

DESPRE REGIMUL JURIDIC AL CONTRACTULUI DE CONCESIUNE IN DREPTUL ROMÂNESC CONTEMPORAN

Author: Titus PRESCORE*

***Abstract:** The topic of this article is one of the species of the lease contract, that is the lease contract having as lessor the state, a country or a city (a public-law legal entity), as it is defined by the Romanian Law. The article debates this matter in a comprehensive, quasi exhaustive manner, starting with the historical evolution and the legal nature of this kind of contracts. Nowadays, the applicable law in this field is Law no. 219/1998 regarding the lease, which sets out: the parties entitled to conclude such a contract, the legal effects of the contract (that is, all the rights and obligations deriving for both parties), and the reasons – both general and particular – that cause the case of a lease contract. The author suggests not as public/law acts only, but – more adequate with their properties - as contractual type of acts, having as main purpose the administration of the public or private domain of the state or its components.*

***Keywords:** Contract, Concession, Public Authorities, Lease.*

***JEL Classification:** K12*

Definiție, sediul materiei, trăsături caracteristice

Despre instituția contractului de concesiune o parte însemnată a literaturii de specialitate consideră că, datorită naturii acestuia, dar mai ales datorită statutului juridic al concedenților (statul, județul, municipiul, orașul, comuna - toate acestea fiind persoane de drept public), ar aparține mai mult dreptului public și nu dreptului privat (acest contract are un caracter mixt¹), așa încât și pe cale de consecință nu ar trebui studiat în cadrul dreptului civil ci, eventual, în cadrul dreptului administrativ².

Unii autori (mai ales cei de drept administrativ) califică contractul de concesiune, mai întâi ca un act administrativ de gestiune și apoi ca un contract administrativ, calificare inspirată, se pare, de doctrina franceză³. Fără a dori să intrăm într-o analiză amplă a acestei

* Dr., Lawyer, Associate Professor, "Transilvania" University of Brașov, Romania.

¹ A se vedea pentru comentarii în acest sens, spre exemplu, L. Pop; *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*; Editura Lumina Lex, București, 1997, p. 81.

² A se vedea pentru o astfel de opinie, spre exemplu, L. Chiriac, *Activitatea autorităților administrației publice*, Editura Accent, Cluj-Napoca, 2002, p. 215.

³ A se vedea pentru o astfel de clarificare, spre exemplu, V. Prisacaru, *Contenciosul Administrativ Român*,

controverse, în ceea ce ne privește, din studiile efectuate cu privire la literatura juridică românească în materie, am constatat că, până în prezent, doar un număr redus de autori (cercetători) au manifestat interesul științific necesar pentru clarificarea tuturor problemelor conceptuale și practice pe care le ridică acest contract⁴.

Autorul citat apreciază că „noțiunea contractelor administrative este intim și indisolubil legată de categoriile juridice ale proprietății publice, domeniului public și ale autorității publice. Originea contractelor administrative trebuie căutată, în esență, în necesitățile imperioase de ordin financiar ale autorităților publice care aveau în administrare bunuri proprietate publică, de a le valorifica în interesul comunităților locale sau în interes național, în funcție de proprietatea asupra acestor bunuri”⁵.

În concepția noastră, fără a nega natura de act de gestiune cu privire la patrimoniul public ori privat al statului și a componentelor acestuia - înfăptuit de către autoritățile publice care administrează bunurile, serviciile ori activitățile date în concesiune - calificarea contractului de concesiune ca un act administrativ de gestiune ori ca un contract administrativ nu ni se pare cea mai adecvată, cel puțin pentru următoarele considerente:

Orice act administrativ este unilateral și presupune subordonarea voinței și comportamentul subiectului cărui i se adresează față de cerințele emitentului, dreptul de control ierarhic, de sancționare, de suspendare și de anulare a actelor încheiate de destinatar și alte prerogative specifice raporturilor de drept administrativ. Or, în cazul contractului de concesiune, cea mai mare parte dintre caracterele menționate ale actului administrativ nu se regăsesc, așa după cum va reieși pe parcursul analizei pe care o vom efectua, pe de o parte, iar pe de altă parte, actul administrativ nu presupune acordul de voință (concordant) dintre emitent și destinatar, pe când, în cazul oricărui contract (chiar și al celor încheiate în mod tacit sau în formă simplificată) acordul de voință dintre părți este esențialmente necesar pentru valabilitatea lui încheiere.

Deși partea reglementară a contractului de concesiune face ca unele dintre cele mai importante clauze ale acestuia să nu poată face obiectul negocierilor dintre concedent și concesionar, acest contract fiind, în buna măsură unul de adeziune, prevederile art.32 din Legea nr.219/1998, potrivit căreia, “relațiile contractuale dintre concedent și concesionar se bazează pe principiul echilibrului financiar al concesiunii, respectiv pe realizarea unei posibile egalități între avantajele care îi sunt acordate concesionarului și sarcinile care îi sunt impuse”, subliniază și evidențiază esența civilă a acestui tip de contract. “În consecință, concesionarul nu va fi obligat să suporte creșterea sarcinilor legate de execuția obligațiilor sale, în cazul în care această creștere rezultă în urma: a) unei acțiuni sau unei măsuri dispuse de o autoritate publică; b) unui caz de forță majoră sau unui caz fortuit”. Așa fiind, astfel de prevederi permit să se înțeleagă că și în materia acestui contract principiile egalității părților și al echilibrului patrimonial sunt prezente (specifice dreptului civil și celui comercial), ce-i drept, într-o formă particulară (atipică) impusă de raporturile dintre interesul public și cel privat.

În raport cu considerentele mai sus expuse, suntem de părere că ar trebui renunțat la termenii de *act administrativ de gestiune ori de contract administrativ*, termeni utilizați până în prezent de doctrină pentru a desemna contractele încheiate de stat și componentele sale, în

Editura ALL Beck, București, 1994, p. 121 și 128-134.

⁴ A se vedea, spre exemplu, ampla și documentata monografie avându-l ca autor pe I. Avram, *Contractele de concesiune*, Editura Rosetti, București, 2003.

⁵ *Idem*, p. 5.

vederea administrării bunurilor sale⁶, cu diverse persoane de drept privat. Ne luăm îngăduința să propunem ca termenii menționați să fie înlocuiți cu aceia de *contracte pentru administrarea patrimoniului public și privat al statului și/sau al unităților sale componente*. O astfel de denumire, ce-i drept, neobișnuit de lungă (în raport cu clasificările tradiționale cu care operează dreptul contractelor) ar fi de natură să pună în evidență: caracterul esențialmente contractual al acestui tip de acte juridice; împrejurarea că o parte este întotdeauna o persoană juridică de drept public; bunurile/activitățile/serviciile ce fac obiectul material al acestor contracte aparțin/sunt rezervate (în mod natural sau prin lege) statului și unităților sale administrativ-teritoriale; scopul pentru care se încheie (din punctul de vedere al persoanei juridice de drept public) este punerea în valoare (administrarea) unor bunuri/activități/servicii aflate în gestiunea anumitor autorități publice.

În ceea ce privește *definiția* propriu-zisă a contractului de concesiune, este de reținut că aceasta este una legală, clară și precisă, din punct de vedere logic și juridic. Astfel, potrivit prevederilor art.1 alin.2 din Legea nr.219/1998 privind regimul concesiunilor, concesiunea (ca activitate) se face în baza unui “*contract prin care o persoană, numită concedent, transmite pentru o perioadă determinată, de cel mult 49 de ani, unei alte persoane, numită concesionar, care acționează pe riscul și pe răspunderea sa, dreptul și obligația de exploatare a unui bun, a unei activități sau a unui serviciu public, în schimbul unei redevențe*”.

Sediul materiei acestui contract îl constituie, în principal și ca drept comun, Legea nr. 219/1998 privind regimul concesiunilor, act normativ care a abrogat expres prevederile art. 25-29 din Legea nr. 15/1990 privind reorganizarea unităților economice de stat ca regii autonome și societăți comerciale, precum și prevederile art. 1-17, art. 25 și anexele nr. 1-5 din H.G. nr. 1228/1990 pentru aprobarea metodologiei concesiunii, închirierii și locației gestiunii (act normativ, în prezent abrogat în totalitate). În aplicarea acestei legi au fost emise Normele metodologice-cadru de aplicare a Legii nr. 219/1998 privind regimul concesiunilor, aprobate prin H.G. nr. 216/1999. Găsim util și caracterizant pentru regimul juridic al concesiunilor să menționăm că Legea nr. 219/1998 este *o lege organică*, în sensul prevederilor art. 72 alin. 3) și 135 alin. 5) din Constituția României.

