

STUDII

REGIMUL REAL AL TRUSTULUI, FONDULUI FIDUCIAR ȘI FIDUCIEI. DREPT ENGLEZ ÎN SPAȚIUL DREPTULUI CIVIL?¹

THE TRUE LEGAL REGIME OF TRUST, POOL *FIDUCIAIRE*, AND OF *FIDUCIE*. ENGLISH LAW IN THE AREA OF CIVIL LAW?

DOI:10.24193/SUBBIur.63(2018).4.1

Published Online: 2018-12-31

Christian VON BAR (autor), Dan-Andrei POPESCU (trad.)*

Abstract:

Several continental European states tried to integrate the Anglo-Saxon legal institution of trust into their Civil law, although they share different perspectives, which often makes this legal transplant an artificial one. This study aims to illustrate the real rights regarding the assets placed into a trust. We analysed the *trust interno* in Italian law; the fiduciary fund in the Czech Republic, Lithuania and Hungary, the French *fiducie* and the transfer as warranty under the German law. The conclusion of this study is that the trust institution cannot be integrated into continental law systems, mainly due to equity, another legal institution, specific to the Anglo-Saxon law, which is absent in the analysed legal systems.

Rezumat:

Mai multe state europene au încercat să integreze instituția anglo-saxonă a *trustului* în dreptul lor civil, cu toate că există diferențe de perspectivă ce fac ca acest transplant legal să fie unul artificial. Acest studiu urmărește să ilustreze drepturile reale asupra bunurilor care compun *trustul*. Am analizat *trust interno* din dreptul italian, fondul fiduciar din Cehia, Lituania și Ungaria, *la fiducie* din Franța, și

transferul cu titlu de garanție din dreptul german. Concluzia a fost că instituția trustului nu poate fi integrată în sistemele de drept continental mai ales datorită faptului că acestea nu cunosc și instituția anglo-saxonă a *equity*, fără de care acesta nu poate funcționa.

Keywords: trust, fiduciary fond, *fiducia*, legal transplant, equity.

Cuvinte cheie: trust, fond fiduciar, fiducie, transplant legal, *equity*.

1 Fundamentele trustului

Subiectul acestui articol dedicat Domnului Dan Chirică, cu cele mai calde urări cu ocazia zilei sale de naștere, îl constituie drepturile reale asupra bunurilor din trustul reglementat de dreptul englez, pe care dorim să le prezentăm prin prisma încercărilor câtorva state membre continentale-europene de a le integra în dreptul lor civil. „Un trust este o relație juridică în cadrul căreia un *trustee* este ținut să administreze sau să dispună de un bun sau de mai multe bunuri (*the trust fund*), potrivit condițiilor și termenilor care guvernează relația (*trust terms*), în folosul unui beneficiar sau în scopuri de interes public” (DCFR X.-1:201). Angajarea bunurilor în scop fiduciar este posibilă atât pe baza unui act juridic, cât și în baza dreptului obiectiv. În acest din urmă caz, avem de-a face fie cu un *resulting trust*, fie cu un *constructive trust*². Constituirea trustului nu necesită o anumită formă³. Acest aspect este evident, în mod deosebit, în cazurile în care fondatorul trustului, constitutorul (*settlor*), convertește bunurile sale proprii în bunuri ale trustului, declarându-se pe sine însuși *trustee* al propriilor drepturi. Însă totdeauna factorul decisiv este acela să reiasă în mod clar, neechivoc, voința separării acestor bunuri de celelalte bunuri ale fiduciarului (*trustee*)⁴.

În urma angajării juridice a bunurilor într-un *trust*, în temeiul legii, privind lucrurile din perspectivă numerică, ies în evidență relațiile dintre

două persoane. Persoana din patrimoniul căreia provin drepturile inițiale devine *ex lege* beneficiar (*beneficiary*). Totuși, și în cazul angajării bunurilor în *trust* în temeiul unui act juridic, nu rare sunt cazurile în care relația este între două persoane, deoarece constituitorul (*settler*) nu doar că se poate numi beneficiar, ci el poate, în egală măsură, să transfere bunuri către un terț, numind pe acesta *trustee*, iar pe sine beneficiar⁵. Însă frecvent relațiile sunt între trei persoane: constituitorul (*settler*) transferă drepturi de creanță sau drepturi reale către un *trustee*, pentru ca acesta să le exercite în interesul unui terț beneficiar. Dacă drepturile acestea sunt drepturi în virtutea legii (*at law*), transferul va respecta regulile de *common law*⁶. Printre elementele esențiale ale acestor aranjamente se numără tocmai faptul că *trustee-ul* devine titularul dreptului în discuție, în general el devenind proprietarul bunului sau bunurilor respective. Dreptul său de proprietate (în cazul terenurilor, *freehold estate*, proprietatea deplină) este unul autentic, nu doar „formal”, fiindcă *trustee-ul* trebuie să gestioneze bunurile. Or, acest lucru devine posibil, pentru a elimina orice îndoială, numai dacă el devine proprietar în temeiul legii (*at law*). Mai ales atunci când există ansambluri de bunuri (*Sachgesamtheiten*), printre drepturile și obligațiile *trustee-ului* se numără înstrăinarea din punct de vedere economic a unora dintre activele integralității, încasarea rezultatului înstrăinării și folosirea acestuia pentru dobândirea de alte bunuri și drepturi.

În prezent, *trusturile* care au la bază un act juridic prezintă o varietate de forme și moduri de aplicare greu de estimat. Acestea servesc și astăzi conservării și administrării patrimoniului familial de la o generație la alta. După stingerea pasivului succesoral și executarea celorlalte dispoziții ale testatorului, succesiunea sau alte obiecte succesoriale individuale sunt transferate de executori – care, la rândul lor, au o poziție similară *trustee-ului*

– către *trustee*, în favoarea moștenitorilor beneficiari finali. Atunci, în baza legii, va lua naștere ceea ce se numește trust imobiliar (*trust of land*) când mai multor persoane li se atribuie, alăturat, un *legal estate*. În temeiul legii (*at law*) ia astfel naștere o proprietate în indiviziune (*Gesamthandsgemeinschaft*). În același timp, participanții (coindivizarii) păstrează, pentru a elimina orice îndoială, această proprietate pentru ei; ei vor fi atât *trustees*, cât și *beneficiari* (*tenants in common*) ai trustului în părți egale⁷. În felul acesta este garantată posibilitatea ca partea ideală de teren aparținând fiecăruia să facă obiectul tranzacționării. În calitatea sa de beneficiar, fiecare coproprietar poate dispune de partea sa în mod independent, fără consimțământul celorlalți. În tranzacțiile comerciale trusturile sunt folosite, printre altele, pentru ca asociații pasivi să poată avea o influență asupra gestionării societății. Reglementări cuprinzătoare, *settlements* (precursoarele trusturilor) sunt folosite în mod obișnuit și pentru atribuirea și gestionarea activelor unei societăți de persoane fără personalitate juridică proprie (*partnership*). Faptul că trusturile sunt folosite uneori și în scopuri abuzive și anticoncurențiale este demonstrat tocmai de apariția dreptului modern al concurenței ca drept antitrust (*anti-trust law*). Desigur, este vorba și despre epuizarea marjelor oferite de dreptul fiscal, precum și despre tentația de manipulare a obligațiilor în materie de asigurare socială prin intermediul trusturilor, pe mai multe niveluri⁸.

