autentic sub sancțiunea nulității*”

¹⁵ Proiectul Codului Civil, p.133

¹⁶ „*Legea în temeiul căreia este stabilită fiducia se completează cu dispozițiile prezentului titlu, în măsura în care nu cuprinde dispoziții contrare*”.

toare la fiducie. Prin formularea articolului se generează însă un efect contrar, întrucât se naște întrebarea legitimă potrivit căreia, în cazul unui conflict între o lege specială și Noul Cod civil, dispozițiile cărui act normativ prevalează?¹⁷ Prin aplicarea principiului *specialia generalibus derogant*, s-ar ajunge în situația ca prevederile Codului civil, care instituie obligativitatea formei autentice să-i prevaleze dispoziției legii speciale care nu impune această cerință.

Prin **interdicția** formulată în art. 775, contractul de fiducie este lovit de nulitate absolută dacă prin acesta se realizează o liberalitate indirectă în folosul beneficiarului. În acest text a fost preluat, într-o formă adaptată, conținutul art. 2013 din Codul civil francez, scopul acestei interdicții fiind aceea ca fiduciarul să nu poată fi utilizat pentru a se eluda prevederile din materia legatelor și donațiilor, respectiv de a proteja rezerva succesorală și de a evita posibilitatea debitorului de a se sustrage plății creditorilor.

Părțile contractului de fiducie, în formularea art. 776 sunt constituitorul și fiduciarul. Beneficiarul nu are calitatea de parte în contract, însă poate exista o suprapunere între calitatea de constituitor și fiduciar și respectiv cea de beneficiar, cu mențiunea că beneficiar poate fi și o terță persoană¹⁸.

Constituitor poate fi atât o persoană fizică, cât și una juridică, fără ca legea să impună o limitare a calității de constituitor¹⁹. Fiind însă vorba de înstrăinarea unor bunuri și drepturi patrimoniale, constituitorul trebuie să aibă capacitatea de exercițiu. Potrivit dispozițiilor art. 778, acestea fiind preluate din art. 2017 din Codul Civil francez, constituitorul are posibilitatea de a desemna o persoană care să îi supravegheze executarea contractului de fiducie și să-i exercite drepturile născute din contract. Rațiunea acestei prevederi rezidă în faptul că legiuitorul nu a limitat sfera persoanelor care au calitatea de constituitor. Deoarece și persoanele fizice pot avea această calitate, multe dintre ele neavând competența necesară pentru a supraveghea derularea unui contract de fiducie, recurgerea la serviciile unui terț este justificată. În privința **fiduciarului** legiuitorul impune

¹⁷ Cătălin R. Tripon, *op. cit.*, pag. 193

¹⁸ În acest sens a se vedea dispozițiile art. 777 din Noul Cod civil

¹⁹ Potrivit prevederilor art. 2014 din Codul Civil francez, constituitor putea fi doar o persoană juridică, având însă în vedere că o asemenea restângere ar fi avut drept consecință o aplicare practică restrânsă a fiduciei, ulterior acest articol a fost abrogat.

limitări cu privire la calitatea de fiduciar, cu scopul de a evita operațiunile de spălare de bani și evaziunea fiscală, întrucât experiența internațională în materie arată că fiducia (trust-ul) este o instituție care poate fi folosită pentru a ascunde operațiunile de spălare de bani și operațiunile de evaziune fiscală. Ca atare, limitarea sferei persoanelor care pot avea calitatea de fiduciar la anumite categorii de persoane diminuează acest risc, întrucât persoanele menționate în text sunt supuse unui control riguros din partea unor autorități specializate, cum sunt de exemplu Banca Națională, CNVM și CSA. Astfel, potrivit prevederilor art. 776 alin (2) și (3), fiduciar pot fi instituțiile de credit²⁰, societățile de investiții și de administrare a investițiilor²¹, societățile de servicii de investiții financiare²², societățile de asigurare și reasigurare²³, totodată notarii publici și avocații. Enumerarea este limitativă și pe cale de consecință nici o altă persoană nu poate avea calitatea de fiduciar. S-a exprimat opinia²⁴ că rațiunea securității sociale care stă la baza acestei limitări, deși este acceptabilă în principiu, totuși este prea rigidă, motiv pentru care ar fi util ca acestea să dispară în viitor. Potrivit acestei opinii, orice persoană fizică sau juridică ar putea dobândi calitatea de fiduciar, cu condiția îndeplinirii unor criterii obligatorii de solvabilitate și onorabilitate.