Cu titlu de drept special, sediul materiei acestui contract este completat cu o serie de alte acte normative, din care exemplificăm: Legea nr. 50/1991, cu modificările și completările ulterioare, privind autorizarea executării construcțiilor și unele măsuri pentru realizarea locuințelor; Legea nr. 84/1992 privind regimul zonelor libere; Legea nr. 134/1995 a petrolului; Legea nr. 61/1998 a minelor; Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale etc.

Din examinarea conținutului reglementărilor legale în materie de concesiune, se poate trage concluzia că această activitate precum și instrumentul juridic prin care ea se poate realiza (contractul de concesiune) se bucură de un regim juridic bine conturat și amplu reglementat.

Cu privire la trăsăturile caracteristice ale contractului de concesiune, literatura juridică românească de dată mai recentă a identificat următoarele⁷: este un contract solemn,

⁶ Doctrina franceză apreciază că totalitatea contractelor încheiate de administrația publică se împarte în două categorii, și anume: contractele administrației (adică acelea identice cu cele ale particularilor, așa cum sunt reglementate de Codul civil) și contractele administrative (acelea prin care autoritatea publică administrativă “încredințează unui particular (persoană fizică sau juridică) executarea unei lucrări publice sau efectuarea unui serviciu public”... *Idem*, p. 9.

⁷ A se vedea A. Sebeni, *Noțiunea contractului de concesiune și încheierea acestuia*, în Revista „Dreptul” nr.

sinalagmatic, cu titlu oneros, comutativ, cu executare succesivă și este încheiat *intuitu personae*. La aceste trăsături se mai adaugă, în opinia autorului citat, și aceea că în cazul concesiunii bunurilor proprietate publică ori privată a statului, acest contract este constitutiv de drepturi reale. În fine, pentru situația în care concesiunea bunurilor, activităților ori a serviciilor se atribuie direct societăților și companiilor naționale transformate din regii autonome (care aveau în administrare directă respectivele bunuri, activități și servicii), contractul de concesiune este un contract forțat.

În ceea ce ne privește, apreciem că la trăsăturile enumerate pot fi adăugate și următoarele: este un contract civil sau comercial, în raport cu natura activității ori a serviciului (dacă acestea sunt sau nu acte obiective de comerț) care face obiectul concesiunii, precum și de calitatea concesionarilor (comercianți sau necomercianți)⁸. De altfel, tocmai posibilitatea legală ca acest tip de contract să fie și un contract civil a stat la baza opțiunii noastre de a-l examina în cadrul acestei lucrări.

Datorită împrejurării că *partea reglementară a contractului de concesiune* (adică acele elemente esențiale ale contractului preluate din caietul de sarcini întocmit de autoritatea concedentă) își pune amprenta în mod decisiv asupra configurației contractului de concesiune, o bună și esențială parte a clauzelor acestuia nu pot fi negociate și, ca atare, acest contract poate fi calificat ca unul de adeziune. De asemenea, având în vedere finalitatea social-economică urmărită prin încheierea contractului de concesiune, în general, acesta poate fi inclus în categoria contractelor prin care se realizează administrarea (utilizarea) bunurilor, activităților și serviciilor gestionate de stat.

Dacă cea mai mare parte a trăsăturilor enumerate nu comportă discuții speciale, în opinia noastră caracterul solemn al contractului de concesiune se află sub semnul, cel puțin, al îndoielii. Facem această afirmație, întrucât cerința formei scrise sub sancțiunea nulității absolute nu este prevăzută în Legea nr.219/1998, ci doar într-un act administrativ normativ (H.G. nr. 216/1999), care nu poate completa ori modifica legea, acesta fiind doar un act normativ în limitele căruia se pot stabili numai măsuri de organizare a executării legii (a se vedea, în acest sens, prevederile Legii nr. 24/2000, privind metodologia de tehnică legislativă). Așa fiind, *de lege lata*, și ținând seama de caracterul ilegal, după părerea noastră, a prevederilor art. 40 din H.G. nr. 216/1999, contractul de concesiune nu este unul solemn, ci doar consensual, forma scrisă impunându-se doar *ad probationem* și nu *ad validitatem*⁹.

Obiectul contractului de concesiune

Potrivit prevederilor art.2 alin. 1 din Legea nr. 219/1999, bunurile proprietate publică fiind inalienabile, nu pot fi înstrăinate, dar pot fi date în administrare directă doar regiilor autonome și/sau instituțiilor publice, prin acte administrative de autoritate, sau pot fi concesionate ori închiriate. Potrivit alineatului 2 al aceluiași articol, pot face obiectul unei

8/1999, p. 17.

⁸ În legătură cu competența materială de a soluționa litigiile dintre concedenți și concesionari, în România, un autor apreciază că „în țara noastră, însă, din păcate, legiuitorul, în mod regretabil, a confundat contractele administrative cu cele de drept comun ale administrației, astfel că toate contractele administrative, chiar și cele de concesiune ... sunt, de-a valma date în competența instanțelor civile de drept comun”, I, Avram, *op.cit.*, p. 10. Această afirmație nu este întrutotul exactă, întrucât, în litigiul dintre un concedent și un concesionar comerciant, pentru care contractul de concesiune este act obiectiv de comerț, competența materială va fi a instanțelor comerciale (tribunal sau judecătoria, în raport de valoarea obiectului litigiului).

⁹ A se vedea, pentru o astfel de trăsătură, D. Nemoianu, *Regimul juridic al concesiunilor*, în „Revista de Drept Comercial” nr. 5/1999.

concesiuni bunurile, activitățile sau serviciile publice din următoarele domenii: transporturile publice (servicii); autostrăzile, pădurile și tunelurile rutiere cu taxă (servicii); infrastructurile rutiere, feroviare, portuare și aeroportuare civile (servicii); construcția de hidrocentrale noi și exploatarea acestora, inclusiv a celor aflate în conservare (activități economice); serviciile poștale; spectrul de frecvențe și rețele de transport și de distribuție pentru telecomunicații; activitățile economice legate de cursurile de ape naturale și artificiale, lucrările de gospodărire a apelor aferente acestora, stațiile și instalațiile de măsurători hidrologice, meteorologice și de calitate a apelor și amenajările piscicole; terenurile proprietate publică, plajele, cheiurile și zonele libere; rețelele de transport și de distribuție a energiei electrice și termice; rețelele de transport prin conducte și de distribuție a petrolului și a gazelor combustibile; rețelele de transport și de distribuție publică a apei potabile; exploatarea zăcămintelor minerale și a substanțelor solide și fluide; exploatarea surselor termale; resursele naturale ale zonei economice maritime și ale platoului continental; bazele sportive, locurile de recreere, instituțiile profesioniste de spectacole; unitățile medico-sanitare, secțiile sau laboratoarele din structura acestora, precum și serviciile medicale auxiliare; activitățile economice legate de punerea în valoare a monumentelor și a siturilor istorice; colectarea, depozitarea și valorificarea deșeurilor; orice alte bunuri activități sau servicii publice care nu sunt interzise prin legi organice speciale. Așadar, această enumerare nu este limitativă ci doar una exemplificativă. De altfel, așa cum stabilește art. 3, Guvernul, consiliile județene sau locale pot aproba prin hotărâre concesionarea altor bunuri, activități sau servicii aparținând proprietății private care nu sunt cuprinse în enumerarea anterioară (cuprinsă în art. 2).

O notabilă limitare a sferei de cuprindere a obiectului concesiunilor este realizată prin art. 3 din Legea nr. 219/1999. Potrivit acestui articol, “nu pot face obiectul concesiunii bunurile, activitățile sau serviciile publice în privința cărora nu există autorități de reglementare, ale căror avize sunt obligatorii în ceea ce privește prețurile sau tarifele practicate de concesionari”.

Ca și contraprestație pentru exploatarea bunurilor, activităților ori a serviciilor primite în concesiune, concesionarii sunt obligați să plătească autorității concedente, o sumă de bani periodică numită *redevență*. *Redevența* a fost definită de doctrină ca fiind “o sumă de bani plătită periodic de către concesionar concedentului în schimbul încredințării exploatării unui serviciu public, a unei activități economice ori a unor bunuri proprietate publică ori privată a statului ori a unităților administrativ teritoriale ... redevența nu este o fracțiune din preț, ci un drept al autorității concedente de a pretinde o parte din beneficiile realizate din exploatarea serviciului public”¹⁰.

Împrejurare extrem de importantă: redevența este un venit nefiscal al bugetului de stat ori a celor locale, după caz, și ca atare, modul de calcul și de plată acesteia se stabilesc de către ministerele de resort ori de către autoritățile publice locale, după caz (a se vedea art. 4 din Legea nr. 219/1998).