2 Repere de natură reală (*Sachenrechtsnahe Merkmale*) privind statutului juridic al beneficiarului

Din perspectivă reală se pune problema statutului juridic al beneficiarului. De fapt, aceasta este și singura particularitate a trustului, ea fiind, totodată, și cel mai greu de cuprins. Constituitorul (*settlor*) este considerat ieșit din joc, din perspectivă reală, dacă și în măsura în care acesta nu se numește pe sine beneficiar (sau dacă nu este considerat de lege ca având această calitate). În varianta de bază a trustului legal tripartit, constituitorul nu conservă vreun drept propriu asupra bunurilor trustului. *Trustee-ul*, pe de altă parte, devine proprietarul unic al dreptului respectiv, dispunând în nume propriu. Faptul că a acceptat față de constituitor să preia bunurile care fac obiectul trustului în interesul unui terț, nu are niciun efect juridic, din punct de vedere real, în ce privește raportul dintre constituitor și *trustee*; în lipsa lui *consideration*, între ei nu există nici măcar o obligație contractuală continuă⁹. Față de *trustee*, constituitorul se poate asigura numai rezervându-și dreptul de a-l demite în anumite condiții și de a-l înlocui cu un altul; ultimul dintre mijloace este cererea de demitere înaintată instanței (art. 41 Trustee Act 1925). În orice caz, obligația de respectare a angajamentelor legate de *trust* există numai față de beneficiar; numai el poate intenta o acțiune pentru abuz de încredere (*breach of trust*). Nici această plângere nu are însă o bază juridică întemeiată pe contract, nici chiar pe un contract în favoarea unui terț¹⁰. Este vorba, mai degrabă, despre o plângere aparte, care oscilează între natura de sarcină reală și cea de obligație contractuală¹¹. Aceasta este fondată în temeiul lui *equity*, neîncadrându-se în categoriile legale comune (*at law*).

În lipsa acestei plângeri, sub aspect real, *trustee-ul* nu s-ar deosebi cu nimic de ceilalți titulari ai unui drept de aceeași natură.

Statutul juridic al beneficiarului nu are legătură cu „proprietatea” în sensul dreptului continental. „Sciziunea” proprietății („*Gespaltenes, Eigentum*”) este o contradicție în termeni; tehnic vorbind, ea nu există nici de-o parte și nici de cealaltă a canalului (*weder auf der einen noch auf der anderen Seite des Kanals*). Beneficiarului nu îi aparțin nici măcar fructele bunurilor trustului *in specie*; nu îi revine decât un drept de plată după ce se scad toate cheltuielile necesare și onorariul *trustee-ului*. Oricum, există un mare număr de bunuri ale trustului, care, pur și simplu prin natura lor, nu pot constitui elemente de referință pentru bunurile civile. Aici intră nu doar creanțele și produsele lor (*trust of money*), ci și „valoarea” (fluctuantă) a bunurilor, cât și *equitable interests* însele. În cazul unui *sub-trust*, drepturile *dintr-un trust* sunt transferate în alt trust. Dacă dreptul unui beneficiar ar fi descris ca fiind un drept de „proprietate”, ne-am afla în situația unei „proprietăți asupra proprietății” („*Eigentum an Eigentum*”). Aceasta ar fi o construcție goliță de sens pentru că proprietatea se caracterizează tocmai prin faptul că poate fi grevată de orice alt drept real, dar nu va putea niciodată să reprezinte o grevare a unui alt drept. Faptul că *equitable interest* (sau *beneficial*) al beneficiarului este considerat a fi un drept transferabil și grevabil¹², face ca acesta să se apropie oarecum de natura unui drept real; cu toate acestea, și în sistemele de drept civil pot fi transferate (chiar dacă numai cu drepturi reale recunoscute de acele sisteme) și grevate drepturi pure de creanță izvorând dintr-un veritabil contract în favoarea unei terțe persoane. Natura de drept de real a acestui interes (*beneficial interest*) este însă greu de fixat, ea neputând decurge doar din caracterul său transferabil sau grevabil;

dimpotrivă, acestea din urmă trebuie supuse, la rândul lor, unor reguli specifice.

Împotriva caracterului real al *beneficial interest* există „regula” potrivit căreia beneficiarul nu poate, în principiu, să se apere împotriva ingerințelor terților în patrimoniul trustului¹³. În principiu, *trustee-ului* îi revine gestionarea și, deci, și protecția bunurilor trustului (*trust property*), deoarece el este titularul dreptului de proprietate după *common law* (*legal property right*) și, ca atare, el este singurul care poate exercita remediile și acțiunile din *common law*. În plus, în cazul acelor structuri de trust, care sunt mai puțin clare și au o multitudine de beneficiari, se dorește a fi avută în vedere problema extinderii necontrolate a răspunderii („*floodgates argument*”), care ar apărea în mod inevitabil, dacă și beneficiarii ar avea dreptul la acțiune în justiție. În realitate, situația juridică este mult mai complicată. Principiul potrivit căruia beneficiarul trebuie să pretindă *trustee-ului* adoptarea de măsuri împotriva terților care tulbură folosința a fost înfrânt de atât de multe excepții, încât este greu să se mai poată spune care este realmente regula și care este excepția. În orice caz, trebuie avut în vedere că beneficiarul poate fi și coproprietarul bunului, calitate în care poate deține un titlu de proprietate suficient (*possessory title*) pentru legitimarea sa activă în caz de intruziune (*trespass*) sau neglijență (*negligence*); în virtutea art. 12(1) din *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996* (*TLATA*), beneficiarul are chiar dreptul, în anumite condiții, să ia în posesie *terenuri* care au legătură cu trustul¹⁴. De mult timp a fost recunoscut faptul că beneficiarul poate intenta acțiune împotriva autorului transformării, neglijenței, intruziunii și tulburării (*conversion, negligence, trespass and nuisance*) dacă *trustee-ul* nu ia măsuri sau este împiedicat să ia astfel de măsuri¹⁵. În această situație, există o acumulare obiectivă de acțiuni intentate.

Ațiunea față de *trustee*, pentru ca acesta să-și exercite obligația de protecție, este combinată cu o acțiune derivată din dreptul său (*derivative action*) față de autorul tulburării. *Trustee-ul* se va afla în litigiu alături de pârât. Recent, jurisprudența a făcut încă un pas important înainte, beneficiarul putând acum să-și protejeze propriul interes (*beneficial interest*), nu doar interesul existent al activelor trustului. În acest sens, poate intenta acțiune invocând neglijența (*negligence*), ceea ce este însă stupefiant pentru că aceasta este o acțiune din *common law* (nu din *equity*). Beneficiarul îl va menține în proces pe *trustee* (ca parte - *joiner of parties*)¹⁶, ceea ce va fi însă doar o simplă formalitate dacă trustul în cauză este un trust nud (*bare trust*). În cadrul unui *bare trust* beneficiarul poate să dea *trustee-ului* instrucțiuni de tot felul. De aceea, beneficiarul trebuie să poată fi în măsură să introducă acțiune în daune-interese direct împotriva lui *trustee*. El nu este condiționat de obligația de a cere plata către *trustee*¹⁷; în cadrul unui *bare trust trustee-ul* nu are, într-o oarecare măsură, „oricum nimic de spus”.

Printre caracteristicile asemănătoare celor de natură reală ale statutului juridic al *beneficiarului*, se numără și protecția contra insolvenței față de creditorii *trustee-ului*. Este unul dintre principiile structurale caracteristice ale *equitable interest*. În caz de insolvență a unei persoane, patrimoniul acesteia va trece, în baza legii, la administratorul insolvenței (tot un *trustee*, dar în acest caz un *trustee* al falimentului – *trustee in bankruptcy*) (art. 302, 305(2), 330 Insolvency Act 1986). Însă bunurile trustului (*trust property*) sunt, în mod expres, excluse de la o astfel de măsură (art. 283(3)(a) loc. cit.). Patrimoniul atribuit beneficiarului nu face parte din masa insolvenței *trustee-ului* (eventual va face parte din masa insolvenței beneficiarului). În cazul în care creditorii *trustee-ului* au acces la patrimoniul trustului, beneficiarul poate solicita instanței emiterea unei ordonanțe de

abținere – *Unterlassungsverfügung (injunction)* împotriva acestora, ceea ce, la rândul său, constituie un remediu în *equity (equitable remedy)*. Asemănător ca natură cu dreptul real este și dreptul beneficiarului de dizolvare și de transfer. În *bare trust* beneficiarul poate dispune de soarta bunurilor trustului (*trust property*) după bunul plac, el având mai ales posibilitatea să ceară, în orice moment, dizolvarea și transferul acestui patrimoniu către el. Probabil că acesta a fost tipul de *trust* care a alimentat ideea larg răspândită că am fi în prezența unei sciziuni a proprietății, într-una „formală” și o alta „economică”. Potrivit regulii din *Saunders c. Vautier*, în toate trusturile beneficiarul are dreptul să ceară dizolvarea acestora și obținerea *legal title* în măsura în care doar beneficiarul este major și are capacitate juridică, iar bunurile trustului îi revin exclusiv, conform obiectului acestuia¹⁸. Această creanță există de drept și nu poate face obiectul vreunei renunțări. Beneficiarul care, în acest sens, are drepturi depline, poate să îl înlăture în orice moment pe *trustee* din funcția sa, trecându-se pe sine titular al dreptului avut (înainte) în trust.

