

UNELE CONSIDERAȚII PRIVIND ACTIVITĂȚILE FIDUCIARE CE POT FI DESFĂȘURATE DE AVOCAT

Av. Mircea-Cosmin BREAHNĂ,
Baroul București

1. Aspecte prealabile privind patrimoniul și instituția fiduciei

Fiecare subiect de drept – persoană fizică sau persoană juridică – dispune de un patrimoniu, acea universalitate juridică ce apare ca o masă de drepturi și obligații legate între ele, sau ca o grupare a mai multor asemenea mase, având fiecare un regim juridic determinat.

Expresie a libertății individuale, libertatea contractuală nu este concepută ca o noțiune abstractă și absolută ci ca o aplicațiune concretă, dedusă din legea fundamentală¹ și celelalte izvoare de drept². În acest context, operațiunea juridică a fiduciei³ oferă un instrument valoros subiectelor de drept care doresc să *transfere 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 mai multor beneficiari.*

Drepturile astfel transferate, distincte de celelalte drepturi și obligații din patrimoniile fiduciarilor, constituie un patrimoniu de afecțiune, nefiind legat de personalitatea subiectului de drept respectiv, dar care este unit prin scopul comun (afecțiunea) ce a condus la utilizarea instrumentului juridic în discuție.

În calitate de fiduciar pot acționa 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 sau avocații, numai cu respectarea scopului stabilit de către constituitor și pentru durata stabilită (ce nu poate depăși 33 de ani).

¹ În acest sens, art. 135 alin. 2 lit. a) din Constituția României statuează: „statul trebuie să asigure libertatea comerțului, protecția concurenței loiale, crearea cadrului favorabil pentru valorificarea tuturor factorilor de producție”.

² Spre exemplu, art. 12 art. 1 din noul Cod civil dispune că „oricine poate dispune liber de bunurile sale, dacă legea nu prevede în mod expres altfel”.

³ Reglementată pe larg de noul Cod civil în art. 773 – 791 (Titlul IV - „Fiducia”), art. 31, art. 813, art. 816, art. 2659 – 2662, etc.

La încetarea fiduciei drepturile sunt transmise către beneficiar (calitate care poate reveni unui terț, constituitorului sau fiduciarului).

2. Condiții de validitate. Efectele fiduciei

Instituția fiduciei este reglementată atent de noul Cod civil intrat în vigoare la 1 octombrie 2011 din perspectiva condițiilor de validitate, necesar a fi întrunite cu privire la acest contract.

Astfel, sub sancțiunea nulității absolute, contractul de fiducie trebuie să fie încheiat în formă autentică, să prevadă expres fiducia⁴ și să conțină toate elementele obligatorii privind drepturile transferate, identitatea părților, durata și scopul fiduciei, întinderea puterilor de administrare și de dispoziție ale fiduciarului⁵.

O altă condiție stabilită de Codul civil⁶, sub sancțiunea nulității absolute, este aceea a *înregistrării fiscale* a contractului de fiducie și a modificărilor acestuia, pe de o parte, la organul fiscal competent să administreze sumele datorate de fiduciar bugetului general consolidat al statului și, pe de altă parte, la compartimentul de specialitate al autorității administrației publice locale competent pentru administrarea sumelor datorate bugetelor locale (în situația în care masa patrimonială fiduciară cuprinde drepturi reale imobiliare).

Tratamentul fiscal al contractului de fiducie comportă o serie de precizări legate de impunerea impozitului pe profit și/sau a impozitului pe venit.

Pentru contractele de fiducie în care constituitorul are și calitatea de beneficiar se consideră că transferul masei patrimoniale fiduciare de la constituitor către fiduciar nu este transfer impozabil. Fiduciarul va conduce o evidență contabilă separată pentru masa patrimonială fiduciară și va transmite trimestrial către constituitor, pe bază de decont, veniturile și cheltuielile rezultate din administrarea

⁴ Conform art. 774 alin. 1 Cod civil.

⁵ Prevăzute de art. 779 Cod civil.