Cât privește sensul noțiunilor de servicii publice, concesiunea de servicii publice, concesiunea bunurilor și concesiunea activităților, așa după cum se arăta în literatura de specialitate, sunt de reținut următoarele idei:

Noțiunea de serviciu public

¹⁰ A se vedea A. Sebeni, *op. cit.*, p. 16.

Noțiunea de serviciu public poate fi utilizată într-o dublă accepțiune: ca structură statală (*în sens organic*) care este stabilită de autoritatea publică competentă să gestioneze (realizeze) un anumit interes (folos) public. În *sens material, prin serviciu public* trebuie înțeleasă activitatea concretă desfășurată de structura abilitată să realizeze interesul public¹¹. Serviciul public, ca structură organizatorică, poate fi definit ca “un organism administrativ, creat de stat, județ, oraș sau comună, cu o competență determinată, cu mijloace financiare procurate din patrimoniul general al administrației publice care l-a înființat, pus la dispoziția publicului pentru a satisface în mod regulat și continuu o cerință cu caracter general, căreia inițiativa particulară nu ar putea să-i dea decât o satisfacție incompletă și intermitentă”¹².

Este esențial de știut că statul și componentele sale sunt singurele îndreptățite de lege să stabilească, la un moment dat, interesul public care trebuie realizat prin organizarea unui anumit serviciu public. Realizarea unui anumit serviciu public se poate împlini fie direct de către o anumită autoritate publică, fie prin încredințarea lui unui stabiliment public (persoana juridică de drept public, de genul regiei autonome, care este înființată pentru a gestiona un anumit serviciu public), fie prin concesionarea lui unei persoane fizice sau juridice de drept privat¹³.

Prin noțiunea de concesiune de servicii publice se înțelege, potrivit doctrinei¹⁴, acea “modalitate de gestiune a unui serviciu public prin care un particular, persoană fizică ori juridică, preia riscurile conducerii unui serviciu public, sub controlul, autorității administrative, în schimbul dreptului de a percepe de la utilizatorii sau beneficiarii serviciului public taxele pentru serviciile prestate”.

Doctrina românească¹⁵ remarcă, în mod util și judicios, că între contractul de concesiune de servicii și alte tipuri de contracte există unele asemănări, dar și deosebiri. Astfel, contractul în discuție se deosebește de contractul de achiziții publice prin aceea că, spre deosebire de acest ultim contract, în baza căruia o anumită entitate achizițoare dobândește un anumit bun ori își procură o anumită lucrare, operațiunii după care contractul de achiziție publică încetează, în cazul contractului de concesiune, concesionarul, după ce efectuează lucrarea avută în vedere de concendent (construcția unei hidrocentrale, spre exemplu), acesta îi concesiunează și exploatarea activității și/sau a serviciului public aferent lucrării efectuate. Altfel spus, concesionarul este mai întâi antreprenor și de-abia după finalizarea lucrării va deveni și concesionar propriu-zis.

Concesiunea serviciilor ori a activităților și chiar a bunurilor se deosebește fundamental de privatizare, privită ca modalitate de transfer a proprietății de la stat la persoane de drept privat. În adevăr, prin concesiune ceea ce se încredințează spre exploatare privată sunt servicii, bunuri, activități, cu mijloacele aferente, interesul public menținându-se în continuare, iar concesionarul este nu numai îndreptățit să realizeze obiectul concesiunii, dar este și obligat să o facă. Prin comparație, ca efect al privatizării, activitatea realizată înainte de regia autonomă, compania sau societatea națională ori locală, nu mai corespunde unui interes public, cu alte cuvinte, privatizarea va putea fi efectuată doar atunci când statul

¹¹ *Idem*, p. 5.

¹² A se vedea M. Oroveanu, *Teoria generală a serviciului public*, în Revista „Studii de Drept Românesc”, nr. 3/1994, p. 220.

¹³ A se vedea A. Sebeni, *op.cit.*, p. 6-7.

¹⁴ A se vedea P. Negulescu, *Tratat de drept administrativ*, vol. I, *Principiile generale*, București, 1934, p. 154.

¹⁵ A se vedea A. Sebeni, *op.cit.*, p. 8-10.

ori componentele sale apreciază că în sectorul respectiv nu mai subzistă un interes public real care să fie realizat printr-un serviciu (activitate) public(ă).

O mare asemănare (uneori chiar derutantă) se înregistrează între contractul de concesiune și cel de asociere în participațiune, reglementat de art. 251 și următoarele din Codul comercial. Asemănarea provine din împrejurarea că, atât în cadrul concesiunii cât și în cadrul asocierii în participațiune, concedentul (asociatul pasiv sau geratul - așa cum acesta se mai numește în cadrul contractului de asociere în participațiune) aduce ca și contribuție un serviciu¹⁶ ori o activitate publică, cu bunurile și mijloacele aferente, și participă la împărțirea profitului (sub forma redevenței - în cazul concesiunii și sub forma cotei părți din profit - în cazul asocierii în participațiune). Deosebirea esențială, totuși, constă în elementul suplimentar adăugat scopului direct care va apare în contractul de concesiune, prin comparație cu cel de asociere în participațiune. Astfel, deși în ambele tipuri de contracte părțile urmăresc obținerea de profit, în cazul contractului de concesiune, pe lângă ideea de profit, în structura scopului concesiunii intră și ideea (obligația) de a realiza un interes public prin concesiune.

Noțiunea de concesiune a bunurilor

Referitor la noțiunea de concesiune a bunurilor, aceasta se remarcă a fi una dintre modalitățile esențiale pentru utilizarea cât mai adecvată a bunurilor proprietate publică ori aparținând domeniului privat a(l) statului și a(l) componentelor sale.

Într-o definiție doctrinară¹⁷, “concesiunea de bunuri poate fi definită că fiind contractul prin care o autoritate publică, dintre cele menționate în art. 3 din Legea nr. 219/1998, permite unei persoane fizice sau juridice private să posede și să folosească, în condițiile legii și ale contractului de concesiune, un bun aparținând domeniului public ori privat al statului ori al unităților administrativ-teritoriale”. Acestei definiții credem că ar fi util să i se mai adauge și ideea că scopul unei astfel de concesiuni este acela al obținerii unor venituri pentru bugetul public național (de stat sau local), sub forma redevenței calculate ca și cota procentuală din profitul ce va fi obținut de concesionar, precum și acela de a realiza interesul public, de a pune în valoare bunurile avute în vedere. În fapt, pot fi situații în care un contract de concesiune de servicii are nevoie și de încheierea unui contract de concesiune de bunuri, pentru realizarea scopului acestui tip de concesiune. În astfel de situații, relațiile dintre contractul de concesiune de servicii și cel de concesiune de bunuri vor fi cele specifice contract principal-contract accesoriu¹⁸.

Concesiunea bunurilor trebuie să fie deosebită de dreptul de administrare a bunurilor aparținând domeniului public al statului și al unităților administrativ teritoriale, deși atât dreptul de concesiune cât și dreptul de administrare directă se aseamănă foarte mult, ambele fiind drepturi reale principale, derivate din dreptul de proprietate publică¹⁹. În legătură cu natura juridică a celor două tipuri de drepturi, suntem de părere că doar dreptul de administrare directă are o natură mixtă: administrativă - în raporturile titularului lor cu statul și/sau unitățile administrativ teritoriale care l-au constituit și civilă - în raporturile titularilor cu terțele persoane cu care intră în raporturi contractuale sau extracontractuale²⁰.

¹⁶ A se vedea A. Sebeni, *op.cit.*, p. 9.

¹⁷ *Idem*, p. 10.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Idem*, p. 11.

²⁰ Pentru o opinie care susține natura mixtă a dreptului de administrare, a se vedea, spre exemplu, I. Adam, *op.cit.*, p.136, iar pentru o opinie care susține că dreptul de concesiune este un drept civil și nu unul mixt (civil și

De asemenea, trebuie să reținem că dreptul de concesiune este un drept real temporar (spre deosebire de cel de administrare care, în principiu, nu se constituie pentru o durată anume) și inalienabil²¹.

Astfel, în timp ce subiecte ale dreptului de administrare directă²² pot fi doar regiile autonome, autoritățile publice centrale ori locale, instituții publice, deci, doar persoane de drept public, subiecte ale dreptului de concesiune pot fi doar persoane juridice de drept privat, române sau străine, ori persoane fizice.

Din punctul de vedere al modului de constituire a celor două tipuri de drepturi, se poate reține, de asemenea, o importantă distincție: dreptul de administrare directă se constituie exclusiv prin act administrativ de autoritate (hotărâre de guvern, hotărâri ale consiliilor județene și locale etc.), pe când dreptul de concesiune se instituie atât prin act de autoritate (actul administrativ prin care se aprobă concesionarea) cât și printr-un act de gestiune (contractul de concesiune).