3 Subrogare în loc de pierderea drepturilor – privire specială

Cheia propriu zisă pentru înțelegerea componentelor de natură reală care se regăsesc în trustul din legea engleză este instrumentul subrogației reale. Interesul propriu al beneficiarului (*beneficial interests*) va continua să fie protejat de insolvență în patrimoniul *trustee-ului*, chiar dacă acesta a adoptat decizii care au condus la restructurarea acestui patrimoniu (*realiter*). Faptul că bunuri care au legătură cu trustul nu vor mai avea această legătură, devenind libere de *trust*, nu antrenează pierderea drepturilor beneficiarului.

Acestea vor fi, mai degrabă, „redirijate” spre active/assets (sau profituri/profits) pe care *trustee-ul* respectiv le-a obținut cu ajutorul lor. În locul bunului vechi trece cel nou, care va reînnoi legătura cu trustul (și este, într-adevăr, vorba despre un „bun” pentru că devine elementul de referință al unui interes similar, propriu al beneficiarului (*beneficial interest*). Acesta este mecanismul de înlocuire care, la nevoie, poate fi prelungit prin lanțuri de subrogații cu multe verigi, conferind definitiv statutului juridic de beneficiar o validitate față de terți; astfel se explică de ce cei mai mulți juriști englezi (și irlandezi) îi atestă astăzi o calitate similară celei ce ține de natura dreptului real¹⁹.

Potrivit regulii de bază, legătura cu trustul se stinge pentru lucrurile pe care *trustee-ul* le transferă în mod abuziv (*breach of trust*), cu titlu oneros, către terțul de bună-credință²⁰. În cazul abuzului de încredere (*breach of trust*), când *trustee-ul* dispune și își depășește astfel competențele, înseamnă că lezează *beneficial interest*. În cazul obișnuit, când trustul este constituit prin act juridic, va fi vorba despre o încălcare a dispozițiilor din actul trustului respectiv (*trust document*). Numai terțul care dobândește cu titlu gratuit și/sau cu rea-credință devine *ex lege* el însuși (*constructive*) *trustee*; el va fi tratat, în orice caz, ca *trustee-ul* bunului în cauză. Faptul că el poate să răspundă față de beneficiar și din alte motive de ordin juridic, nu prezintă relevanță pentru analiza din perspectiva regimului real (*sachenrechtliche Analyse*). În schimb, trebuie reținut că dobânditorul cu titlu gratuit este lipsit de protecție²¹. În cazul drepturilor imobiliare, acesta este oricum singurul criteriu de departajare. Buna-credință, respectiv reaua-credință nu contează în această situație; cine dobândește cu titlu oneros, dobândește liber de trust (*trustfree*). *Overreaching*, aceasta este denumirea pentru un astfel de exces. Cu alte cuvinte, protecția succesiunii (*Sukzessionsschutz*) este și mai mult

redușă în dreptul imobiliar. În timp ce *equitable interests* și *personal property* dispar numai în urma dobândirii de bună-credință și negrevate de sarcini, în dreptul imobiliar daunele se produc doar prin gratuitate, nu și prin rea-credință. *Equitable interests* din trustul imobiliar (*trust of land*), respectiv din *settlement* („precursor” al *trust of land*) nu pot face obiectul înregistrării. Dreptul beneficiarului, legat inițial de *teren*, este înlocuit prin subrogarea produsului, vărsat *trustee-ului* în urma înstrăinării (art. 2 și 27 Law of Property Act 1925). Caracterul negociabil al bunurilor mobile se menține prin regulile cu privire la dobândirea de bună-credință și liberă de sarcini, iar caracterul negociabil al *legal estates*, prin *overreaching*.

Pierderea legăturii bunului inițial cu trustul nu înseamnă însă, cum am spus, că se pierde *beneficial interest*. Acesta se menține prin alt element de referință: pierderea dreptului se compensează prin subrogația reală. *Equitable interests*, în special cele dintr-un trust imobiliar, sunt concepute ca grevări temporare, convertindu-se într-o poziție juridică în *trust of money*. Protecția terților în acest caz trece în mod evident în urma protecției terților așa cum este aceasta concepută de *common law*; totuși, se menține o protecție a terților „în funcție de valoare”. Această protecție se realizează în tehnicile de subrogare, denumite *tracing* și *following*. *Tracing* trebuie să fie o formă de „vindicare” a *property rights* în cazul deturnării patrimoniului trustului (*trust property*)²²; *following* se referă la identificarea patrimoniului trustului (*trust property*) în patrimoniul unui terț, care nu a dobândit *legal title* din lipsă de bună-credință sau pentru că dobândirea nu a fost una cu titlu oneros²³. Beneficiarul are și posibilitatea să aprobe o dispoziție nevalidă, pentru ca, în această manieră, să convertească dreptul său într-unul asupra *commodum ex re*²⁴. Astfel, el poate alege între propriul său *beneficial interest* din patrimoniul „vechiului” și „noului” *trustee* (care este acum *constructif*). O

importanță deosebită o are *tracingul*, în mod deosebit la plata de active ale trustului (*trust property*) pe conturi bancare.

4 Protecția terților în tranzacțiile fiduciare în virtutea dreptului civil

Fără *equity* nu există *trust*. De aceea, sunt necesare regulile, iar regulile au evoluat de-a lungul secolelor și au fost redefinite în mai multe etape. Deoarece sistemele de drept privat continentale nu au avut niciun motiv pentru dezvoltarea acestor reguli, ele nu conțin un drept al trustului, și mai ales nu conțin vreun drept subiectiv echivalent celor de natură reală în virtutea cărora unui beneficiar să îi fie atribuită această calitate. Sistemele de drept continentale se referă la tranzacții fiduciare, nu la *trusturi*; mai mult, ele nici nu se pot apropia de acestea din urmă. În ultimul timp, pe continent se înmulțesc încercările de experimentare a figurilor juridice cărora li se atribuie denumirea de „trust”. Motivul unui asemenea demers – atragerea de investitori în propria țară – nu poate să ascundă faptul că eticheta nu se potrivește conținutului.

4.1 „Trust interno” din dreptul italian

Nici măcar *trust interno* din dreptul italian nu este dincolo de orice îndoială din acest punct de vedere. Italia a aderat la *Convenția de la Haga din 1 iulie 1985 privind legea aplicabilă trusturilor și recunoașterea acestora*, intrată în vigoare în anul 2007, dar nu a formulat vreo rezervă în ceea ce privește art. 13 din Convenție. De aceea, se conchide, în general, că trustul poate fi instituit în Italia după legea altei țări, ca de exemplu după legea engleză (cu toate că încă nu există o confirmare din partea Curții de Casație),

dacă – făcând abstracție doar de alegerea legii aplicabile – este vorba despre un caz exclusiv după legea internă²⁵. În egală măsură, trustul instituit în virtutea unei jurisdicții de *common law* rămâne tot un trust „italian”, fiindcă nu se aduce atingere dreptului național imperativ (art. 15 și 18 din Convenție). Din această cauză, anumite trusturi de utilitate publică sunt supuse transcripției (*trascrizione*) în Registrul imobiliar (art. 2645 Cod civil italian) – astfel, constituitorul (*settlor*) și *trustee-ul* nu trebuie să fie una și aceeași persoană²⁶. Acesta este motivul pentru care jurisprudența (instanțelor) de până la acest moment insistă pe faptul că trustul poate fi folosit numai în scopuri care merită să fie protejate și numai dacă nu poate fi realizat în baza unei instituții juridice familiare dreptului italian autonom²⁷. *Trust interno* ar fi doar o simplă instituție juridică reziduală (*istituto giuridico residuale*).

