

# FIDUCIA. COMPARATII.DELIMITARI.CATEGORII

**Cezar Gusu**  
Avocat Partener  
Bucuresti, 4 Iulie 2012

**Incercarea legiuitorului roman de a realiza o modalitate de intalnire intre mediul juridic si mediul de afaceri.  
A fost adoptata institutia trust-ului si in sistemul nostru de drept?**

**Comparatie intre cele doua figuri juridice:**

***FIDUCIA***

1. Reglementata de art. 773 – 791 din Codul Civil, este o operatiune complexa, alcatuita din mai multe raporturi contractuale, care formeaza un tot unitar: transfer de drepturi de catre constitutor(i) catre fiduciar(i), mandat (irevocabil ca principiu) acordat fiduciarului, dispozitia de un patrimoniu de catre fiduciar in scop determinat, in folosul unuia sau al mai multor beneficiari. Drepturile transferate formeaza o masa patrimoniala autonoma, distincta, in patrimoniul fiduciarului, un patrimoniu de afectatiune, care se contopeste cu patrimoniul beneficiarului odata scopul realizat sau durata maxima atinsa, insa dupa plata datoriilor fiduciare.

***TRUST-ul***

1. O tehnica juridica prin care o persoana numita settlor transfera catre o persoana numita trustee un titlu de proprietate juridic, nominal, in beneficiul exclusiv al unui/unor beneficiar(i), care detin(e) proprietatea economica, reala, cu scop determinat, ne-caritabil sau caritabil. Poate fi revocabil sau irevocabil.

2. Originea – dreptul roman. Datio (transfer de proprietate-elementul abstract) si traditio (remiterea materiala a bunului-elementul concret). Elementul esential este separarea masei patrimoniale fiduciare de patrimoniul personal al fiduciarului.

3. Izvoare: legea sau contractul; fiducia este intotdeauna expresa, e un contract special, numit.

4. Conditii de validitate: forma autentica a contractului, inregistrarea la organele fiscale competente. Problema recunoasterii fiscale.

5. Durata: maxim 33 de ani.

6. Parti: unul sau mai multi constituitori, fiduciar, beneficiari.

- Constitutorul nu poate fi si fiduciar, aplicatie a principiului de drept civil ca o persoana nu poate contracta cu ea insasi, dar poate fi si beneficiar (trasatura care face posibil mecanismul fiduciei-garantie)

- Constitutorul isi poate desemna un reprezentant in executarea contractului de fiducie.

2. Originea – dreptul anglo-saxon. Elementul esential este sciziunea proprietatii prin care settlor-ul transfera titlul nominal trustee-ului, acesta avand obligatia de utiliza titlul in folosul beneficiarului.

3. Izvoare: manifestarea unilaterala de vointa a settlor-ului; decizia judecatorului.

4. Conditii de validitate: simpla manifestare de vointa.

5. Durata: poate fi si nedeterminata.

6. Parti: unul sau mai multi settlor-i, trustees si beneficiari.

Settlor-ul poate cumula calitatea de trustee.

Interventia unor autoritati in determinarea beneficiarilor

*Continuarea pe urmatorul slide*

6. - Beneficiarul trebuie sa fie determinat sau determinabil.

Calitatea de fiduciar poate fi detinuta numai de institutii de credit, societati de asigurare si reasigurare, societatile de investitii si de administrare a investitiilor, societatile de servicii de investitii financiare, notari publici si avocati.

7. Continut: exclusiv drepturi si obligatii corelative patrimoniale. Drepturile reale ale constitutorului sunt inlocuite de drepturi de creanta asupra fiduciarului. Fiduciarul da socoteala de executarea obligatiilor fiduciare, dar „nu poate mai mult decat datoreaza”. Intinderea puterilor fiduciarului e recomandabil sa fie stipulata, in lipsa precizarii fiduciarul e prezumat a avea drepturi depline. La finalul fiduciei patrimoniul de afectatiune este transferat catre beneficiar.

8. Opozabilitate: contractul de fiducie trebuie inregistrat la A.E.G.R.M. Trebuie inregistrat si in Cartea Funciara, daca exista imobile in patrimoniul de afectatiune.

7. Continut: drepturi patrimoniale.

8. Opozabilitate: in sistemul de drept anglo-saxon, trust-ul nu trebuie sa fie facut public.

9. In **raporturile cu tertii** fiduciarul va preciza de fiecare data in mod expres calitatea sa, atunci cand actioneaza in contul masei patrimoniale fiduciare, daca nu ii este interzis expres prin contract. Obligatia fiduciarului de a da socoteala constitutorului si beneficiarului nu diminueaza capacitatea sa juridica fata de terti.

10. **Creditorii** constitutorului nu pot urmari masa fiduciara, ca regula.

11. Constituita numai prin acte juridice inter vivos.

Interdictie de a face liberalitati directe sau indirecte utilizand mecanismul fiduciei.