Referitor la calitatea de fiduciar a avocatului, chiar înainte de reglementarea Noului Cod civil, întâlnim referiri la instituția fiduciei în Legea nr. 51 din 1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat²⁵, reglementări care trebuie însă adaptate noilor realități.²⁶

²⁰ Potrivit art. 7. pct. 10 din OUG nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, instituția de credit este definită ca a) „o entitate a cărei activitate constă în atragerea de depozite sau de alte fonduri rambursabile de la public și în acordarea de credite în cont propriu” și respectiv b) o entitate, alta decât cea prevăzută la lit. a), care emite mijloace de plată în formă de monedă electronică, denumită în continuare instituție emitentă de moneda electronică;”

²¹ A se vedea în acest sens dispozițiile art. 5 din Legea nr. 297 din 2004 privind piața de capital

²² A se vedea în acest sens dispozițiile art. 6 din Legea nr. 297 din 2004 privind piața de capital

²³ În acest sens a se vedea dispozițiile Legii nr. 32 din 2000 privind societățile de asigurare și supraveghere a asigurărilor

²⁴ Cătălin R. Tripon, *op. cit.*, pag. 196

²⁵ A se vedea art. 3 alin. (1) lit g): „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 succesoriale

Calitatea de **beneficiar** nu este în nici un fel limitată, astfel beneficiarul poate fi persoană fizică sau juridică, respectiv un terț, constituitorul sau fiduciarul însuși. În cazul beneficiarului persoană fizică, din coroborarea cu dispozițiile art. 41 și 42 din Noul Cod civil referitoare la capacitatea de exercițiu restânsă, desprindem concluzia că acceptarea fiduciei sau renunțarea la ea, reprezintă acte de dispoziție care impun capacitatea deplină de exercițiu.

Un subiect de discuție interesant l-ar putea reprezenta problematica **cumulului** calității părților contractante. Astfel, dacă prevederile art. 777 din Noul Cod civil sunt clare în privința cumulului calității de beneficiar, cu cea de constitutor sau fiduciar, se naște întrebarea dacă calitatea de constitutor se poate cumula cu cea de fiduciar? Acest aspect nu este reglementat nici de legea română, nici de cea franceză, din care s-a inspirat legiuitorul român. Potrivit unei opinii²⁷, din moment ce legea nu interzice acest lucru, cele două calitățile se pot cumula, în primul rând pentru că această concluzie nu contravine nici prevederilor art. 32 alin. 1, iar pe de altă parte ar veni în întâmpinarea îndeplinirii unuia dintre scopurile fundamentale ale instituției fiduciei contemporane. Această soluție ar putea naște însă neclarități cu privire la raportul contractual între părți și de aplicare a contractului. Cele trei calități (constitutor, fiduciar și beneficiar) nu se pot cumula într-o singură persoană, întrucât în acest fel n-ar mai exista o relație fiduciară.

Sub aspectul **condițiilor de formă**, fiducia este supusă unor reguli bine determinate atât în privința condițiilor *ad validitatem* cât și a unor condiții de opozabilitate față de terți. Astfel în conformitate cu prevederile art. 774 alin (1) dacă fiducia poate fi stabilită prin lege sau prin contract în privința acestei din urmă ipozete, legiuitorul impune încheierea contractului în formă autentică. Obligativitatea încheierii contractului în formă autentică poate naște discuții, mai ales că această cerință are o aplicabilitate restrânsă chiar și în legea franceză, care a servit drept principală sursă de inspirație în acest domeniu legiuitorului român. Mai mult, în alte sisteme

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;

²⁶ În acest sens a se vedea, Alain Berdah-Jean Michel Nogueroles: *L' avocat fiduciaire: une revolution professionnelle?* www.avocats-droit-affaires.com/

²⁷ Cătălin R. Tripon, *op. cit*, pag. 197

de drept, precum cel american, reglementarea în materie este și mai puțin strictă, în sensul că forma scrisă este obligatorie doar *ad probationem*.²⁸ Probabil că argumentul legiuitorului român cu privire la acest mod de reglementare l-a constituit faptul că fiduciar presupunând înstrăinarea unor bunuri de mare valoare, forma autentică îl protejează pe constitutor.