4.2 Cehia și Lituania

Diferențele dintre trustul având ca reper legea engleză, pe de-o parte, și fondul fiduciar după legea cehă, lituaniană și maghiară, pe de altă parte, sunt și mai mari. Cu excepția versiunii lituaniene, acestea nu mai prezintă structuri specifice, în sens restrâns, de natură reală (*sachenrechtlichen Strukturen*). Fondul funciar după legea cehă aparține, din punct de vedere sistematic, dreptului privind administrarea patrimoniului altuia, fiind reglementat în special în materia drepturilor reale (*im Sachenrecht geregelt ist*) deși constituie, în esență, un raport juridic tripartit de natură pur obligațională. Potrivit § 1456 din Codul civil ceh, un „fiduciar” are dreptul „... la gestionarea integrală a activelor fondului fiduciar”. Acesta este înscris „în registrul public sau în alt registru (...) ca proprietar (...) cu mențiunea «fiduciar»”, cu toate că patrimoniul nu este proprietatea sa sub aspect

material²⁸. Se prezumă (*widerlegliche Vermutung*) că administratorul acționează în numele proprietarului și pe cont propriu (§ 436 alin. (1) Cod civil ceh); aceasta nu exclude însă în mod necesar posibilitatea ca proprietarul, respectiv beneficiarul să continue să dispună de propria situație juridică. Aceasta este și situația de la care pornește dreptul lituanian (constituitorul rămâne proprietar: art. 6.953 alin. (2) lit. Cod civil), după care face un pas decisiv mai departe, sub aspect sistematic, pentru că îl califică pe fiduciar ca titular al unui drept real independent (*ius in re aliena*)²⁹. În acest fel, va putea să posede, folosească și dispună de patrimoniul fiduciar pe baza procedurii și condițiilor stabilite de constituitor (art. 4.106 alin. (1) lit. Cod civil), precum și să valorifice căile de atac asociate cu acesta (art. 6.963 alin. (3) loc. cit.). Creditorilor constituitorului le este retras patrimoniul fiduciar, cu excepția situației în care constituitorul devine insolubil (art. 6.961 alin. (2) loc. cit.). Atunci, fiducia încetează *ex lege*; patrimoniul separat este restituit constituitorului. Din tranzacții cu patrimoniul fiduciar, creditorii au dreptul să își realizeze drepturile prin executare în acest patrimoniu, cât și în patrimoniul constituitorului (art. 6.965 alin. (4) loc. cit.). Și aceasta este o soluție profund „ne-engleză”, dar măcar este o soluție și încă una care contribuie la prevenirea abuzului într-un sistem de drept civil. Durata fiduciei este de cel mult 20 de ani, cu posibilitatea de prelungire (art. 6.959 alin. (2) și alin. (3) loc. cit.). În cazul imobilelor este necesară legalizarea notarială și înscrierea în registrul imobiliar (art. 6.960 alin. (2) și alin. (3) loc. cit.).

Deosebirile fundamentale dintre trustul după legea engleză și fondul fiduciar de drept ceh sunt evidente și prin faptul că în cazul legislației cehe constituitorul și beneficiarul au practic drepturi identice față de fiduciar (*administrator*). Constituitorul numește și revocă fiduciarul (§§ 1455 alin. (1) coroborat cu art. 1441 Cod civil ceh). Constituitorul poate cere informații și

situația contabilă (§ 1465 alin. (2) Cod civil ceh), totodată, el poate solicita instanței, ca fiduciarului să i se stabilească sau interzică anumite acțiuni, precum și să declare nule anumite acte juridice ale fiduciarului, încheiate cu terți din afară, ceea ce nu va afecta însă terții de bună-credință (§ 1466 alin. (1) loc. cit.). Toate aceste drepturi și competențe îi revin și beneficiarului; dreptul de revocare, evident, îl va avea numai dacă rezultă din statut (1455 alin. (1) teza II, loc. cit.). Mecanismul de subrogare caracteristic trustului lipsește în acest caz. Nu contează nici măcar dacă un terț dobândește patrimoniul fiduciar în mod oneros sau cu titlu gratuit. Dacă fiduciarul își depășește competențele, beneficiarul trebuie să introducă acțiune în anulare. Dacă se finalizează cu anulare, aceasta are efect *ex tunc*, cu condiția ca terțul să fi fost de rea-credință.

Fondul fiduciar ia naștere numai prin act juridic (contract sau act pentru cauză de moarte), neexistând nici în acest caz un corespondent pentru *resulting trusts* sau *constructive trusts* din dreptul englez. Totodată, instituirea unui fond fiduciar necesită înregistrarea în registrul fondului fiduciar (§ 1451 alin. (2) și alin. (3) Cod civil ceh), pentru a putea produce efecte. „Fiecare fond funciar trebuie să aibă un statut” (§ 1452 Cod civil ceh), care, la rândul său, trebuie să îmbrace forma autentică (*öffentliche Urkunde* – § 567 loc. cit.). Ne apropiem astfel de normele care reglementează fundațiile. Bunurile transferate într-un fond fiduciar sunt calificate ca „bunurilor separate și independente” (§ 1448 alin. (2) loc. cit.), în ciuda faptului că este greu de înțeles acest lucru. Folosind exprimarea tradițională din materia drepturilor reale, avem aici un proprietar fără drepturi, un dobânditor de drepturi fără proprietate și o proprietate fără proprietar. Beneficiarul are doar o creanță față de fiduciar, nu și un drept real asupra bunurilor grevate. Faptul că bunurile deținute în fiducie nu intră în masa

debitoare în caz de insolvabilitate a constitutorului, fiduciarului sau beneficiarului, nu schimbă situația cu nimic; pentru datoriile fondului fiduciar răspunde numai el.

4.3 Ungaria

Și Ungaria și-a reglementat, între timp, un regim de administrare fiduciară a patrimoniului (*Bizalmi vagyonkezelés*). Contractul respectiv conferă administratorului dreptul de a gestiona, „în nume propriu”, bunurile și drepturile „transmise lui în proprietate”, în favoarea unui beneficiar sau în favoarea celui ce a transmis bunurile – *Vermögensgeber* (§ 6:310 alin. (1) Cod civil ungar). Până aici nimic de remarcat din punct de vedere al regimului real (*Sachenrechtlich*). Fiindcă, nu-i așa, de ce proprietarul nu și-ar „gestiona” bunurile sale în nume propriu? Cedentul își transferă proprietatea, dar nu stabilește doar beneficiarul, ci poate hotărî, în egală măsură, când și în ce condiții patrimoniul să-i revină înapoi, lui (cedentului), sau să poată fi transferat unui terț (§ 6:311 alin. (2) loc. cit.). Bunurile administrate rămân separate din punct de vedere juridic de restul bunurilor administratorului (§ 6:312 alin. (1) loc. cit.). De remarcat aici norma care prevede subrogația (*Surrogationsnorm*), (din § 6:312 alin. (3) loc. cit.), potrivit căreia „bunurile, sumele asigurate, sumele cuvenite drept despăgubiri sau alte valori, precum și fructele acestora preiau locul activelor respective, formând o parte a activelor administrate”, chiar dacă nu au fost înregistrate în registrul activelor, registru care trebuie creat la momentul instituirii fondului. Totuși, beneficiarul nu dispune de un drept de proprietate care să împiedice sau să stânjenească dreptul de dispoziție al administratorului; acțiunea în restituire (*Herausgabeanspruch*) având ca obiect fructele, precum și, dacă este prevăzut în contract, bunurile (§ 6:314 alin. (1) loc. cit.), nu va prevala asupra

dreptului de creanță izvorând dintr-un contract în favoarea terțului. Chiar dacă beneficiarul are un drept de control (§ 6:315 loc. cit.), el nu are dreptul de a da instrucțiuni (§ 6:316 loc. cit.). Ceea ce la o primă vedere pare a fi o chestiune de natură reală – acțiunea beneficiarului (dar și a constituitorului, care a transmis bunurile – *Vermögensgebers*) îndreptată, în temeiul § 6:318 alin. (3) loc. cit., împotriva dobânditorului de rea-credință sau a celui care a dobândit cu titlu gratuit, având ca obiect restituirea în patrimoniul administrat a bunurilor dobândite – se dovedește a fi, la o privire mai atentă, un remediu juridic de natură pur obligațională (*ein rein schuldrechtlicher Rechtsbehelf*). La urma urmei, terțul a dobândit de la cel îndreptățit. Administrarea fiduciară a bunurilor încetează, printre altele, atunci când administratorul acestora renunță la administrare (§ 6:326 alin. (1) lit. b) loc. cit.). În acest caz, bunurile rămase se transferă noului administrator sau, dacă un astfel de administrator nu există, transferul va opera înapoi la cel care a transmis bunurile (§ 6:328 alin. (1) loc. cit.); legea nu precizează dacă se mențin drepturile beneficiarului în ultima situație.