Dintr-un alt punct de vedere (al conținutului celor două categorii de drepturi) deși, așa cum am menționat deja, ambele sunt drepturi reale principale și nu dezmembrăminte ale dreptului de proprietate publică (acest tip de drept neputând fi dezmembrat), fiecare dintre ele are un anumit conținut: dreptul de administrare directă presupune posesia (în numele și din puterea statului), folosința (inclusiv perceperea fructelor naturale, industriale și chiar civile - în anumite situații²³) și dispoziția materială în anumite situații limitate și specifice naturii bunului primit în administrare (și nu juridică) specifică fiecărei categorii de bunuri; pe când dreptul de concesiune presupune posesia (în numele și din puterea concedentului), folosința (dreptul de uzufruct) fără a avea, în principiu, și atributul dispoziției juridice ori materiale. În legătură cu dispoziția materială asupra bunurilor concesionate, suntem de părere, așa cum se poate întâmpla și în cazul dreptului de administrare acordat asupra unor bunuri aparținând domeniului public al statului ori unităților administrativ-teritoriale, în cazul în care utilizarea acelor bunuri - în cadrul concesiunii - presupune consumarea substanței lor (acele bunuri având natură juridică a produselor - agregate minerale, tăierea unor păduri, exploatarea stufului, sau a altor resurse naturale), atributul dispoziției materiale este de la sine înțeles, chiar și în cazul dreptului de concesiune.

Concesiunea trebuie deosebită și de închirierea bunurilor din domeniul public. Astfel, deși ambele tipuri de activități reprezintă modalități constituționale de utilizare a acestei categorii de bunuri, ele se deosebesc, în principal, prin efectele pe care le generează fiecare: concesiunea dă naștere unui drept real principal (cu o natură mixtă, după părerea noastră), pe când închirierea dă naștere unui drept de creanță (în măsura în care se îmbrățișează un astfel de punct de vedere), drept civil (exclusiv). Prețul folosinței bunurilor concesionate ori închiriate poartă denumiri diferite: chirie - în cazul închirierii și redevență, în cazul concesiunii).

În opinia noastră, nu există deosebiri esențiale între contractul de concesiune a bunurilor din domeniul public și celor din domeniul privat al statului și al unităților administrativ teritoriale, și aceasta pentru că legea nu face distincții relevante în acest sens. Asimilarea (ca regim juridic) contractului de concesiune a bunurilor din domeniul privat al

administrativ), a se vedea A. Sebeni, *op.cit.*, p. 12.

²¹ A se vedea A. Sebeni, *op.cit.*, p. 12.

²² Pentru o analiză relevantă a dreptului de administrare asupra bunurilor aparținând domeniului public al statului și al unităților administrativ-teritoriale, a se vedea, spre exemplu, I. Adam, *Proprietatea publică și privată asupra imobilelor în România*, Editura ALL Beck, București, 2000, p. 133-141.

²³ *Idem*, p. 140.

statului cu orice alt contract de drept comun asemănător cu acesta, nu ni se pare justificată, cel puțin pentru motivul că dreptul privat nu cunoaște concesiunea bunurilor, ca modalitate oneroasă de utilizare acestora, ci doar locațiunea²⁴. Chiar și contractul de concesiune a bunurilor din domeniul privat este un contract de tip special, supus unui regim juridic special, derogatoriu, în multe privințe de la dreptul comun.

În fine, doctrina²⁵ mai face comparații și distincții utile, de altfel, *între dreptul de concesiune și dreptul de uzufruct*. Astfel de deosebiri au în vedere următoarele: concesiunea nu poate fi acordată de oricine, ci doar de autoritățile concedente prevăzute de lege, cu respectarea unei proceduri administrative prealabile riguroase, pe când uzufructul îl poate constitui orice persoană fizică sau juridică - chiar și asupra unor bunuri consumptibile și chiar pentru cauză de moarte; durata concesiunii este de 49 de ani (indiferent dacă concesionar este o persoană fizică sau una juridică), cu posibilitatea prelungirii, pe când a uzufructului este de maximum 30 de ani (și aceasta doar în cazul uzufructului constituit în favoarea persoanelor juridice; cauzele de încetare a concesiunii sunt diferite în raport cu cele ale uzufructului.

Noțiunea de concesiune a activităților

Cu privire la înțelesul noțiunii de concesiune a activităților, acesta este definiția de către doctrină ca fiind “*acel contract de concesiune prin care statul sau o autoritate a administrației publice locale conferă unei persoane private dreptul de a desfășura o anumită activitate de interes național sau local, în condițiile legii și ale contractului de concesiune*”²⁶.

Astfel de activități pot avea în vedere una din următoarele: exploatarea zăcămintelor minerale și a substanțelor solide și fluide; exploatarea surselor termale; exploatarea resurselor naturale ale zonei economice maritime și ale platoului continental etc.

Părțile și încheierea contractului de concesiune

În conformitate cu prevederile art. 5 din Legea nr. 219/1998, părțile contractului de concesiune se numesc: *concedent*, adică autoritatea publică care acordă concesiunea asupra serviciului public, bunurilor ori activității, avute în vedere. Astfel, potrivit prevederilor alineatului 1) al art. citat, au calitatea de concedenți, în numele statului, județului, orașului sau comunei: ministerele sau alte organe de specialitate ale administrației publice centrale, pentru bunurile proprietate publică sau privată a statului ori pentru activitățile și serviciile de interes public de interes *național*; *consiliile județene, consiliile locale sau instituțiile publice de interes local*, pentru bunurile proprietate publică ori privată a județului, orașului sau comunei ori pentru activitățile și serviciile de interes local.

După cum se poate observa din enumerarea prezentată, în calitate de concedenți nu pot sta decât autorități publice, respectiv organe ale administrației publice centrale și locale, în calitate de reprezentante ale statului și respectiv ale unităților administrativ-teritoriale. Bineînțeles că respectivele organe vor fi reprezentate la încheierea contractelor de concesiune de către reprezentanții lor legali, ori de către alte persoane abilitate de lege.

²⁴ În sens dubitativ, a se vedea A. Sebeni, *op.cit.*, p. 12.

²⁵ *Idem*, p. 13.

²⁶ *Ibidem*.

În legătură cu determinarea calității de concedent, doctrina²⁷ realizează următoarele distincții:

- Dacă obiect al concesiunii va fi un serviciu public, concedent va putea fi doar ministerul sau un alt organ de specialitate în responsabilitatea căruia intră realizarea serviciului public respectiv. La nivelul unităților administrativ-teritoriale, în mod invariabil, calitatea de concedent o vor avea consiliile județene sau locale, în raport cu natura serviciului public supus concesiunii și cu nivelul de interes promovat prin acel serviciu (județean, municipal, orășenesc, comunal);
- În cazul concesiunii de bunuri aparținând domeniului public sau privat al statului ori al unităților administrativ-teritoriale, concedent nu va fi statul, județul orașul sau comuna, în mod direct, ci doar prin mandatarii lor legali (ministerele de resort și/sau consiliile locale. Așa după cum s-a subliniat²⁸, calitatea de concedent a unui minister ori a altui organ central de specialitate nu este dependentă de calitatea de titular a unui drept de administrare directă asupra bunurilor în cauză, deoarece dreptul de a concesiona izvorăște din Legea nr. 219/1998 și nu din dreptul de administrare directă. De altfel, prin natura și prin finalitatea sa, dreptul de administrare exclude concesiunea, ambele fiind drepturi reale principale, fiind exclusă subordonarea (dependența) unuia față de celălalt.
- În cazul concesiunii unor activități, autoritatea concedentă ar trebui să fie, în tăcerea legii, ministerul ori organul de specialitate în sectorul (domeniul) căreia se desfășoară activitatea respectivă, iar în plan local, consiliul local în raza căruia se desfășoară ori urmează să se desfășoare activitatea, ținând seama și de nivelul de interes al activității respective.

În calitate de *concesionar*, potrivit art. 5 alin. 2) din Legea nr. 219/1998, va putea sta orice persoană fizică sau juridică, română sau străină, care a fost declarată câștigătoare a licitației, organizate în condițiile legii și a normelor de aplicare a acesteia, sau aceea care în urma negocierilor directe purtate cu reprezentanții autorității concedente, a fost desemnată ca partener contractual.