O altă condiție de formă obligatorie, prevăzută de Noul Cod civil, impune sub sancțiunea nulității absolute, înregistrarea contractului de fiducie și ale eventualelor sale modificări la organul fiscal competent să administreze sumele datorate de fiduciar bugetului general consolidat. Termenul de înregistrare este de o lună de la data încheierii contractului sau ale modificărilor acestuia. După cum se subliniază în proiectul Codului Civil²⁹, sintagma „organul fiscal competent să administreze sumele datorate de fiduciar bugetului general consolidat” a fost utilizată pentru a acoperi atât situația în care fiduciarul are sediul în România, cât și situația fiduciarilor nerezidenți. Pe de altă, evitarea folosirii a unei denumiri a unui organ de stat, prezintă avantaj și prin prisma schimbărilor destul de frecvente care intervin în denumirile unor instituții de stat din România. Sancțiunea nulității absolute are scopul de a înlătura posibilitatea evaziunii fiscale și spălării banilor. În cazul în care masa patrimonială cuprinde drepturi reale imobiliare, acestea fac obiectul înregistrării la compartimentul de specialitate al autorității administrației publice locale competent, în raza cărora se află imobilul, cu precizarea că drepturile reale imobiliare urmează regimul de carte funciară. Și în ipoteza în care beneficiarul se desemnează ulterior, el nefiind precizat în cuprinsul contractului de fiducie, obligativitatea înregistrării se menține, sub sancțiunea nulității absolute. Din analiza celor trei ipoteze menționate mai sus, se poate deduce concluzia că înregistrarea fiscală constituie o condiție de validitate a contractului de fiducie, formalitate a cărei nerespectare este sancționată cu nulitatea absolută. Concluzia enunțată mai sus nu mai este valabilă în cazul reglementat de art. 780 alin. (4) care prevede că dacă pentru transmiterea unor drepturi este necesară îndeplinirea unor cerințe speciale de formă, se încheie un act separat cu respectarea cerințelor legale. În acest caz, lipsa înregistrării fiscale nu atrage sancțiunea nulității absolute, ca și în ipotezele de mai sus, ci doar aplicarea unor sancțiuni administrative. De exemplu, înregistrarea fiscală

²⁸ Cătălin R. Tripon, *op. cit.*, pag. 194

²⁹ Proiectul Codului Civil, p. 137

nu ar constitui o condiție de validitate în cazul înstrăinării unui imobil, când au fost respectate toate condițiile de formă și fond, respectiv regulile de carte funciară.

Pentru a fi opozabil terților, contractul de fiducie trebuie să îndeplinească cerința publicității materializată în înscrierea în registrul național al fiduciilor, conform prevederilor art. 781 alin. (1) și (2). Trebuie subliniat că în forma proiectului de Lege pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul Civil, prevederile art. 781 au suferit modificări însemnate³⁰. Astfel în locul registrului național al fiduciilor se preconizează menționarea contractelor de fiducie în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare. Probabil considerentul pentru care s-a optat pentru această modificare îl constituie intenția legiuitorului de a nu crea un alt sistem paralel Arhivei Electronice de Garanții Reale Mobiliare, care poate „recepționa”, bineînțeles, condiționat de modificarea legislației în materie, și înscrierile referitoare la contractele de fiducie. Potrivit dispozițiilor art. 781 alin. (3), se instituie o ordine în privința înscrierii contractului de fiducie, în cazul în care obiectul acestuia este reprezentat de drepturi reale imobiliare: mai întâi se impune înscrierea contractului în registrul național al fiduciilor și la organul fiscal competent, după care poate avea loc și întabularea drepturilor. Menționăm faptul că formularea nouă a art. 781 alin. (2) din proiectul de Lege pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul Civil elimină această ordine de prioritate.

Conținutul contractului de fiducie este reglementat de prevederile art. 779 din Noul Cod civil, care enumeră elementele minimale care trebuie să se regăsească în cuprinsul acestuia: a) drepturile reale, de creanță, garanțiile și alte drepturi patrimoniale care fac obiectul transferului; b) durata transferului, care nu poate depăși 33 de ani, cu începere de la data încheierii sale; c) identitatea constituitorului/constituitorilor, a fiduciarului/fiduciarilor, respectiv identitatea beneficiarului sau a beneficiarilor sau cel puțin regulile care permit determinarea acestora; d) scopul fiduciei și întinderea puterilor de administrare și de dispoziție ale fiduciarului/fiduciarilor. Prezentul articol reprezintă o reproducere a conținutului art. 2018 din Codul civil francez, cu diferența majoră a reglementării duratei transfe-

³⁰ „(1) Fiducia este opozabilă terților de la data menționării sale în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare.(2) Înscrierea drepturilor reale imobiliare, inclusiv a garanțiilor reale imobiliare, care fac obiectul contractului de fiducie se face și în cartea funciară pentru fiecare drept în parte.”