5 Fiducia și proprietatea transmisă cu titlu de garanție (*Sicherungseigentum*)

La Fiducie-sûreté, fiducia cu titlu de garanție din dreptul francez, român³⁰ și luxemburghez³¹, ca și cea întâlnită în numeroase alte sisteme de drept europene (mai ales cea sub forma cesiunii în garanție) nu fac parte decât sub aspect lingvistic din aceeași grupă de cuvinte (*Wortgruppe*) cu trustul („loialitate”, „încredere”). Sub aspect real (*Sachenrechtlich*) nu trebuie pus semnul egalității între acestea, deoarece ele dau naștere la interese de

securitate (drepturi de garanție, *Sicherungsrechte*) care se autodeservesc. Funcțiunea lor principală este aceea de a asigura protecția împrumutatului care a transferat bunuri sau un alte drepturi, pentru a și le putea recupera dacă și atât timp cât el însuși respectă termenii și condițiile contractului. Soluția este (dar numai în acest caz) asemănătoare celei din trust: acordarea de drepturi preferențiale pentru împrumutat și „constituitor” față de alți creditori ai creditorului și *trustee-ului*/fiduciarului în ipoteza insolvenței acestora din urmă. Însă, în situația în care constituitorul (și împrumutatul) devin insolvabili, trebuie clarificat dacă împrumutatului (și împrumutătorului) le revin realmente toate drepturile unui proprietar „autentic” ori dacă ar fi „retrogradați” pe poziția creditorului gajist în virtutea principiilor dreptului insolvenței. La urma urmei, ne aflăm, sub aspect economic, în imediata vecinătate a unui drept de gaj fără posesie, care, în plus, nu este nici înregistrat. Spre deosebire de trust, în cazul fiduciei nu se produce nicio modificare în privința regulilor statutului real (*bleibt unter einer Treuhand aber das private Sachenrecht völlig unverändert*). Din punct de vedere al dreptului privat, relațiile fiduciare au legătură regimul drepturilor reale numai dacă și în măsura în care se produce un transfer de drepturi către un fiduciar; cu alte cuvinte, în cazul fiduciei cu rol de garanție transferul se face către creditor. Restul ține de dreptul obligațiilor; spre deosebire de *beneficiar*, pentru constituitor nu se nasc drepturi specifice de natură reală. Drepturile sale decurg *exclusiv din acordul de fiducie*. În favoarea sa nu produce efecte nici mecanismul subrogației, nici protecția față de actele de dispoziție de natură reală: aceste drepturi aparțin „fiduciarului” desemnat ca titular al dreptului. Din raporturile de fiducie, constituitorul nu va putea porni acțiune directă împotriva partenerului contractual al fiduciarului. Faptul că constituentul ocupă o poziție particulară se dovedește abia din perspectiva

normelor privind executarea silită, dacă acestea din urmă sunt interpretate ca element codeterminant al statutului real obișnuit. În cazul simplei fiducii de administrare, respectiv *fiducie-gestion*, punctul de pornire va fi același. Desigur, este constituită în beneficiul unui terț, însă pentru înființare este necesar transferul dreptului în discuție asupra fiduciarului, ceea ce înseamnă că avem de-a face cu un veritabil drept real. Orice altceva se regăsește în adaptări ale dreptului insolvenței la o relație contractuală special configurată în temeiul dreptului obligațiilor, printre care mai ales puterea care revine constituitorului atunci când insolvența administratorului impune separarea. Este evidentă aici o slabă „protecție pentru terți”, corespunzând doar parțial celei din sfera drepturilor reale.

5.1 La Fiducie

Din 2007, art. 2011 Cod civil francez definește fiducia (*fiducie*) drept „operațiunea prin care unul sau mai mulți constituitori transferă bunuri, drepturi sau garanții ori un ansamblu de bunuri, drepturi sau garanții către unul sau mai mulți fiduciar (fiduciaires), care le separă pe acestea de propriile lor active, pentru a le ține la dispoziția unuia sau mai multor beneficiari, într-un scop determinat.” Așadar, suntem în situația unui contract *translativ de proprietate* prin care un fiduciant (*fiduciant*) - sau *constituant* - transferă patrimoniu fiduciar (*patrimoine fiduciaire*) către un fiduciar (*fiduciaire*) cu condiția ca beneficiile acestor active să fie transmise unei anumite persoane. Contractul de fiducie a fost inclus în Cartea a treia din Codul civil francez, „Despre diferitele moduri de dobândire a proprietății” („Des différentes manières dont on acquiert la propriété”), pentru a împiedica o „dublare a proprietății” („doublement de la propriété”) pentru beneficiari și fiduciar – această situație fiind interpretată în Franța drept o caracteristică a

trustului englez. Legea distinge între fiducia de gestiune (*la fiducie-gestion*, răspândită mai ales în tranzacțiile cu acțiuni și valori mobiliare) și fiducia de garanție (*la fiducie-sûreté*). În virtutea acestei legi, debitorul transferă dreptul în discuție asupra creditorului său, cu obligația retransferării după rambursarea debitului. Altfel, așa cum se formulează ocazional, creditorul „dobândește definitiv întreaga proprietate”, fără ca pentru aceasta să trebuiască să concureze cu alți creditori ai fiduciantului³². Fiduciantul nu se va putea numi pe sine însuși fiduciar, pentru că, în cazul acesta, nu ar exista contract (art. 2012 loc. cit.). Totuși, după cum se întâmplă în cele mai multe cazuri, constituitorul și beneficiarul sunt identici, la fel, fiduciarul și beneficiarul (art. 2016 loc. cit.). Fiducia nu presupune în mod necesar existența unei relații între trei persoane³³. Fiducia-garanție este considerată „regina garanțiilor”, deoarece activele fiduciei nu sunt accesibile nici celorlalți creditori ai constituitorului (care, de regulă, este și singurul beneficiar) și nici fiduciarului³⁴. Printre numeroasele diferențe față de trustul din dreptul englez se numără faptul că fiducia în scop de garanție nu poate fi instituită decât în favoarea unor instituții financiare, societăți de asigurări și avocați (art. 2015 Cod civil francez), cu toate că, între timp, după abrogarea art. 2014 Cod civil francez, oricine (inclusiv persoane fizice) poate să constituie o fiducie. Contractul necesită forma scrisă (art. 2018 op. cit.) și trebuie înscris în registrul fiscal de la administrația financiară competentă (art. 2019 alin. (1) loc. cit.); în caz contrar, contractul este lovit de nulitate. În egală măsură este nulă și *la fiducie-libéralité*, adică fiducia gratuită (art. 2013 Cod civil francez).

Fiduciile cu caracter imobiliar trebuie publicate în evidența imobiliară, *fichier immobilier* (art. 2021(2) Cod civil francez), ceea ce reprezintă o altă diferență evidentă față de reglementarea din dreptul englez. O altă deosebire ar fi aceea că, în absența unui acord contrar, creditorul

fiduciar va putea urmări nu numai activele fiduciei, dar și pe cele ale constituitorului (art. 2025 loc. cit.). Cu toate acestea, beneficiarul nu dobândește o protecție de natură reală (*sachenrechtlicher Schutz*) nici în cazul *fiducie-sûreté* și nici în cel al *fiducie-gestion*. Precum constituentul, el are dreptul să ceară darea de seamă (art. 2022 alin. (3) loc. cit.) și să ceară în instanță numirea unui administrator supleant dacă cel actual își încalcă obligațiile care-i revin sau devine insolubil (art. 2027 loc. cit.). Totodată, dacă va deveni terț la un moment dat, beneficiarul are posibilitatea, potrivit regulilor stipulației pentru altul (*stipulation pour autrui*), să solicite anularea dispozițiilor contrare ale fiduciarului. În cazul succesului acțiunii în anulare, bunurile în discuție se restituie *ex lege* patrimoniului fiduciar (*patrimoine fiduciaire*).