Concesionari de tip special se constituie societățile și companiile naționale, precum și societățile comerciale (cu capital integral ori majoritar de stat) de interes local, rezultate din transformarea fără lichidare a unor regii autonome care aveau în obiectul de activitate servicii publice, activități ori exploatarea unor bunuri din domeniul public sau privat, supuse concesiunii. Aceste societăți sau companii, fiind considerate întreprinderi publice ale statului, în conformitate cu prevederile art. 40 din Legea nr. 219/1998, au dreptul la atribuirea directă a concesiunii. În astfel de situații, potrivit art. 40 alin. 1), teza ultimă) contractul de concesiune se încheie cu autoritatea concedentă competentă pe o durată care se stabilește prin hotărâre a Guvernului sau a consiliului județean ori local de înființare a societății comerciale respective.

Din păcate, dar, de altfel, în mod firesc, în condițiile ordinii constituționale actuale, prin Decizia nr. 136 din 3 mai 2001 Curtea Constituțională a constatat (cu o opinie separată) că dispozițiile art. 40 alin. 10, fraza întâi din Legea nr. 219/1998 sunt neconstituționale în măsura în care autoritățile publice locale sunt obligate să atribuie direct, printr-un contract de concesiune, bunurile proprietate publică sau activitățile și serviciile publice de interes local unor persoane juridice nominalizate.

²⁷ A se vedea A. Sebeni, *op.cit.*, p. 18-19.

²⁸ *Idem*, p. 18.

În legătură cu condițiile și termenii în care se va putea încheia un contract de concesiune, sunt de reținut următoarele reguli:

Selectarea partenerului contractual (a concesionarului) de regulă se va putea face numai în urma unei licitații publice deschise sau cu preselectie de oferte, cu respectarea riguroasă a procedurii de concesionare prin licitație publică stabilită prin capitolul II din Legea nr. 219/1998 și prin Normele metodologice de aplicare a acesteia.

În condițiile legii, inițiativa concesionării o poate avea autoritatea concedentă sau orice persoană fizică sau juridică interesată. În cazul în care se va decide inițierea concesiunii, autoritatea concedentă va întocmi un studiu de oportunitate, studiu care trebuie să conțină referiri la toate categoriile de probleme enumerate în art. 7 din Legea nr. 219/1998. Studiul de oportunitate va fi întocmit de către autoritatea concedentă în termen de 30 de zile (sau în termenul convenit de părțile implicate în procedură) de la data primirii propunerii de concesionare formulate de un investitor interesat. Succesiv studiului de oportunitate, în măsura în care se va decide că există temeuri suficiente pentru a proceda la concesionare, autoritatea concedentă va întocmi *un caiet de sarcini, document care are valoarea juridică a unei oferte de concesionare* și ale cărui clauze (termeni) vor constitui așa numita *parte reglementară a contractului de concesiune*.

Un rol deosebit de important în stabilirea (alegerea) concesionarilor, ca parteneri contractuali ai autorității concedente, îl are, potrivit legii, *comisia de evaluare, organism cu competență ajutătoare, în raport cu concedentul*, și care se constituie prin decizie a acestuia. Componenta comisiei (a se vedea art. 16 din Legea nr. 218/1998) este diferențiată, în raport cu felul și nivelul de competență al autorității concedente. Astfel, în fiecare caz în parte, în componența comisiilor de evaluare vor intra reprezentanți ai ministerelor de resort, ai altor organe centrale de specialitate, după caz, ai Ministerului Finanțelor Publice, iar în cazul concesiunilor în plan local vor fi compuse din reprezentanți ai consiliilor județene, locale și ai instituțiilor publice, după caz, la care se vor adăuga de fiecare dată și reprezentanți ai serviciilor descentralizate ale Ministerului Finanțelor Publice. La toate aceste categorii de persoane se vor adăuga și reprezentanți ai autorității competente pentru protecția mediului.

Comisia de evaluare este obligată să analizeze ofertele primite și va selecta oferta pe care o consideră cea mai bună din punct de vedere al satisfacerii criteriilor de selecție anunțate în instrucțiunile privind organizarea și desfășurarea procedurii de concesionare (astfel de criterii vor fi: eficiența economică, suma investițiilor propuse, prețul prestațiilor, costul lor de utilizare, valoarea lor tehnică, modul de rezolvare a obligațiilor privind protecția mediului și a problemelor sociale, garanțiile profesionale și financiare propuse de către fiecare ofertant și termenele de realizare a lucrărilor de investiții).

În urma evaluărilor pe care le va efectua comisia, aceasta va întocmi un raport motivat, cu referire specială la argumentele care au determinat-o să aleagă un anumit câștigător. Dacă în urma primei licitații publice deschise nu se va putea stabili un câștigător, se va organiza o a doua licitație în termen de 45 de zile. În fine, dacă nici în urma celei de a doua licitații nu se va putea stabili un câștigător, se va putea decide trecerea la procedura negocierii directe. Lucru foarte important de reținut, *condițiile concesionării prin negociere directă nu pot fi inferioare celei mai bune oferte respinse de licitația publică deschisă*.

Raportul comisiei va fi prezentat concedentului, care, în termen de 5 zile de la primirea acestuia, îl va anunța pe câștigător despre alegerea sa și pe ceilalți participanți despre faptul că nu au fost aleși. Cei nemulțumiți de rezultatul licitației vor putea cere concedentului o copie de pe procesul verbal de evaluare a ofertelor, în termen de 10 zile

calendaristice de la data primirii comunicării respingerii ofertelor. În baza acestui document, în termen de 5 zile calendaristice de la data primirii lui, cei interesați și îndreptățiți vor putea formula contestație adresată concedentului cu privire la modul în care au fost respectate dispozițiile legale care reglementează procedura concesiunii prin licitație publică deschisă, la sediul concedentului sau la locul depunerii ofertei, potrivit anunțului publicitar. Concedentul este obligat să soluționeze contestația în termen de 10 zile calendaristice de la data înregistrării acesteia. În soluționarea contestației, concedentul va fi ajutat de o comisie de soluționare a contestațiilor numită prin decizia acestuia, comisie din care nu vor putea face parte cei care au făcut parte din comisia de evaluare a ofertelor.

În cazul în care contestația se va dovedi întemeiată, concedentul va revoca decizia de desemnare a câștigătorului, această măsură o va comunica tuturor ofertanților și va decide organizarea unei noi licitații.

În eventualitatea în care contestația nu va fi găsită întemeiată, aceasta va fi respinsă prin decizie a concedentului, decizie ce va putea fi atacată în instanța de contencios administrativ (tribunalul sau curtea de apel, după caz) după părerea noastră, din raza teritorială în care se află sediul concedentului (a se vedea, pentru reglementarea procedurii de contestație a licitației, secțiunea a III-a din cadrul capitolului IV din H.G. nr. 216/1999).

În acest context, ne exprimăm opinia că procedura de selectare a concesiunilor prin licitație publică deschisă ori cu preselectie *este o procedură administrativă*, care se va finaliza cu o decizie administrativă, ca act de administrație activă (act administrativ de autoritate). *Procedura de soluționare a contestațiilor este una administrativ-jurisdicțională*, și, ca atare, aceasta se va finaliza cu o decizie a concedentului, act având natura juridică a unui *act administrativ jurisdicțional*. Așa fiind, în concepția noastră, calea de atac împotriva unei astfel de decizii este, în condițiile Legii nr. 29/1990 privind contenciosul administrativ, recursul la tribunal (în cazul concesiunilor în plan local) ori la curtea de apel (în cazul concesiunilor, în plan central). În raport cu aceste exigențe, prevederea art. 38 din H.G. nr. 216/1999, potrivit căreia ofertantul respins va putea recurge la instanța judecătorească competentă de drept comun din raza teritorială în care se află sediul concedentului, este ilegală, deoarece instanțele de contencios administrativ nu sunt instanțe de drept comun (prin raportare la materia avută în vedere).

În ceea ce privește procedura concesiunii prin *licitație publică deschisă cu preselectie*, aceasta se deosebește de procedura licitației fără preselectie, prin faptul că presupune, în plus, *etapa preselectiei ofertelor*, operațiune care se face tot de către comisia de evaluare. Pe baza listei candidaților admiși și a ofertelor depuse se va proceda, în continuare la licitația propriu-zisă, după procedura licitației publice deschise.

Așa după cum am arătat deja, în cazul în care două încercări de a efectua licitații nu vor permite să se stabilească un câștigător, concedentul va proceda la *negocierea directă*, în condițiile art. 19 și 26-27 din Legea nr. 219/1998. Înainte de a proceda la negocierea directă, concedentul este obligat să publice în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, într-un cotidian de circulație națională și într-unul de circulație locală intenția de a recurge la procedura de negociere directă. Anunțul trebuie să conțină precizări cu privire la: denumirea și sediul concedentului; obiectul concesiunii și modalitatea prin care concedentul organizează desfășurarea negocierilor.

Referitor la modalitatea de stabilire a concesiunilor, indiferent de obiectul concesiunii, considerăm util să precizăm că nerespectarea cerințelor legale mai sus

prezentate va atrage, de regulă, nulitatea absolută a contractelor de concesiune, problema fiind una de interes public.