rului, care în legea franceză este de 99 de ani. Din reglementarea art. 779 pct c) se poate deduce că durata contractului se poate prelungi prin voința părților, însă numai până în limita duratei maxime de 33 de ani. Cu toate că legiuitorul român a stabilit o durată mai restrânsă decât cel francez, a menținut prevederile privind momentul începerii curgerii termenului, respectiv data încheierii contractului de fiducie. Reglementarea are drept scop în-lăturarea nesiguranței în legătură cu momentul începerii curgerii termenului și implicit momentul încetării sale. Soluția adoptată de legiuitor prezintă importanță sporită în cazurile în care obiectul contractului de fiducie cuprinde drepturi reale, a căror transfer deși este condiționat de întabulare, momentul curgerii termenului se raportează la data încheierii contractului.

Referitor la **scopul** fiduciei, Noul Cod civil instituie unele prevederi cu caracter imperativ. Astfel, potrivit dispozițiilor art. 773 scopul trebuie să fie determinat, iar printre elementele obligatorii ale contractului de fiducie legiuitorul a prevăzut mențiunile privitoare la scopul fiduciei. (art. 779, lit f). Tot în acest context trebuie menționată și interdicția formulată în cuprinsul art. 775 privind liberalitățile indirecte. Referitor la instituirea acestei interdicții s-a afirmat³¹ că soluția adoptată de legiuitorul român frânează dezvoltarea acestei noi instituții de drept, raportată la instituția trust-ului din sistemele de drept anglo-saxone (Anglia, SUA, Canada), unde în lipsa acestei limitări, reglementările sunt mai laxe, aplicația trustului cunoscând o mare varietate. Firește, alături de reglementările speciale discutate mai sus, fiducia este supusă și regulilor generale în privința scopului, care trebuie să fie real, licit și moral.

Obiectul fiduciei este constituit din trei operațiuni distincte, dar strâns legate între ele: a) în primul rând se realizează un transfer de la constitutor la fiduciar potrivit art. 779 lit b); b) încheierea unui mandat de administrare conform 792; c) transferul folosului către beneficiar.

Referitor la cuprinsul și limitele **puterii de administrare** a fiduciarului se impun unele precizări. Conform art. 779 lit. f) întinderea puterilor de administrare și de dispoziție ale fiduciarului sau ale fiduciarilor trebuie prevăzute în contractul de fiducie, sub sancțiunea nulității absolute. Art. 782-783 din Noul Cod civil cuprind regulile speciale privind obligațiile, puterile, remunerarea și răspunderea fiduciarului, care se completează cu

³¹ Cătălin R. Tripon, *op. cit*, pag. 172

dispozițiile codului civil referitoare la administrarea bunurilor altuia³². Această concluzie se desprinde din analiza prevederilor art. 784 alin. (2)³³ și art. 794³⁴. În privința raportului între mandatul de administrare fiduciară și mandatul de administrare, se poate concluziona succint că „*orice fiduciar are calitatea de titular de mandat de administrator, dar un simplu administrator nu are calitatea de fiduciar*”³⁵. În conformitate cu prevederile art. 782 alin (1) din Noul Cod civil, în cazul în care „*fiduciarul acționează în contul masei patrimoniale fiduciare, el trebuie să facă mențiune expresă în acest sens.*” Legiuitorul român a preluat într-o formă adaptată prevederile art. 2020 din Codul Civil francez, scopul reglementării fiind acela de a distinge între ipoteza în care fiduciarul acționează în contul masei patrimoniale fiduciare și ipoteza în care el acționează în beneficiu propriu, cu scopul de a proteja interesele terților în funcție de calitatea în care acționează fiduciarul. Prevederile enunțate sunt însă atenuate de reformularea art. 782 alin (1) din proiectul de Lege pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul Civil, potrivit căreia în cazul în care „*fiduciarul acționează în contul masei patrimoniale fiduciare, el poate să facă mențiune expresă în acest sens, cu excepția cazurilor în care acest lucru este interzis prin contractul de fiducie*”. În lumina textului din proiectul de lege, obligația fiduciarului se transformă în posibilitate, guvernată de clauzele contractuale încheiate între părți. O modificare asemănătoare a survenit și în formularea art. 782 alin (2): în timp ce în cuprinsul Noului Cod civil, în cazul în care masa patrimonială fiduciară cuprinde drepturi a căror transmitere este supusă publicității, denumirea fiduciarului și calitatea în care acționează trebuie menționate în registrul de publicitate; în proiectul de lege³⁶ obligația de mai sus se transformă într-o prevedere facultativă, care depinde de dispozițiile contractului de fiducie. După cum

³² A se vedea în acest sens Titlul V. „Administrarea bunurilor altuia” din Noul Cod civil

³³ „*Fiduciarul va fi remunerat potrivit înțelegerii părților, iar în lipsa acesteia, potrivit regulilor care cârmuiesc administrarea bunurilor altuia*”

³⁴ „*În absența unor dispoziții legale speciale, prevederile prezentului titlu se aplică în toate cazurile de administrare a bunului altuia*”.