Doctrina franceză are dificultăți neobișnuit de mari cu fiducia. Proprietatea fiduciară trebuie să se distingă față de proprietatea „ordinară” (*„gewöhnlichem,, Eigentum*) prin faptul că fiduciarul nu culege avantajele economice ale proprietății³⁵, ceea ce pentru *la fiducie-gestion* este corect sub aspect descriptiv; din punct de vedere analitic însă, nu ne ajută mai departe, deoarece, oricum (*ohnehin*) proprietatea nu este constituită din avantajele economice ale unui bun (*nicht aus den wirtschaftlichn Vorteilen einer Sache konstituiert*). Un alt factor deranjant este faptul că fiducia poate dura cel mult 99 de ani (art. 2018 alin. (2) loc. cit.). În felul acesta, se conferă caracteristicile unei proprietăți limitate în timp³⁶. Desigur, obiecțiile sunt evidente, pentru că proprietatea este, fără excepție, „eternă”, în sensul că există atâta timp cât continuă să existe și elementul său de referință. După trecerea termenului de 99 de ani, acest element dispăre; patrimoniul fiduciar nu mai există. De asemenea, se constată un conflict cu art. 544 Cod civil francez, care se referă la caracterul exclusiv al proprietății. Cel din urmă nu este garantat în cazul

fiduciei, deoarece fiduciarul și-ar putea pierde iarăși autoritatea sa legală, prin decizie a constitutorului³⁷. De aceea, „nu există vreo îndoială” că proprietatea fiduciară nu este „liberă”, ci doar o proprietate „grevată” (*une propriété avec charge* - proprietate cu sarcină)³⁸. Problema aici este că nu se întrevede vreun drept de natură reală care să poată fi atribuit fiduciantului. Se menține astfel regula generală, că proprietarul are puteri legale nelimitate atâta timp cât este proprietar. Alți autori doresc să înlăture ceea ce ei consideră a fi o problemă; teza lor este următoarea: fiduciarul are, în realitate, doar un drept real limitat asupra bunurilor altuia, acesta fiind fiduciantul (*droit réel sur la chose d'autrui*). Dar el nu este proprietarul în acest moment³⁹. În consecință, nici această teorie nu poate opera, fiindcă nu poate fi în concordanță cu art. 2011 Cod civil francez. Confuzia este considerabilă, dar inutilă, fiind cauzată de faptul că legea nu se concentrează pe statutul juridic al beneficiarului, ci pe relațiile dintre constitutor și fiduciar. Statutul juridic al beneficiarului a fost prea puțin luat în seamă de legiuitori: la o privire mai atentă, beneficiarul are doar un simplu drept de creanță, chiar dacă este protejat în mod special față de creditorii personali ai fiduciarului, prin imunizarea patrimoniului fiduciar în virtutea normelor privind executarea. Mai mult nu există. Beneficiarul nu este la adăpost, din perspectivă reală, de riscul ca fiduciarul, prin acțiune de rea-credință, să contopească bunurile sale private cu bunurile aduse în fiducie, astfel încât acestea să nu mai poată fi deosebite unele de altele; beneficiarul nu are nici măcar un drept de suită (*droit de suite*) față de un terț de rea-credință. În baza dreptului de suită, în virtutea art. 2025 alin. (1) Cod civil francez, numai creditorii constitutorului, deja garantați la momentul instituirii fiduciei, pot să adopte măsuri față de activele fiduciei; în plus, transferurile frauduloase de bunuri sunt fără efecte pentru ei.

5.2 Transferul cu titlu de garanție

Așa numitul transfer cu titlu de garanție este în prim planul interesului german. De la prima privire se observă că suntem în prezența unui alt act juridic, complet diferit de *trust*. Privind lucrurile din perspectivă reală, se ridică în cel mai bun caz întrebarea legată de statutul juridic al cedentului (al celui care transferă – constitutorul) – „*Treugebers*„, (*des Übereignenden*) – pentru că nici măcar nu există un „beneficiar” diferit de el. Transferul cu titlu de garanție, potrivit dreptului german, are legătură cu dreptul fiduciei numai în măsura în care creditorul garantat (de regulă o bancă, dar nu în mod necesar) dobândește o forță juridică care depășește nevoile sale de securitate. Va dobândi în mod formal titlul de proprietar numai dacă nu este posibilă constituirea unui drept de gaj, pentru că acela care constituie garanția trebuie să rămână în posesia (detenția) bunului. Contrar jurisprudenței din mai multe alte jurisdicții europene, instanțele germane întotdeauna au acceptat evitarea principiului gajului, prin care bunul este trecut „în mâna” creditorului⁴⁰. Chiar și pornind de la modelul de bază, nu se mai poate vorbi despre o relație tridimensională între persoane organizate exclusiv în temeiul dreptului privat. Nu există alt beneficiar în afară de constitutor; iar proprietatea se denaturează, devenind brusc un drept de garanție al creditorului. Creditorul nu urmărește vreun interes în favoarea altuia. De fapt, nici nu contează dacă se produce un transfer de *proprietate* cu titlu de garanție. În acest caz, orice drept transferabil poate fi transmis „în scop garanție”, (*sicherungshalber*), iar orice drept transferabil poate fi folosit în scop de garanție (ca un „drept de garantare” – *Sicherungsrecht*). *Transferul* în scop de garanție devine cel mai important exemplu de aplicare practică. Este o modalitate foarte răspândită de altfel, deoarece, în principiu (cu

excepția proprietății asupra terenurilor, § 925 alin. (2) Cod civil german), ea poate fi condiționată rezolutoriu, în sensul că înțelegerea dintre constitutor și dobânditor dispare *ex nunc*, astfel încât, la acest moment, se ajunge la revenirea „automată” a dreptului inițial. Jurisprudența germană a consolidat din punct de vedere real acest stadiu intermediar de revenire (latentă) – (*zwischenzeitliche (latente) Rückfallposition* –, ridicându-l la rangul unui drept de expectativă (*Anwartschaftsrecht*). Totuși, un astfel de drept de expectativă de natură reală (*als Sachenrecht ausgeflaggtes Anwartschaftsrecht*) poate exista numai în cazul transferului cu titlu de garanție, ceea ce explică poziția sa particulară. La cesiunea garanției lipsește un element, deoarece creanțele nu sunt obiecte fizice (§ 90 Cod civil german) și, deci, nu reprezintă nici elemente de referință valabile pentru dreptul de proprietate sau de expectativă. Iar în cazul în care un drept real limitat este folosit în scop de garanție – instituirea fiind condiționată rezolutoriu – împrumutatul rămâne, în general, cu o componentă juridică de proprietate asupra dreptului respectiv grevat, această componentă fiind suficientă pentru protecția sa.

Și în cazul transferului condiționat (rezolutoriu) al proprietății, cu titlu de garanție, se naște o relație fiduciară, de regulă de natură pur obligațională (*rein schuldrechtlich*). Cu toate acestea, constituentul nu se bucură de protecție împotriva terților. Poziția sa, din perspectivă reală, derivă mai degrabă din dreptul condițional și cel al posesiei (*Bedingungs- und dem Besitzrecht*), ceea ce înseamnă că nu mai este necesară adaptarea dreptului insolvenței (*keiner Anpassung des Insolvenzrechts*), deoarece corecțiile considerate necesare au fost deja efectuate în dreptul material. În schimb, în cazul transferului necondiționat cu titlu de garanție, când împrumutatul, din punct de vedere al dreptului privat, dispune de o acțiune retrocesionară (*rein*

schuldrechtlichen *Rückübertragungsanspruch*) de natură pur obligațională, corectura se impune, în primul rând, în dreptul executării silite (*Vollstreckungsrecht*). Jurisprudența germană este tot timpul conștientă de caracterul eludant (*Umgehungscharakters der Sicherungsübereignung*) pe care îl are acest transfer cu titlu de garanție îl reprezintă. Oricine acceptă acest fapt, trebuie să accepte rupturi în sistem, fie nemijlocit în cel al dreptului privat (ca în cazul transferului condiționat cu titlu de garanție), fie în dreptul executării silite (cazul cesiunii necondiționată cu titlu de garanție).