După selectarea concesionarului, urmează încheierea propriu-zisă a contractului de concesiune. Această operațiune se va face în termen de 30 de zile de la data la care concedentul a informat ofertantul despre acceptarea ofertei sale, dacă prin caietul de sarcini nu s-a stabilit altfel. Obligația de a încheia contractul în termenul legal sau în cel stabilit prin oferta concedentului, fiind o obligație de a face, în caz de neîndeplinire ori de îndeplinire cu întârziere va putea antrena obligarea atât a concesionarului cât și a concedentului, după caz, la plată de daune interese moratorii (art. 28 alin. 2 în Legea nr. 219/1998 coroborat cu art. 1075 C.civ.) și chiar daune compensatorii.

Dacă concesionarul desemnat va refuza să încheie contractul de concesiune, acesta va pierde garanția depusă pentru participare, o astfel de garanție îndeplinind funcția unei arvune-clauză de decizie, după părerea noastră.

Cât privește *conținutul material sau propriu-zis al contractului de concesiune*, întrucât acesta este un contract de adeziune, în principiu, obligatoriu trebuie să cuprindă clauzele prevăzute în caietul de sarcini (*partea reglementară a contractului* - care este supusă unui regim de drept administrativ²⁹) precum și clauzele convenționale (negociate și stabilite de părți, dar fără a putea aduce atingere obiectivelor concesiunii, obiective prevăzute în caietul de sarcini, această parte a contractului de concesiune se mai numește *contractuală și este supusă regimului de drept privat*).

Art. 28 alin. 5 în Legea nr. 219/1998 obligă părțile contractului de concesiune să convină asupra cauzelor de încetare a contractului, fiind autorizate și clauzele de denunțare (reziliere) unilaterală sau de răscumpărare. De asemenea, pentru ipoteza în care prin concesiune apare *un impact privind mediul înconjurător*, părțile contractante au obligația să insereze clauze contractuale referitoare la împărțirea responsabilităților de mediu între concedent și concesionar.

O clauză de maximă importanță (deși, în opinia noastră, lipsa ei nu are nici un impact asupra valabilității contractului de concesiune, întrucât aceasta operează prin efectul legii) este cea prevăzută de art. 28 alin. 6 din Legea nr. 219/1998, privind interdicția pentru concesionar de a subconcesiona, în tot sau în parte, unei alte persoane, obiectul concesiunii. Așadar, dreptul de concesiune, fiind dobândit în baza unui contract *intuitu personae*, nu poate fi transmis unui terț, pentru durata rămasă până la expirarea contractului sau pentru una mai scurtă. Sancțiunea încălcării unei astfel de interdicții este nulitatea absolută a contractului de subconcesiune. Dreptul de concesiune va putea fi înstrăinat, totuși, în cazul în care concesionarul unui teren aparținând domeniului public ori celui privat al statului sau unităților administrativ-teritoriale va înstrăina construcția edificată de el pe respectivul teren, în condițiile Legii nr. 50/1991, cu modificările și cu completările ulterioare și ale altor acte normative incidente în această materie. De altfel, în această situație avem de face nu cu o înstrăinare voluntară a dreptului de concesiune, ci cu una produsă prin efectul legii, ca și consecință a raportului principal – accesoriu, dintre dreptul de proprietate al concesionarului asupra construcției și dreptul de suprafață (de concesiune) asupra terenului pe care a fost ridicată construcția.

Efectele contractului de concesiune

²⁹ A se vedea L. Pop, *op.cit.*, p. 81.

Legea privind regimul concesiunilor precum și Normele metodologice emise în aplicarea acesteia conțin, în general, reglementări precise și suficiente, pentru a ne permite să identificăm și să analizăm efectele principale și esențiale ale acestui tip de contract. Vom analiza pe rând obligațiile concedentului și apoi ale concesionarului, cu mențiunea că, datorită caracterului bilateral al acestui contract, ceea ce este obligație pentru una din părți este drept pentru cealaltă.

Despre efectele contractului administrativ, inclusiv ale celui de concesiune, doctrina franceză afirmă că aceste efecte nu sunt identice cu cele ale contractelor civile, întrucât „cel ce încheie un contract administrativ se obligă nu numai să nu stânjenească funcționarea serviciului public, dar să și faciliteze buna funcționare a acestuia, ceea ce plasează contractanții într-o anumită situație de inegalitate”³⁰.

Obligațiile concedentului

Concedentul este obligat, în primul rând, să încheie contractul de concesiune în termenul stabilit de lege sau în cel propus de el prin caietul de sarcini, sub sancțiunile prevăzute de lege.

Concedentul, în raport cu obiectul concesiunii, este obligat să-i predea concesionarului toate bunurile și celelalte mijloace necesare pentru realizarea în bune condiții a obiectului concesiunii.

În legătură cu bunurile ce vor fi utilizate de concesionar în derularea concesiunii, art. 29 alin. 2 din Legea nr. 219/1998 stabilește următoarele:

Bunurile de retur sunt acele bunuri care au făcut obiectul concesiunii, precum și cele care au rezultat în urma investițiilor impuse prin caietul de sarcini. Bunurile de retur revin de plin drept, gratuit și libere de orice sarcini concedentului, la expirarea contractului de concesiune. Bunurile de acest gen se pot divide în două categorii: *bunurile de retur propriuzise (care au fost predate spre exploatare concesionarului la începerea concesiunii)* și *bunurile de retur de investiție care sunt rezultatul investițiilor concesionarului*, fiind afectate realizării serviciului public pe parcursul executării contractului de concesiune”³¹.

Bunurile de preluare sunt bunurile care au aparținut concesionarului și au fost utilizate de către acesta pe durata concesiunii. Aceste categorii de bunuri, la expirarea contractului de concesiune, pot reveni concedentului, în măsura în care acesta în urmă își manifestă intenția de a prelua bunurile respective în schimbul plății unei compensații egale cu valoarea contabilă actualizată, conform dispozițiilor caietului de sarcini. Așa după cum s-a remarcat³², la expirarea contractului de concesiune concedentul, în baza legii, are un drept de creanță asupra patrimoniului concesionarului, în temeiul căruia este îndrituit să-i ceară să încheie un contract de vânzare-cumpărare (corelativ acestui drept, concesionarului îi revine o obligație legală și personală de vânzare).

Bunurile proprii sunt acelea care au aparținut concesionarului și au fost folosite de către acesta pe durata concesiunii, cu excepția bunurilor de preluare. Bineînțeles, la expirarea contractului de concesiune bunurile proprii vor rămâne în proprietatea concesionarului.

În conformitate cu prevederile art. 29 alin. 3, în contractul de concesiune se va menționa repartiția acestor bunuri la încetarea, din orice cauză, a concesiunii.

³⁰ A se vedea I. Avram, *op.cit.*, p. 7-8.

³¹ A se vedea S. Gherghina și A. Sebeni; *op. cit.*, p. 9.

³² *Idem*, p. 11.

Concedentul este obligat să nu modifice în mod unilateral contractul de concesiune, în afara cazurilor prevăzute și autorizate expres de lege. Astfel, potrivit art. 31 alin. 1 din Legea nr. 219/1998, concedentul poate modifica (doar) unilateral partea reglementară a contractului de concesiune, cu notificarea prealabilă a concesionarului, din motive excepționale legate de interesul național sau local, după caz. În ceea ce privește fundamentarea, în fapt și în drept, a modificării unilaterale a contractului de concesiune, în doctrină s-a afirmat ideea că “în măsura în care autoritatea concedentă constată o modificare a interesului general, aceasta poate, prin acte administrative de autoritate, să modifice condițiile de desfășurare a serviciului public ori chiar să desființeze serviciul public, modificând sau, după caz, punând capăt contractului de concesiune. Acest drept nu poate fi restrâns sau limitat prin contractul de concesiune”³³.

O altă problemă abordată de doctrină, în legătură cu dreptul de modificare unilaterală a contractului în discuție, este aceea a obiectului modificării. Astfel, s-a spus, în mod judicios, după părerea noastră, că ceea ce poate fi modificat în mod unilateral este doar acea parte în caietul de sarcini “referitoare la organizarea, funcționarea și condițiile de exploatare a serviciului public”³⁴. Motivele excepționale care pot îndreptăți autoritatea concedentă să modifice partea reglementară a contractului nu trebuie să fie, în mod obligatoriu, imprevizibile, ci doar să producă anumite efecte semnificative asupra interesului general³⁵.