12. Judecatorul are competenta exclusiva, avand in vedere contractul incheiat intre parti.

13. Ca aplicabilitate practica, fiducia este un mecanism pretabil a fi utilizat drept vehicul de investitii (ex: pentru nerezidenti care nu dispun de infrastructura si logistica pe plan local), pentru administrarea unor mari averi, pentru reprezentarea indirecta si, desigur, drept garantie.

9. In **raporturile cu tertii** trustee-ul actioneaza intotdeauna in nume propriu. In practica exista instrumente juridice care permit trustee-ului sa fie exonerat de raspundere fata de terti, demonstrand ca a actionat la instructiunile settlor-ului.

10. **Creditorii** settlor-ului nu pot urmari activele detinute in trust.

11. Poate fi constituit si prin acte juridice mortis causa.

12. Judecatorul are o competenta mai larga.

13. In practica, trust-ul este folosit pentru protectia averii, pentru planificare fiscala, ca vehicul succesoral, realizare de investitii si apare ca element auxiliar intr-o multitudine de tranzactii.

Doar legea de organizare si exercitare a profesiei de avocat nr. 51/1995, modificata si republicata, contine prevederi dedicate activitatilor fiduciare (art. 3, alin. 1, litera g).

Deoarece: (i) institutiile de credit, ca si societatile de asigurare si reasigurare, au obiect de activitate strict reglementat; (ii) societatile de investitii pot avea ca unic obiect de activitate administrarea activelor proprii; (iii) societatile de administrare a investitiilor le este permisa doar activitatea de administrare a portofoliilor individuale sau consultanta de investitii; (iv) societatile de servicii de investitii financiare pot presta doar activitatile specifice;

Concluzia este ca: entitatile mentionate nu pot avea calitatea de fiduciar decit in urma unei autorizari exprese in acest sens. Reiese necesitatea amendarii OUG nr. 99/2006, a Legii nr. 32/2000, a legii nr. 297/2004, a implicarii articulate a B.N.R., C.S.A., C.N.V.M.

## FIDUCIE vs. MANDAT

Art. 782 din noul Cod Civil - puntea de legatura intre institutia fiduciei si institutiile administrarii bunurilor altuia sau mandatului.

Delimitarea de mandatul cu reprezentare este data de lipsa unei obligatii in sensul mentionarii calitatii de fiduciar daca este interzis acest lucru prin contractul de fiducie.

Legea impune in sarcina fiduciarului obligatia de a da socoteala, asemanator unui mandatar, deosebirea fiind ca socoteala se da nu doar constitutorului, ci si beneficiarului.

Mandatul de administrare fiduciar este un mandat de administrare extins, cu anumite particularitati care il deosebesc de mandatul de administrare general:

- Conform art. 789 din Noul Cod civil, "(1) Cat timp nu a fost acceptat de catre beneficiar, contractul de fiducie poate fi denuntat unilateral de catre constitutor. (2) Dupa acceptarea de catre beneficiar, contractul nu poate fi modificat sau revocat de catre parti ori denuntat unilateral de catre constitutor decat cu acordul beneficiarului sau, in absenta acestuia, cu autorizarea instantei judecatoresti."

Numai instanta poate inlocui pe fiduciar la cererea constitutorului si/sau beneficiarului, in conditiile art. 788 pct. 1 din Noul Cod civil (neindeplinirea obligatiilor sau periclitarea intereselor)

Mandatul fiduciarului nu poate depasi 33 ani.

Contractul de fiducie este supus unor conditii de forma (forma autentica, inregistrarea fiscala, inregistrarea pentru opozabilitate) mult mai stricte decat orice mandat in general.

## **FIDUCIE vs. STIPULATIA PENTRU ALTUL**

Stipulatia pentru altul - conventie prin care o parte, numita stipulant, dispune ca cealalta parte, numita promitent, sa dea, sa faca sau sa nu faca ceva in folosul unei terte persoane, straine de contract, numita tert beneficiar (art. 1284 -1288 Cod Civil).

Conditii de valabilitate a stipulatiei pentru altul:

- exprimarea neindoielnică a vointei de a stipula;
- determinarea sau determinabilitatea tertului beneficiar;
- acceptarea tertului beneficiar (diferenta fata de configuratia stipulatiei pentru altul in vechiul cod civil, apropiere de mecanismul fiduciei, pana la asimilare?);

Diferentele fata de fiducie apar in principal sub aspectul ca beneficiarul este parte a contractului de fiducie si sub aspectul acceptarii stipulatiei:

In masura in care tertul beneficiar nu accepta stipulatia, dreptul sau se considera a nu fi existat niciodata.

Stipulatia va putea fi revocata cat timp acceptarea beneficiarului nu a ajuns la stipulant sau la promitent.



## **FIDUCIE vs. VANZAREA CU OPTIUNE DE RASCUMPARARE**

O vanzare afectata de conditie rezolutorie prin care vanzatorul isi rezerva dreptul de a rascumpara bunul sau dreptul transmis cumparatorului (art. 1758-1762 Cod Civil).

Prima si cea mai importanta deosebire de situatia existenta in cadrul fiduciei este sub aspectul continutului si intinderii drepturilor transmise si posibilitatea reintoarcerii acestora in patrimoniul transmitatorului:

Posibilitatea vanzatorului de exercitare a facultatii rascumpararii, care va conduce de drept la rezolvirea vanzarii si redobandirea proprietatii bunului ce formeaza obiectul contractului.