⁶ Art. 780 Cod civil.

patrimoniului conform contractului. Valoarea fiscală a activelor cuprinse în masa patrimonială fiduciară, preluată de fiduciar, este egală cu valoarea fiscală pe care acestea au avut-o la constituitor⁷.

În cazul contractelor de fiducie în care calitatea de beneficiar o are fiduciarul sau o terță persoană, cheltuielile înregistrate din transferul masei patrimoniale fiduciare de la constituitor către fiduciar sunt considerate nedeductibile.

Cu privire la aplicabilitatea impozitului pe venit, trebuie observat că transferul de la constituitor la fiduciar al masei patrimoniale fiduciare nu generează venituri impozabile la momentul transferului, pentru părțile implicate, respectiv constituitor și fiduciar, în cazul în care părțile respective sunt contribuabili potrivit Codului Fiscal. Remunerația fiduciarului contribuabil, notar public sau avocat, primită pentru administrarea masei patrimoniale, constituie venit din activitatea adiacentă și se supune impunerii cumulată cu veniturile din activitatea desfășurată de notar sau avocat, potrivit prevederilor Capitolului II din Codul fiscal („*Venituri din activități independente*”).

Venitul realizat în bani și în natură de către beneficiarul persoană fizică la transferul masei patrimoniale de la fiduciar se supune impunerii potrivit prevederilor Capitolului IX din Codul fiscal („*Venituri din alte surse*”)⁸.

Sub aspectul *opozabilității* fiduciei față de terți, art. 781 C.civ. dispune asupra obligativității menționării acestei operațiuni în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare. În acest context facem precizarea ultimelor modificări aduse în materie în scopul punerii în aplicare a dispozițiilor Codului civil – O.U.G. nr. 79/2011 pentru reglementarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil⁹ și Legea nr. 60/2012 privind aprobarea O.U.G. nr. 79/2011¹⁰ – acte normative care reglementează avizele de fiducie (inițial, de acceptare a fiduciei de către beneficiar, modificator, stingere, nulitate, reactivare), taxele aplicabile, modalitatea de solicitare a înscrierii avizelor de fiducie, etc.

Astfel, fiducia este opozabilă terților de la data menționării sale în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare, în cazul drepturilor reale imobiliare (inclusiv a garanțiilor reale imobiliare) înscrierea realizându-se și în cartea funciară, pentru fiecare drept în parte.

Între efectele importante ale contractului de fiducie poate fi reținută limitarea răspunderii în funcție de sepa-

rația maselor patrimoniale, așa cum este aceasta reglementată de 786 C.civ. Bunurile din masa patrimonială fiduciară pot fi urmărite numai de către titularii de creanțe născute în legătură cu aceste bunuri sau de acei creditori ai constituitorului care au o garanție reală asupra bunurilor acestuia și a cărei opozabilitate este dobândită, potrivit legii, anterior stabilirii fiduciei. Pe de altă parte, titularii creanțelor născute în legătură cu bunurile din masa patrimonială fiduciară nu pot urmări decât aceste bunuri, 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.

3. Desfășurarea activităților fiduciare de către avocat

Actele normative ce reglementează organizarea și exercitarea profesiei de avocat au inclus operațiunile fiduciare între activitățile ce pot fi exercitate de către avocat încă din anul 2004, oferind la acel moment un instrument juridic valoros, ușor accesibil în promovarea și apărarea drepturilor, libertăților și interesele legitime ale beneficiarilor serviciilor avocațiale. Este de precizat art. 3 alin. 1 lit g) din Legea nr. 51/1995¹¹ care dispunea 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 succesorale 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*”.

Intrarea în vigoare a noului Cod civil și preluarea de către acesta a reglementării de drept comun a instituției fiduciei a impus armonizarea actelor normative privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat. Astfel, în prezent, art. 3 alin. 1 lit g)¹² din Legea nr. 51/1995 republicată reține fiducia între activitățile ce pot fi exercitate de către avocat, cu mențiunea aplicării dispozițiilor Codului civil incidente în materie.

¹¹ Așa cum a fost modificat prin art. 1 pct. 3 din Legea nr. 255/16.06.2004 privind modificarea și completarea Legii nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 559/23.06.2004.