Chiar dacă, în fapt, s-ar produce o astfel de modificare unilaterală a contractului - autorizată de lege - pentru prejudiciile suferite de concesionar acesta are dreptul la o promptă, adecvată și efectivă despăgubire, din partea concedentului. Cuantumul despăgubirii se va stabili de comun acord de către părțile contractante, iar în caz de neînțelegere, de către instanța de judecată. Lipsa unui acord între părți cu privire la cuantumul despăgubirilor nu-l îndreptățește - sub acest motiv - pe concesionar să invoce excepția de neexecutare a contractului, față de concedent (art. 31 alin. 1).

Concedentul este obligat să notifice concesionarului apariția oricăror împrejurări de natură să aducă atingere drepturilor acestuia (obligație specifică de informare).

Drepturile concedentului

În mod specific contractului de concesiune, concedentul are în baza legii un drept de control asupra modului de respectare a obligațiilor asumate de către concesionar. Un astfel de drept de control vizează modul de utilizare a bunurilor de retur, stadiul de realizare a investițiilor, precum și modul în care este satisfăcut interesul public prin realizarea activității sau serviciului public (a se vedea art. 33 alin. 2 din Legea nr. 219/1998 și art. 62 din H.G. nr. 216/1999). În toate situațiile, verificările pot fi și inopinate, și aceasta întrucât art. 33 alin. 2 în legea citată nu impune condiția notificării prealabile, așa cum, din păcate, din nou, prin art. 62 din H.G. nr. 216/1999, se adaugă la lege (vezi aliniatul 2 al art. 62) prin impunerea cerinței notificării intenției de a efectua controlul. Desigur, nu este exclusă posibilitatea ca prin contract părțile să stabilească condițiile și limitele exercitării dreptului de control (acesta putând fi exercitat și inopinat), dar în lipsa unei clauze în acest sens, concesionarul nu se poate opune unui control inopinat, sub motiv că nu a fost notificat de către concedent, în prealabil.

³³ A se vedea S. Gherghina și A. Sebeni, *Efectele și încetarea contractului de concesiune*, în Revista „Dreptul” nr. 11/1999, p. 4.

³⁴ *Idem*, p. 5.

³⁵ *Ibidem*.

Concedentul are dreptul să-i ceară concesionarului, ca în baza art. 34 din Legea în discuție, să depună cu titlu de garanție (în termen de 90 de zile de la data semnării contractului, dar și după această perioadă) o sumă fixă reprezentând o cotă parte din suma obligației de plată către concedent, stabilită de acesta și datorată pentru primul an de activitate.

Concedentul are dreptul să-i ceară concesionarului să-i predea bunurile de retur și să-i transfere, cu titlu oneros, dreptul de proprietate asupra bunurilor de preluare.

Concedentul este în drept să modifice în mod unilateral partea reglementară a contractului (în limitele precizate deja), dacă împrejurări excepționale privind interesul public realizat prin acea concesiune impune o astfel de modificare. În astfel de situații, concedentul are dreptul să-i ceară concesionarului să continue exploatarea bunului, desfășurarea activității ori prestarea serviciului în noile condiții stabilite de concedent, fără a putea solicita încetarea contractului de concesiune.

Obligațiile concesionarului

Concesionarul este obligat, în baza contractului de concesiune și a legii, să asigure exploatarea eficientă în regim de continuitate și permanență a bunurilor, activităților și serviciilor publice ce fac obiectul concesiunii.

Concesionarul are obligația de a exploata în mod direct bunurile, activitățile sau serviciile publice care fac obiectul concesiunii, fără a putea subconcediona unei alte persoane, în tot sau în parte, obiectul concesiunii. Astfel, concesionarul nu va fi îndreptățit să încheie contracte de locațiune, să constituie un uzufruct (chiar cu privire la fondul de comerț), contracte de asociere în participațiune în care calitatea de asociat activ (gerant) să o aibă o terță persoană, sau să aducă ca aport la capitalul unei societăți comerciale drepturi sau bunuri dobândite în contractul de concesiune, și aceasta deoarece „serviciul public se desfășoară pe riscul concesionarului, acesta neputând transfera riscurile către terțe persoane”³⁶.

Concesionarul este obligat să plătească redevența la valoarea prevăzută în ofertă (în caietul de sarcini), în modalitatea și la termenele stabilite prin contractul de concesiune. De asemenea, este obligat ca în termen de 90 de zile de la data semnării contractului de concesiune, să depună garanția impusă de lege, în cuantumul și modalitatea impusă de concedent.

La încetarea contractului de concesiune, ca urmare a expirării termenului convenit, concesionarul este obligat să predea concedentului bunurile de retur, propriu-zise și de investiție, în mod gratuit și libere de orice sarcini.

La încetarea contractului de concesiune, concesionarul este obligat să încheie cu concedentul un contract de vânzare-cumpărare având ca obiect bunurile de preluare desemnate ca atare în caietul de sarcini și stabilite de părți prin contract, dacă concedentul își va manifesta intenția de a le cumpăra.

În situația în care contractul de concesiune va înceta din alte cauze decât scurgerea termenului convenit ori din intervenția unor cauze de forță majoră sau caz fortuit, concesionarul este dator să continue realizarea activității ori serviciului public, până la preluarea acestora de către concedent (această obligație specială este o consecință a obligației legale și contractuale a concesionarului de a îndeplini activitatea ori serviciul concesionat).

³⁶ A se vedea S. Gherghina și A. Sebeni, *op. cit.*, p. 13.

În eventualitatea în care concesionarul va lua cunoștință de existența unor situații, împrejurări, sau evenimente iminente de natură să afecteze posibilitatea realizării obiectului concesiunii, acesta este obligat să-i notifice concedentului de îndată acea informație, în vederea luării măsurilor ce se impun pentru asigurarea continuității activității sau serviciului public.

Drepturile concesionarului

Concesionarul are dreptul de a exploata în mod direct, pe riscul și pe răspunderea sa, bunurile, activitățile și serviciile publice care fac obiectul contractului, potrivit obiectivelor stabilite de concedent, prin caietul de sarcini.

Concesionarul are dreptul de a folosi și de a culege fructele bunurilor ce fac obiectul concesiunii, potrivit naturii bunului și scopului stabilit de părți prin contractul de concesiune.

Concesionarul are dreptul de a încheia contracte cu terții pentru asigurarea și valorificarea exploatării bunurilor, activităților și serviciilor publice care fac obiectul concesiunii, în condițiile legii, fără a putea transmite acestora drepturile dobândite prin contractul de concesiune (interdicția de subconcesionare).

Concesionarul are dreptul să-i ceară concedentului, atunci când acesta va modifica sau denunța unilateral contractul, în condițiile legii, să-i plătească cuvenita despăgubire (în cazul producerii unui prejudiciu), în mod prompt, efectiv și prealabil.

Concesionarul are dreptul, la expirarea duratei inițiale a contractului, să-i ceară concedentului prelungirea acestuia pentru o nouă perioadă, cu respectarea limitelor impuse de lege.

În strânsă legătură cu problematica drepturilor și a obligațiilor părților contractului de concesiune, se află și *chestiunea echilibrului financiar al concesiunii*. Această chestiune care, de altfel, este de esența concesiunii, este reglementată, la modul principial, de art. 32 din Legea nr. 219/1998. Astfel, așa după cum am mai arătat, potrivit articolului citat, „relațiile contractuale dintre concedent și concesionar se bazează pe principiul echilibrului financiar al concesiunii, respectiv pe realizarea unei posibile egalități între avantajele care îi sunt acordate concesionarului și sarcinile care-i sunt impuse. În consecință, concesionarul nu va fi obligat să suporte creșterea sarcinilor legate de execuția obligațiilor sale, în cazul în care această creștere rezultă în urma: a) unei acțiuni sau măsuri dispuse de o autoritate publică; b) unui caz de forță majoră sau unui caz fortuit”. Din examinarea acestui enunț rezultă, fără echivoc, că, în drept, legiuitorul român a înțeles să reglementeze problema impreviziunii în acest tip de contract. În acest moment se impune precizarea că, în concepția clasică despre impreviziune (despre cauzele acesteia), dezechilibrul patrimonial contractual nu este rezultatul unor cauze de forță majoră sau cazuri fortuite, ci al unor împrejurări imprevizibile la momentul încheierii contractului și exterioare voinței și acțiunii părților, împrejurări care nu împiedică executarea obligațiilor, ci doar le face mai împovărătoare (mai excesive).

Așa după cum a remarcat doctrina³⁷, pentru a putea invoca impreviziunea reglementată de art. 32, actele autorităților trebuie să fie *neprevăzute și suficient de importante pentru a afecta echilibrul patrimonial inițial*.