³⁵ Cătălin R. Tripon, *op. cit.*, pag. 192

³⁶ Art. 782 alin.(2): „*De asemenea, când masa patrimonială fiduciară cuprinde drepturi a căror transmitere este supusă publicității, în registrul de publicitate fiduciarul poate solicita să se menționeze denumirea fiduciarului și calitatea în care acționează.*”

se poate concluziona, în varianta Noului Cod civil obligativitatea precizării calității fiduciarului avea scopul de a proteja în primul rând interesele terților, pe când în reglementarea din proiectul de lege primează interesele constituitorului și beneficiarului stipulate în contract. Această schimbare de optică a legiuitorului este subliniată și de prevederile alin. (3)³⁷, care instituie obligativitatea precizării fiduciarului în toate cazurile când aceasta este solicitată de către constituitor sau beneficiar. În caz contrar, dacă actul este păgubitor pentru constituitor, se va considera că actul a fost încheiat de fiduciar în nume propriu.

Art. 783 din Noul Cod civil completează dispozițiile art. 779, prin instituirea unui element obligatoriu suplimentar din contractul de fiducie, cel referitor la obligația fiduciarului privind condițiile în care trebuie să dea socoteală despre îndeplinirea obligațiilor sale. În acest text au fost preluate dispozițiile art. 2022 din Codul Civil francez, conținutul și periodicitatea obligației de socoteală fiind lăsat la libera apreciere a părților³⁸. Din formularea art. 783 reiese că fiduciarul are obligația de a da socoteală atât constituitorului, cât și beneficiarului și reprezentantului constituitorului la cererea acestora. Se deduce că rămâne la latitudinea părților să stabilească, în cuprinsul contractului, cine exercită controlul asupra fiduciarului, iar în cazul în care sunt mai mulți, prioritatea între cei față de care operează răspunderea fiduciarului.

În raporturile cu terțele persoane, se consideră că fiduciarul are puterile cele mai largi asupra masei patrimoniale fiduciare, cu excepția cazului în care se dovedește că terții au cunoștință de limitarea acestor puteri³⁹. Sintagma „puterile cele mai largi” preluată din formularea art. 2023 din Codul Civil francez, care își are originea la rândul ei în legislația privind societățile comerciale, ni se pare imprecisă, motiv pentru care considerăm că reformularea acestui alineat din proiectul de lege⁴⁰ este mai potrivită și în acord cu celelalte reglementări din materia fiduciei.

³⁷ Art. 782 alin.(3): „În toate cazurile în care constituitorul sau beneficiarul solicită acest lucru în conformitate cu contractul de fiducie, fiduciarul va trebui să își precizeze calitatea în care acționează

³⁸ Alain Berdah, *op. cit.*, p. 124

³⁹ A se vedea art. 784 alin (1)

⁴⁰ „În raporturile cu terții, se consideră că fiduciarul are puteri depline asupra masei patrimoniale fiduciare, acționând ca un veritabil și unic titular al drepturilor în

Remunerația fiduciarului se va stabili conform acordului părților, iar în lipsa acestuia se aplică regulile care guvernează administrarea bunurilor altuia (art. 793 din Noul Cod civil).