Din punct de vedere practic aceasta înseamnă că: în cazul fiduciei cu titlu de garanție condiționată rezolutoriu, sub forma transferului cu titlu de garanție, cedentul se poate apăra, în baza dreptului său de expectativă (*Anwartschaftsrecht*), față de pretențiile creditorilor cesionarului (creditor garantat) la bunurile care formează patrimoniul fiduciar, promovând acțiunea de intervenție împotriva terțului (*Drittwiderrspruchsklage*) (§ 771 CPC german)⁴¹. Dreptul de expectativă este tratat ca și cum ar fi vorba despre un drept de proprietate⁴². În cazul în care creditorul garantat devine insolubil, garantul are posibilitatea să revoce condițiile convenite, plătind debitul restant și să „separe” (scoată) astfel bunul din masa credală în baza proprietății astfel recuperate (§ 47 Legea germană a insolvenței). Dacă plătește, în condițiile convenite debitul, dar nu înainte de termen, dreptul său de expectativă se menține față de partenerii contractuali ai administratorului judiciar. Invers (dacă cedentul are dificultăți în asigurarea plății), cesionarul (în calitate de proprietar) poate apela tot la cererea de intervenție pentru a se opune executării de către terți a bunului⁴³. Ceilalți creditori ai constitutorului vor avea dreptul să gajeze dreptul său de expectativă. Astfel, în virtutea § 267 din Cod civil german, ei vor putea opta să achite creanța restantă pentru a opri rapid revenirea proprietății la constitutor și a putea valorifica bunurile

fiduciei. În caz contrar, ei vor trebui să aștepte valorificarea de către cesionar ca să poată gaja eventualul excedent existent, care va fi vărsat constitutorului⁴⁴. Faptul că, „în realitate”, constitutorului trebuie să îi revină numai un drept de gaj fără posesie, produce efecte abia în cazul insolvenței constitutorului. În această situație, constitutorul este asimilat creditorului gajist, ceea ce înseamnă că (spre deosebire de proprietarul „real”) nu va putea cere desprinderea (extragerea) bunului din masa credală, el fiind obligat să accepte rezultatul înstrăinării corespunzător întinderii creanței sale rămasă încă neacoperită („satisfacere separată a creanțelor” (§ 51 nr. 1 Legea germană a insolvenței)).

În cazul unui transfer necondiționat, cu titlu de garanție, constitutorul garanției nu beneficiază de protecție împotriva terțului în cazul executării silite a beneficiarului garanției (*Sicherungsnehmer*), atâta timp cât împrumutul nu este rambursat. Constitutorul nu își poate urmări interesele nici prin cerere de intervenție, nici prin separare, nici prin satisfacere separată a creanței. Dacă, în schimb, și-a achitat datoria, el continuă să aibă numai un drept de retransferare obligatorie (*Rückübertragungsanspruch*)⁴⁵, însă, potrivit obiceiului, acesta este întărit printr-un drept de separare în caz de insolvență a fiduciarului (*ein Aussonderungsrecht in der Insolvenz des Treuehmers verstärkt*)⁴⁶. Dacă însă procedura de executare silită este inițiată de un terț împotriva constitutorului garanției, beneficiarul garanției (*Sicherungsnehmer*) are deschisă calea unei acțiuni în intervenție împotriva terțului (*Drittwiderrspruchsklage*), în temeiul dreptului său de proprietate. Orice altă abordare ar însemna inconsecvență; poziția beneficiarului garanției nu este astfel slăbită prin acordul asupra unei condiții rezolutorii. Dacă începe procedura de insolvență împotriva constitutorului, beneficiarul garanției va avea, în baza creanței sale încă neacoperite, doar un drept la satisfacere

separată (*ein Recht auf abgesonderte Befriedigung*), nu și un drept de separare (*keine Aussonderungsbefugnis* – (§ 51 nr. 1 Legea insolvenței germane).

6 Încheiere

Această privire generală a arătat că nu există loc în dreptul continental pentru instituția juridică a trustului. Dreptul civil gândește din perspectiva constituitorului, în vreme ce legea engleză, din punctul de vedere al beneficiarului. Orice încercare de a copia legea engleză este sortită eșecului, pentru că nu există trust fără *equity*. Oricine dorește să atragă investitori în țară prin instituții juridice asemănătoare unui trust, creează o lume iluzorie pentru aceștia. Vă sfătuim să nu cădeți în această capcană.

¹ Prezentul studiu, tradus și adaptat de conf. univ. Dr. Dan-Andrei POPESCU, a fost publicat în volumul omagial *In honorem Dan CHIRICĂ. Între dogmatica dreptului și rațiunea practică*, Hamangiu, București, 2018, pp. 128-144. Acesta este republicat cu acordul autorului.

* Christian VON BAR: Profesor universitar și director executiv la European Legal Studies Institute din Osnabrück, FBA, MAE.

² *Constructive trusts* se nasc „whenever it would be unconsonable for the owner of property [...] to assert his own beneficial interest in the property and deny the beneficial interest of another,” („ori de câte ori pentru titularul unui drept de proprietate (...) devine indubitabil să-și asume exclusiv propriul său interes economic în acea proprietate, contestând interesul beneficiar al altuia,” –Paragon Finance plc v DB Thakerar & Co[1999] All ER 400, 408). Este vorba, printre altele, despre cazurile în care o parte este ținută de lege (*at law*), în temeiul contractului, să transfere un bun, transferul neefectuându-se încă (Chinn c. Collins[1981] AC 533 ; Neville c. Wilson[1997] Ch 144). Un *constructive trust* se poate naște și ca urmare a contestării unui contract pe motiv de dol (Lonrho c. Al Fayed (No 2)[1991] 4 All ER 961) sau în legătură cu altă formă de influență neadmisibilă (Barclays Bank c. O'Brien[1994] 1 AC 180 ; Royal Bank of Scotland c. Etridge (No 2)[2002] AC 773).

³ Jones v Lock (1865) 1 Ch App 25.

⁴ Thomas v. Times Book Co Ltd [1966] 1 WLR 911.

⁵ De exemplu: Grey v. IRC [1959] UKHL 2; [1960] A. C. 1.

⁶ În cazul în care contribuția constă în *equitable interest* – care, la rândul-i poate să conțină active în *trust* – transferul către fiduciar se realizează potrivit regulilor privind *equity*: art. 53(1)(c) Law on Property Act 1925.

⁷ Construcția este neobișnuit de complicată pentru că *tenancy in common*, ca și coproprietate ordinară (*Bruchteilsgemeinschaft*), este admisibilă numai în *equity*. În ceea ce privește terenurile și drepturile asupra terenurilor, „în virtutea legii, (at law) se admite doar forma de *joint tenancy* – (*Gesamthandsgemeinschaft* (sect. 1 alin. (6) și art. 34 alin. (2) LPA 1925). De aceea, îndreptățirea majoritară (*die mehrheitliche Berechtigung*) asupra unei *legal estate in land* conduce, de regulă, la un trust imobiliar – *trust of land* (GRAY and GRAY, *Elements of Land Law*, ed. a 5-a. Oxford 2009, 7.4.1).

⁸ Remarcabil: Murray Group Holdings Ltd v. Revenue and Customs Commissioners [2017] UKSC 45; [2017] 1 W. L.R. 2767 (Crearea unui sistem complex de onorarii, prin intermediul unor *sub-trusts*, pentru fotbalistii profesioniști angajați de la Glasgow Rangers; prin aceasta, angajatorul a dorit să împiedice virarea impozitului pe salariu și, totodată, să ofere fotbalistilor stimulente fiscale).

⁹ UNDERHILL and HAYTON (-Hayton/Matthews/Mitchell), *Law of Trusts and Trustees*, ed. a 19-a, London 2016, nr. 1.24; *Lewin on Trusts* (-Tucker/Le Poidevin/Brightwell), ed. a 19-a, London 2017, nr. 1-005.