¹² Modificat prin art. 85 pct. 1 din Legea nr. 71/03.06.2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 409/10.06.2011.

Reglementarea mai amplă, de detaliu, a activităților fiduciare a fost dezvoltată inițial în Statutul profesiei de avocat din 25 septembrie 2004¹³ (art. 98 – 108), fiind păstrată și în Statutul profesiei de avocat din 3 decembrie 2011¹⁴. Prin acest act normativ sunt stabilite condițiile, modalitățile de executare, efectele contractelor de fiducie.

Modalitățile aflate la îndemâna avocatului fiduciar pentru executarea mandatului acordat de client includ activități de consultanță, operațiuni de conservare a substanței și valori fondurilor financiare și bunurilor încredințate, de plasare a fondurilor în active mobiliare sau imobiliare, valori mobiliare și alte instrumente financiare, administrarea și valorificarea plasamentelor efectuate prin contractarea de operațiuni materiale și efectuarea de operațiuni juridice menite să sporească valoarea și lichiditatea plasamentelor, activități conexe (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/medierea operațiunilor financiare etc.), operațiuni în numerar privind plăți, încasări, efectuări de depozite bancare, compensări, rambursări impuse de natura activității încredințate¹⁵.

O serie de obligații atribuite în sarcina avocatului fiduciar asigură respectarea drepturilor clientului și buna administrare a raporturilor contractuale cu acesta: respectarea limitelor și durata mandatului încredințat, executarea cu bună-credință, profesionalism și cu diligența unui bun proprietar numai în interesul exclusiv al clientului, neinfluențarea prin orice modalități a clientului în scopul obținerii de beneficii proprii (în afara onorariului de avocat), corecta și promptă informare a clientului în ceea ce privește executarea activităților fiduciare.

Executarea fiduciei sub aspectul fondurilor bănești impune utilizarea unui cont fiduciar în care vor fi depozitate numai fondurile fiduciare (fond inițial sau sume primite din valorificarea acestuia ori a bunurilor încredințate). Pentru protejare intereselor clientului art. 96 – 99 din Statut stabilesc un regim strict de operare cu aceste sume de bani, avocatul având și obligația de a prezenta cel puțin o dată la 3 luni un extras al contului fiduciar.

Evidențierea operațiunilor fiduciare se va realiza în scris, prin arhivarea contractelor, corespondenței, rapoartelor de evaluare, extraselor de cont și, în general, a tuturor înscrisurilor generate de executarea acestui contract pentru o perioadă de cel puțin 10 ani. Mai mult decât atât, art. 102 din Statut impune avocatului fiduciar păstrarea unui registru sau a unui sistem echivalent de înregistrare care să evidențieze identitatea clientului pe seama căruia fondurile și/sau bunurile sunt primite și/sau administrate, inventarul bunurilor primite / rambursate și valoarea fondurilor primite și rambursate, operațiunile fiduciare efectuate, etc¹⁶.

În ceea ce privește contractul de asistență juridică încheiat între avocatul fiduciar și clientul său trebuie observată imposibilitatea preluării integrale a elementelor obligatorii prevăzute de art. 779 Cod civil în modelul de contract prevăzut în Statutul profesiei de avocat¹⁷. În acest context părțile sunt nevoite să încheie atât un contract de asistență juridică cât și un contract autentic de fiducie cu respectarea art. 774 și art. 779 Cod civil. *De lege ferenda*, apreciem necesară, pe de o parte, reformularea modelului de contract de asistență juridică sau utilizarea unui model nou, specific operațiunilor fiduciare dar și, pe de altă parte, înlăturarea condiției formei autentice pentru contractele de fiducie încheiate cu un fiduciar avocat.

¹³ Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 45 din 13 ianuarie 2005.

¹⁴ Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 898 din 19 decembrie 2011.

¹⁵ Art. 95 din Statutul profesiei de avocat din 3 decembrie 2011.

¹⁶ Art. 239 alin. 2 lit. d) din Statut dispune asupra obligativității păstrării registrului de înregistrare a activităților fiduciare al cărui model este prezentat în anexa nr. XIX din Statut.

¹⁷ Conform Anexei I la Statutul profesiei de avocat.