Art. 785 și 786 reglementează cazurile de limitare a răspunderii fiduciarului în caz de insolvență și în funcție de separația maselor patrimoniale. În primul caz, legiuitorul instituie regula potrivit căreia deschiderea procedurii insolvenței împotriva fiduciarului nu afectează masa patrimonială fiduciară. Textul reia prevederile art. 2024 din Codul civil francez, subliniind nu numai separația masei patrimoniale fiduciare de restul patrimoniului fiduciarului, ci și limitarea răspunderii fiduciarului când acționează în nume propriu la propriul activ patrimonial, fără a se afecta masa patrimonială fiduciară⁴¹. În al doilea caz, legiuitorul statuează că bunurile din masa patrimonială fiduciară pot fi urmărite de titularii de creanțe născute în legătură cu aceste bunuri sau de creditorii constitutorului care au o garanție reală asupra bunurilor acestuia și a cărei opozabilitate este dobândită anterior datei stabilirii fiduciei. Legea recunoaște și celorlalți creditori ai constitutorului dreptul de urmărire, însă numai în cazul în care există o hotărâre judecătorească definitivă de admitere a acțiunii prin care a fost desființat contractul de fiducie încheiat în fraudă dreptului lor de creanță. Distincția între cele două excepții de la regula enunțată, potrivit căreia bunurile din masa patrimonială fiduciară nu pot fi urmărite decât de către creditorii fiduciar, este justificată. Astfel, în cazul în care contractul de fiducie a fost încheiat în fraudă creditorilor constitutorului, aceștia pot să urmărească întreaga masă patrimonială fiduciară, potrivit principiului specializării gajului general al creditorilor chirografari, dar numai în măsura în care fraudă este constatată printr-o hotărâre judecătorească, ca urmare a admiterii acțiunii pauliene. În cealaltă ipoteză, când există garanție reală constituită asupra unui bun fiduciar anterior contractului de fiducie, creditorul garantat va putea să urmărească bunul respectiv și în masa patrimonială fiduciară, ținând seama de regulile care guvernează regimul garanțiilor reale. Față de formularea art. 786 alin (1) din Noul Cod civil, proiectul de lege pentru punerea de aplicare al acestuia completează dispozițiile inițiale, în sensul că exercitarea dreptului de urmărire le este recu-

cauză, cu excepția cazului în care se dovedește că terții aveau cunoștință de limitarea acestor puteri.”

⁴¹ Proiectul Codului Civil, p.140-142

noscut creditorilor constituitorului, care au obținut o hotărâre judecătorească definitivă de admitere a acțiunii prin care contractul de fiducie a devenit inopozabil, în orice mod, cu efect retroactiv. Potrivit prevederilor art. 786 alin. (2) s-a instituit regula potrivit căreia creditorii fiduciar se bucură numai de un gaj general specializat asupra masei fiduciare, cu excepția cazului în care, prin contractul de fiducie, s-a prevăzut obligația fiduciarului sau/și a constituitorului de a răspunde pentru o parte sau pentru tot pasivul fiduciei. Soluția adoptată de legiuitorul român diferă de modelul francez, respectiv art. 2025 din Codul Civil francez, potrivit căruia creditorii fiduciar se bucură nu numai de un gaj general specializat principal asupra masei patrimoniale fiduciare, ci și de un gaj general specializat subsidiar asupra patrimoniului constituitorului, cu excepția cazului în care, prin contractul de fiducie, acest gaj general specializat subsidiar apasă, total sau parțial, asupra restului patrimoniului fiduciarului, adică dincolo de masa patrimonială fiduciară⁴². Prin reglementarea adoptată de legiuitorul român se realizează pe de o parte o separație mai clară între masa patrimonială fiduciară și patrimoniul fiduciarului, iar pe de altă parte „desprinderea mai clară a acestei mase fiduciare din patrimoniul constituitorului”⁴³. Această regulă poate fi neutralizată de voința părților contractuale, care pot conveni în cadrul contractului de fiducie, ca și fiduciarul și/sau constituitorul să răspundă pentru o parte sau pentru tot pasivul fiduciei. În acest din urmă caz, s-a prevăzut însă beneficiul de discuțiune în favoarea constituitorului sau/și a fiduciarului, astfel încât să poată fi urmărite mai întâi drepturile patrimoniale din masa fiduciară, iar apoi, dacă este necesar, drepturile patrimoniale ale constituitorului sau/și ale fiduciarului, în limita și în ordinea prevăzute în contractul de fiducie. Art. 787 prevede că în cazul unui prejudiciu cauzat prin actele de conservare sau administrare a masei patrimoniale fiduciare, răspunderea fiduciarului operează numai cu celelalte drepturi din patrimoniul acestuia.

În cazul în care fiduciarul nu își îndeplinește obligațiile sale sau pune în pericol interesele ce i-au fost încredințate, constituitorul, reprezentantul său sau beneficiarul poate cere în justiție **înlocuirea** acestuia și numirea unui administrator provizoriu al masei patrimoniale fiduciare, conform art. 788 alin (1), dispoziție legală care adaptează prevederile art. 2027 din