Daca in cazul vanzarii cu pact de rascumparare modalitatea ce afecteaza reintoarcerea dreptului in patrimoniul vanzatorului este o conditie (rezolutorie sau suspensiva, in functie de partea dinspre care se ia in considerare raportul juridic obligational), in cazul fiduciei, simpla ajungere la termen ori realizarea scopului determinat sunt suficiente pentru reintoarcerea drepturilor in patrimoniul constituintului.

## CATEGORIILE FIDUCIEI

- Fiducia – gestiune
- Fiducia – garantie

## FIDUCIA – GESTIUNE

- ✓ cea mai simpla forma a mecanismului fiduciar - un contract prin care fiduciarul primeste in proprietate bunuri de care se obliga sa dispuna in contul beneficiarului, conform stipulatiilor constitutorului.
- ✓ fiduciarul poate sa fie un intermediar intr-o transmisiune cu titlu oneros, restituirea activului fiduciar luand forma unei transmisiuni in profitul unui tert beneficiar. Daca acest tert nu este parte in contractul de fiducie, conventia ar putea fi asimilata unei stipulatii pentru altul, beneficiarul fiduciei avand aceeasi pozitie ca tertul beneficiar din stipulatia pentru altul.

Fiduciarul se va comporta intocmai ca un proprietar, dand dreptului de proprietate o folosinta conform scopului pentru care a primit aceasta proprietate si strict pentru realizarea lui. Limitarea prerogativelor fiduciarului este insa data si de caracterul temporar al fiduciei.

EX: constitutorul incredinteaza intreprinderea sa unei terte persoane, avand drept scop administrarea afacerii, pentru ca la un termen ulterior, prestabilit, beneficiarul sa isi preia drepturile, iar proprietatea sa fie restituita. De retinut ca, in cazul in care contractul nu stipuleaza puterile incredintate fiduciarului, fiduciarul beneficiaza de o intindere larga a drepturilor conferite, avand puteri depline asupra masei patrimoniale transmise.

## **FIDUCIA – GARANTIE**

Un contract prin care partile urmaresc un interes comun. Debitorul transfera creditorului sau proprietatea unui bun in scopul garantarii platii datoriei sale. Debitorul este constituitorul, iar creditorul este fiduciarul si beneficiarul. Constituitorul poate obtine un credit si pune la dispozitia creditorului sau, fiduciarul, activele cu care garanteaza. La scadenta si numai daca creditul este integral restituit, bunurile aportate drept garantie revin in patrimoniul constituitorului. Daca nu este restituit creditul, elementele de patrimoniu in cauza intra in patrimoniul beneficiarului, al creditorului, transferul temporar al proprietatii se definitiveaza.

Este esential aici faptul ca fiduciarului i se transfera dreptul de proprietate asupra bunului aportat drept garantie. Acest contract organizează un transfer de proprietate in favoarea fiduciarului, transfer limitat in exercitiul sau printr-o serie de obligatii in sarcina fiduciarului, in special aceea de a retransmite dreptul de proprietate la sfârșitul contractului.

Utilizarea proprietatii cu titlu de garantie nu ia intotdeauna o forma fiduciara. Este vorba în special de clauze privind rezerva dreptului de proprietate, proprietatea asupra bunului nefiind transmisa, ci „rezervata” de catre instrainator. Cadrul este cel al unui contract de vanzare-cumparare.

## FIDUCIA – GARANTIE

Regimul fiduciei-garantie este dificil de pus in aplicare deoarece:

- 1) persoana constituitorului nu mai pastreaza niciun drept de natura reala asupra bunurilor remise in fiducie;
- 2) conventia fiduciara ar putea fi un mijloc de fraudare a interdictiilor stipulate prin alte clauze contractuale;

Ca element esential, in cadrul fiduciei – garantie este posibil sa lipseasca retransmiterea bunurilor cedate cu titlu de garantie, in cazul neexecutarii platii datoriei de catre debitor, fiduciarul devenind proprietar al acestor bunuri. Conduita debitorului are ca efect liberarea fiduciarului de executarea propriei obligatii de retransfer a bunurilor fiduciare, fie deoarece aceasta obligatie este supusa unei conditii suspensive constand in plata obligatiei pe care bunurile o garanteaza pentru debitor, fie deoarece transferul initial este insotit de o conditie rezolutorie. In acest din urma caz, neplata, neexecutarea de catre debitor a obligatiei garantate prin intermediul fiduciei, impiedica conditia sa se realizeze.

Este posibil de imaginat o situatie in care constituitorul nu este debitorul, respectiv un constituitor care urmareste garantarea datoriei altuia. Fiduciarul poate, de asemenea, sa nu fie creditorul datoriei garantate.

# Va multumesc!

Intrebari / Raspunsuri

[cezar.gusu@bostina.eu](mailto:cezar.gusu@bostina.eu)  
[www.bostinalawyers.eu](http://www.bostinalawyers.eu)