¹⁰ Legea contractelor din 1999 (Rights of Third Parties – drepturile părților terțe) nu a adus vreo schimbare în sensul că instituirea unui *trust* nu s-ar face prin *contract* potrivit *common law*-ului; se creează astfel doar o *obligatie fiduciară* în privința activelor (*fiduciary obligation in equity*), aceasta fiind, evident, exclusiv față de beneficiar.

¹¹ Chiar dacă imaginea divizării proprietății în proprietate legală și a beneficiarului (*legal ownership* și *beneficial ownership*) este folosită încă frecvent pentru simplificarea structurii de bază a trustului (de exemplu Shell UK Ltd. v. Total UK Ltd [2010] EWCA Civ 180; [2011] Q. B. 86), o mare parte din literatura de specialitate este de acord astăzi că drepturile care se nasc dintr-un *trust* pentru *beneficiari* nu reprezintă veritabile drepturi de proprietate. ele sunt interpretate ca o formă specială a drepturilor reale limitate sau ca drepturi reprezentând o varietate în sine, care fluctuează între obligații și drepturi de natură reală (HANBURY et MARTIN[-MARTIN], *Modern Equity*, ed. a 18-a, Londres 2009, nr. 1-019 și VIRGO, *The Principles of Equity & Trusts*, ed. a 2-a, Oxford 2016, pp. 56-62).

¹² BELL, *Modern Law of Personal Property*, London 1989, p. 153.

¹³ *The Aliakmon* [1986] AC 785, 809 (Lord BRANDON) („pentru ca o persoană să fie în situația de a pretinde - din neglijență - un prejudiciu care i-a fost creat prin pierderea sau deteriorarea bunului, trebuie ca, la momentul pierderii sau deteriorării, să fi

deținut proprietatea legală sau un drept de proprietate asupra bunului în cauză, nefiind suficient să aibă doar drepturi contractuale asupra bunului, care să fie afectate de pierderea sau deteriorare...).

¹⁴ A se vedea *Creasey v Sole* [2013] EWHC 1410 (Ch) (Morgan J) [128-129].

¹⁵ Pentru detalii: *Lewin on Trusts* (-Tucker/Le Poidevin/Brightwell), ed. a 19-a, London 2017, nr. 43-006 până la 43-016.

¹⁶ *Roberts v Gill & Co.* [2010] UKSC 22; [2011] 1 A. C. 240 [62].

¹⁷ *Shell UK Ltd. v Total UK Ltd.* [2010] EWCA Civ 180; [2011] Q. B. 86.

¹⁸ *Saunders v Vautier* (1841) 4 Beavan's Reports 115, 116; 41 E. R. 482 (Lord LANGDALE MR).

¹⁹ Foarte energică reacția lordului BROWNE-WILKINSON în *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington Borough Council* [1996] A. C. 669 (H. L.), [705F-G]: „Once a trust is established, as from the date of its establishment the beneficiary has, in equity, a proprietary interest in the trust property, which proprietary interest will be enforceable in equity against any subsequent holder of the property (whether the original property or substituted property into which it can be traced) other than a purchaser for value of the legal interest without notice...). Similar: Lord BROWNE-WILKINSON în: *Foskett v. McKeown* [2001] 1 A. C. 102 (H. L.), [109B-C].

²⁰ De rea-credință este acela care cunoaște sau ar fi trebuit să cunoască despre existența legăturii cu trustul, la fel și acela care din vina sa nu cunoaște sau nu cunoaște din culpă și este prepus (independent sau dependent): art. 199(1) LPA 1925.

²¹ Remarcabil: *The Federal Republic of Brazil v Durant International Corporation* [2015] UKPC 35; [2016] A. C. 297.

²² *Foskett v McKeown*, op.cit. [109A-D] (Lord BROWNE-WILKINSON), [127E-G], [132A-B] (Lord MILLETT).

²³ Lord MILLETT op.cit. [127C-D].

²⁴ Lord MILLETT op.cit. [127B-D].

²⁵ Trib. Trento 20. 7. 2004, nr. 127/2004, DVD Juris Data; Trib. Bologna 1. 10. 2003, Vita not. 2003 p. 1297, Rev. dr. int. priv. și proc. 2004 p. 294; Trib. Venezia 4. 1. 2005, DVD Juris Data; Trib. Firenze 2. 7. 2005, DVD Juris Data; Trib. Trieste 23. 9. 2005, Riv. not. 2006 p. 794; Trib. Genova 14. 3. 2006, Giur. merito 2006 p. 2644; Trib. Reggio Emilia 14. 3. 2007, Giur. merito 2008 p. 707; Trib. Milano 16. 6. 2009, Giur. comm. 2010, II, 887.

²⁶ Trib. Napoli 1. 10. 2003, Trusts e attività fiduciaria, 2004, p. 74, (confirmat de Curtea de Apel din Napoli 27. 5. 2004, nr. 520/03).

²⁷ Trib. Reggio Emilia 14. 3. 2011, Banca borsa tit. cred. 2013, 2, II, 160; de asem. Trib. Reggio Emilia 14. 3. 2007, Giur. merito 2008 p. 707.

²⁸ SPÁČIL (-PIHERA), *Občanský zákoník III (Codul civil III – n. tr.)*, Prag 2013, p. 1154.

²⁹ SMALIUKAS, *Property and Trust Law in Lithuania*, Alphen an den Rijn 2017, pp. 189-190.

³⁰ În ceea ce privește art. 773-791 Cod civil român, acesta reprezintă o traducere evasi-fidelă („traduction quasi fidèle„) a textului de lege francez (STOICA, *Nouveau Code civil roumain*, Paris 2013, p. 173).

³¹ Introdus prin legea din 21. 7. 2003.

³² Bourassin/Brémond/Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, ed. a 4-a, Paris 2013, p. 369 nr. 1283.

³³ J. Cl. Civil Code (-Witz), art. 2011 à 2030, Fasc. 10, nr. 55 și 56.

³⁴ WITZ, loc. cit., nr. 40.

³⁵ WITZ, loc. cit., nr. 23.

³⁶ MALLET-BRICOUT, JCP E 2010, 1191, p. 15; RAYNOUARD und JOURDAIN-THOMAS, JCP N 2010, 1063, p. 46.

³⁷ MALAURIE et AYNÈS, *Les biens*, ed. a 5-a, Paris 2013, p. 136 nr. 456.

³⁸ MALLET-BRICOUT, op. cit. p. 15.

³⁹ MALLET-BRICOUT, op. cit.; RAYNOUARD und JOURDAIN-THOMAS, op. cit., p. 46.

⁴⁰ În principiu, deja din RG (Curtea imperială de justiție - n.tr.) 11. 3. 1904, RGZ (*Culegerea de hotărâri ale Curții de Justiție în materia civilă - n.tr.*) 57 p. 175.

⁴¹ În principiu este posibil: RG 20. 3. 1912, RGZ (*Culegerea de hotărâri ale instanței imperiale în materia civilă - n.tr.*) 79 p. 121 și RG 10. 10. 1917, RGZ 91 p. 12, 14.

⁴² BGH 28. 6. 1978, BGHZ (*Curtea Supremă a Germaniei - cauze civile - n.tr.*) 72 p. 141.

⁴³ BGH 4. 2. 1954, BGHZ 12 p. 232, 234; BGH 22. 2. 1956, BGHZ 20 S. 88; BGHZ 28. 6. 1978, BGHZ 72 p. 141, 164 și în alte locuri.

⁴⁴ BGH 14. 7. 1994, NJW (*Noul Săptămânal de Drept - revistă, n.tr.*) 1994 p. 2885.

⁴⁵ BGH 25. 2. 1987, BGHZ 100 p. 95, 105.

⁴⁶ GAUL, *Festschrift Serick*, Heidelberg 1992, p. 105, 130. Astfel urmează să fie împiedicată situația în care asiguratul profită de poziția sa juridică, care se perpetuează „doar formal„ față de creditorii săi (WESTERMANN/GURSKY/EICKMANN [-WESTERMANN], *Sachenrecht*, ed. a 8-a, Heidelberg et al. 2011, § 44 nr. 23).