⁴² Alain Berdah, *op. cit.*, p.78

⁴³ Proiectul Codului Civil, p.142

Codul Civil francez⁴⁴. Analizând cele două reglementări, putem depista două diferențe majore: a) din reglementarea legiuitorului român s-ar putea deduce că fiduciarul poate fi înlocuit numai printr-o cerere adresată justiției, în timp ce textul din codul civil francez prevede că această posibilitate există, însă numai în absența unor clauze contractuale referitoare la înlocuire. Soluția franceză o găsim mai logică, întrucât n-ar trebui îngrădită posibilitatea părților să reglementeze în contract condițiile înlocuirii fiduciarului. Trebuie menționat că reglementarea din Noul Cod civil este interpretabilă, mai ales în coroborare cu dispozițiile art. 783, care prevede că în cadrul contractului de fiducie trebuie stipulate și condițiile în care fiduciarul dă socoteală. Or, înlocuirea poate fi încadrată în această categorie, din moment ce poate interveni în cazul în care fiduciarul nu își îndeplinește obligațiile. b) A doua diferență este constituită de posibilitatea de a numi un administrator provizoriu (Codul Civil român) în locul posibilității de a numi un fiduciar provizoriu (modelul francez). S-a considerat că soluția fiduciarului provizoriu este o complicație inutilă, întrucât ar presupune transferul provizoriu al masei patrimoniale fiduciare în patrimoniul fiduciarului provizoriu. Trebuie subliniat totodată faptul că numirea administratorului provizoriu nu va duce în mod automat la schimbarea fiduciarului. Dacă cererea de schimbare a fiduciarului va fi respinsă, va înceta și mandatul administratorului provizoriu. În acest fel, se rezolvă atât problema înlocuirii fiduciarului, cât și problema administrării. Numirea noului fiduciar și a administratorului provizoriu poate fi dispusă de instanța de judecată numai cu acordul acestora: reglementarea are menirea de a sublinia că hotărârea judecătorească operează ca o sancțiune împotriva vechiului fiduciar, dar nu poate suplini consimțământul noului fiduciar sau al administratorului provizoriu⁴⁵. Proiectul de lege pentru punerea în aplicare a Noului Cod civil completează prevederile acestuia, instituind că numirea administratorului provizoriu se realizează potrivit dispozițiilor re-

⁴⁴ „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.”

⁴⁵Proiectul Codului Civil, p.143-144

feritoare la ordonanța președințială. Pentru a înlătura orice echivoc privind întinderea misiunii noului fiduciar, art. 788 alin (3) statuează că noul fiduciar numit de către instanță va avea toate drepturile și obligațiile prevăzute în contractul de fiducie. Potrivit prevederilor art. 788 alin. (4), constitutorul, reprezentantul său, noul fiduciar sau administratorul provizoriu poate să înregistreze modificarea fiduciei la organul fiscal competent și la registrul național al fiduciilor, urmând ca înlocuirea fiduciarului să producă efect după îndeplinirea obligațiilor privind înregistrarea. Considerăm că formularea textului nu este în acord cu dispozițiile art. 780, care reglementează obligația înregistrării fiscale sub sancțiunea nulității absolute, deci nu ca posibilitate, ci ca obligație.

Conform prevederilor art. 789 alin (1), contractul de fiducie poate fi denunțat unilateral de către constitutor cât timp nu a fost acceptat de către beneficiar. Textul reia dispozițiile art. 2028, alin. 1 din Codul civil francez, cu deosebirea că, în locul noțiunii de „revocare”, s-a folosit noțiunea de „denunțare unilaterală”. Referitor la această reglementare s-a pus problema în literatura de specialitate franceză⁴⁶ dacă prin soluția adoptată nu se neagă voința fiduciarului, din moment ce contractul poate fi denunțat în mod unilateral, iar pe de altă parte, dacă prin fiducie se transferă garanții, această prerogativă unilaterală acordată constitutorului nu dăunează eficacității întregului mecanism. În ceea ce privește prima observație, s-a remarcat că este în acord cu noua tendință de jurisprudență, care permite revocarea unilaterală a unei convenții, indiferent dacă aceasta a fost încheiată pe durată determinată sau nedeterminată. Privitor la a doua problemă ridicată, este improbabil ca creditorul, fie că acesta este fiduciarul însuși sau un terț, să nu accepte contractul de fiducie, din moment ce este beneficiar. După acceptarea de către beneficiar, contractul nu poate fi modificat sau revocat de către părți ori denunțat unilateral de către constitutor decât cu acordul beneficiarului sau, în absența acestuia, cu autorizarea instanței judecătorești. Referitor la hotărârea judecătorească, aceasta are în vedere fie schimbarea judiciară a fiduciarului, fie diferitele cazuri de desființare judiciară a contractului de fiducie (nulitate, reziliere). În cazuri bine justificate, prin hotărâre judecătorească s-ar putea suplini chiar acordul beneficiarului la modificarea, revocarea sau denunțarea unilaterală a contractului de fiducie.⁴⁷

⁴⁶ Alain Berdah, *op. cit.*, p.74-77

⁴⁷ Proiectul Codului Civil, p.144-145

Noul Cod civil prevede trei **cazuri de încetare** a contractului de fiducie: a) prin împlinirea termenului sau prin realizarea scopului urmărit când aceasta intervine înainte de împlinirea termenului [art. 790 alin. (1)] b) când toți beneficiarii renunță la fiducie, iar în contract nu se reglementează condițiile continuării raporturilor fiduciare [art. 790 alin. (2)]; și c) în momentul în care s-a dispus deschiderea procedurii falimentului împotriva fiduciarului sau în momentul în care se produc, potrivit legii, efectele reorganizării persoanei juridice. **Ca efect** al încetării contractului de fiducie, masa patrimonială fiduciară se transferă la beneficiar, ori în absența acestuia la constitutor, însă numai după plata datoriilor fiduciare. Referitor la aceste prevederi se impun unele precizări. Astfel, legiuitorul distinge între ipotezele, în care în momentul încetării fiduciei, există un beneficiar, sau nu, fie pentru că el nu a fost încă determinat potrivit regulilor din contract, fie pentru că persoana fizică beneficiară a decedat fără moștenitori ori persoana juridică beneficiară și-a încetat existența potrivit legii⁴⁸. În al doilea rând, se precizează că fiind vorba despre transferul masei patrimoniale fiduciare, acesta include nu numai drepturi, ci și datorii. Transferul datoriilor nu prejudiciază creditorii fiduciar, întrucât ei se vor putea îndestula din masa fiduciară și după transferul ei către beneficiar sau constitutor, în aceleași condiții în care o puteau face înainte de transfer. Tot în ideea protejării intereselor creditorilor fiduciar, se stipulează că se menține separația masei fiduciare față de restul patrimoniului beneficiarului sau al constitutorului până în momentul plății datoriilor fiduciare. Ca urmare, nici creditorii fiduciar nu se vor putea îndestula din bunurile proprii ale beneficiarului sau ale constitutorului, nici creditorii acestora din urmă nu se vor putea îndestula din masa fiduciară înainte de contopire.

Posibile aplicații practice ale fiduciei. S-a exprimat opinia⁴⁹, potrivit căreia rolul fiduciei se va simți în mod primordial în domeniul investițiilor financiare, prin reducerea semnificativă a costurilor în dezvoltarea de noi investiții. De exemplu dacă o societate comercială, din categoria celor care pot avea calitatea de fiduciar, dorește să dezvolte o afacere, prin contractul de fiducie poate să diminueze semnificativ costurile intermediare, pe care le-ar avea atunci când ar fi nevoită să constituie o societate comercială distinctă. Fiducia ar putea soluționa și situațiile de incompa-

⁴⁸ Proiectul Codului Civil, p.146-147

⁴⁹ Cătălin R. Tripon, *op. cit*, pag. 171

tibilitate la nivelul societăților comerciale, prin numirea pe perioada determinată a menținerii cazului de incompatibilitate, a unui fiduciar. Fiducia poate constitui soluția și în cazul unui proces, când numirea unui fiduciar poate fi mai utilă decât măsura sechestrului. În acest fel debitoarea își poate continua activitatea, realizând chiar și profit. Fiducia este aplicabilă și în cazul în care o persoană moștenește de exemplu un imobil, dar nu dispune de capacitatea necesară (fie din cauză că este minor, fie că nu are cunoștințe în materie) de a îl utiliza. Tot această instituție îi oferă posibilitatea asociatului unei societăți comerciale de a se retrage temporar din sfera afacerilor, transferând în acest timp fiduciarului sarcina administrării patrimoniului.

Concluzii. Recepția instituției fiduciei în dreptul românesc reprezintă un răspuns firesc al legiuitorului cu privire la noile realități juridice și economice globale. Măsura noilor reglementări o va reprezenta însă aplicarea acestora în practică, respectiv recepția acestora din partea subiecților de drept. După cum am prezentat și în prezentul studiu, reglementarea instituției fiduciei din Noul Cod civil, are unele prevederi limitative, iar altele interpretabile, care pot frâna dezvoltarea acestei instituții. Un alt element definitoriu în cadrul acestui proces îl reprezintă adaptarea legislației subsecvente, cu accent pe dreptul fiscal și legislația contabilă, care trebuie să ofere răspunsuri clare cu privire la regulile de impozitare și respectiv de evidențiere contabilă a masei patrimoniale fiduciare.