Pentru eventualitatea în care va interveni una în cauzele evocate de art. 32 și se va produce un prejudiciu important, care va avea ca efect un dezechilibru însemnat al contractului, „concesionarul are dreptul de a primi din partea concedentului o compensație a

³⁷ A se vedea S. Gherghina și A. Sebeni, *op.cit.*, p. 15.

sarcinilor suplimentare. Compensația va fi determinată de părți, în caz contrar va fi stabilită de instanță³⁸.

Încetarea contractului de concesiune

Prin articolul nr. 35 din *Legea nr. 219/1998*, au fost stabilite cauzele de încetare a contractului de concesiune. De asemenea, prin prevederile art. 68-72 în cadrul capitolului III al H.G. nr. 216/1999, au fost reglementate și detaliate cauzele de încetare a acestui tip de contract.

Astfel, potrivit art. 35 din *Legea nr. 219/1998*, pot constitui cauze de încetare a contractului de concesiune următoarele situații: expirarea duratei stabilite în contractul de concesiune; denunțarea unilaterală de către concedent a contractului, atunci când interesul național sau local o impune, cu plata unei despăgubiri juste și prealabile în sarcina concedentului (așa-numita răscumpărare a concesiunii); în cazul nerespectării obligațiilor contractuale de către concedent, prin rezilierea unilaterală de către concesionar, cu plata de despăgubiri în sarcina concedentului; în cazul nerespectării obligațiilor contractuale de către concedent, prin rezilierea unilaterală de către concesionar, cu plata unei despăgubiri în sarcina concedentului; dispariția dintr-o cauză de forță majoră, a bunului concesionat sau în cazul imposibilității obiective a concesionarului de a-l exploata, prin renunțare, fără plata unei despăgubiri.

În urma examinării cauzelor de încetare a contractului de concesiune enumerate mai sus, se poate desprinde concluzia că doar două dintre ele pot fi considerate, totuși, cauze specifice de încetare a acestui contract: *în cazul în care interesul național sau local o impune, prin denunțarea unilaterală de către concedent, cu plata unei despăgubiri în sarcina concesionarului și imposibilitatea obiectivă a concesionarului de a exploata bunul concesionat, prin renunțare fără plata unei despăgubiri*. Toate celelalte situații enumerate de art. 35, în drept, nu sunt cauze specifice de încetare a acestui tip de contract. Desigur, cazurile de reziliere unilaterală de către concedent ori de către concesionar a contractului de concesiune, se constituie în cauze autorizate de lege (în sensul art. 969 alin. 2 teza ultimă, din Codul civil) pentru revocarea unilaterală a acestui contract. Dar, așa cum rezultă și din prevederile art. 70 în H.G. nr. 216/1999 și aceste rezilieri unilaterale, în drept, vor trebui pronunțate de instanțele de judecată sau arbitrale, după caz. În opinia noastră, însă cazurile de denunțare unilaterală menționate vor putea funcționa și fără concursul instanței de judecată sau arbitrale, în cazul în care partea în culpă nu va contesta legitimitatea cauzei de reziliere invocate. În astfel de situații, suntem de părere că partea care nu este în culpă și care optează pentru rezilierea unilaterală, va trebui să-i notifice celeilalte părți decizia sa de a denunța contractul în condițiile legii.

Ținând seama de limitele principiului libertății contractuale, doctrina apreciază că enumerarea cauzelor de încetare a contractului de concesiune (realizată de art. 35 din *Legea nr. 219/1998*) este un exemplificativă și nu limitativă, părțile contractante având libertatea de a conveni și insera și alte categorii de situații în care contractul va înceta³⁹, inclusiv pacte comisorii de diferite grade.

În cele ce urmează vom efectua o scurtă analiză a fiecăruia din motivele de încetare prevăzute de art. 35 din *Legea nr. 219/1998*.

³⁸ *Idem*, p. 16.

³⁹ *Idem*, p. 18.

Contractul de concesiune fiind un contract încheiat pentru o durată determinată, este pe deplin firesc ca acest tip de contract cu executare succesivă să-și înceteze efectele la expirarea duratei convenite. Așa fiind, așa după cum am arătat deja, la expirarea termenului inițial convenit (durata acestui termen, potrivit art. 30 alin. 1, teza ultimă, din Legea nr. 219/1998, se convine de către părți, în funcție de perioada de amortizare a investițiilor ce urmează a fi realizate de către concesionar), concesionarul are dreptul să ceară prelungirea concesiunii cu încă cel mult jumătate din durata inițială (adică cu maximum 24, 5 ani). În acest context se pune întrebarea, întrucât Legea nr. 219/1998 (art. 30 alin. 3) nu distinge: dacă și concedentul are dreptul să-i ceară concesionarului să fie de acord cu prelungirea contractului pentru o nouă perioadă, în limitele legii? Răspunsul la această întrebare, în opinia noastră, nu poate fi decât afirmativ, întrucât, noi apreciem că termenul de concesiune este stabilit în favoarea ambelor părți, nu numai a concesionarului, așa cum ar părea la prima vedere. Desigur, concesionarul confruntat cu o astfel de situație va fi în drept să refuze prelungirea perioadei de concesiune dacă nu va dispune de resursele necesare executării corespunzătoare a contractului, ori dacă activitatea, serviciul sau bunul concesionat nu îi aduce profitul scontat, adică, în situația în care echilibrul financiar al contractului prelungit nu este asigurat.

Contrar a ceea ce s-a afirmat de către unii autori⁴⁰, noi considerăm ca fiind pe deplin admisibilă o clauză în contractul de concesiune (încheiat inițial) prin care părțile se obligă să prelungească contractul la expirarea duratei, însă, sub rezerva menținerii interesului public central sau local pentru existența și concesionarea, activității, bunului sau serviciului în cauză și a asigurării echilibrului financiar al contractului.

În principiu, în cazul în care s-a realizat acordul de voință pentru prelungirea contractului de concesiune, și dacă părțile nu au convenit altfel, potrivit art. 68 alin. 3 din H.G. nr. 216/1999, contractul de concesiune astfel prelungit se va derula în condițiile stabilite inițial. În opinia noastră, aceasta prevedere normativă se constituie într-un alt exemplu de adăugare la Legea nr. 219/1998, prin act administrativ. În adevăr, chiar dacă legea citată nu spune nimic în legătură cu situația evocată, această tăcere a legii nu poate avea semnificația juridică a aplicării clauzelor contractului inițial așa cum au fost convenite, cu atât mai mult cu cât, având în vedere întinderea (durata) deosebită a unui astfel de contract (până la 49 de ani) este foarte probabil ca la expirarea acestuia echilibrul financiar să se fi modificat substanțial, situație care impune renegocierea clauzelor contractuale, ținând seama de noile condiții economico-financiare⁴¹.

În ceea ce privește denunțarea unilaterală (răscumpărarea concesiunii) de către concedent, această modalitate de încetare a contractului de concesiune se decide de către autoritatea concedentă, prin act de autoritate (hotărâre a Guvernului și/sau, după caz, prin hotărâre a consiliului județean, ori local) ori de câte ori un interes public major impune această decizie⁴².

Răscumpărarea concesiunii se va putea realiza în situații de genul: când necesitatea realizării unui anumit serviciu public a dispărut (nu mai subzistă un interes public central sau local pentru o astfel de activitate); dacă se impune alegerea unei alte forme de realizare a unui anumit serviciu public; dacă unui bun concesionat i se va schimba afecțiunea avută în vedere la încheierea contractului de concesiune; în cazul unor neînțelegeri grave și repetate

⁴⁰ A se vedea S. Gherghina și A. Sebeni, *op.cit.*, p. 19.

⁴¹ *Idem.*

⁴² A se vedea, în acest sens, L. Pop, *op.cit.*, p. 83.

între concesionari (dacă sunt mai mulți cei care au primit în concesiune o activitate, un serviciu public ori un bun); în caz de neînțelegeri între concesionari și beneficiari; dacă un bun inițial concesionat pentru a fi exploatat conform destinației sale, prin decizia autorității concedente i se schimbă destinația, în sensul de a fi afectat unui serviciu public (deci se schimbă obiectul concesiunii)⁴³.

În condițiile art. 35 alin. b din Legea nr. 219/1998, răscumpărarea concesiunii se va putea realiza numai după plata unei juste și prealabile despăgubiri, care va trebui să acopere integral prejudiciul ce va fi suferit de către concesionar (paguba efectivă și beneficiul nerealizat). Despăgubirea va putea fi stabilită de părți, de comun acord sau, în caz de neînțelegere, de către instanța de judecată competentă. Până la plata efectivă a despăgubirii, denunțarea unilaterală nu își va produce efectele.

Trebuie reținut, în mod special, următorul aspect: denunțarea unilaterală (răscumpărarea concesiunii) se poate produce în afara oricărei culpe a concesionarului în executarea contractului și aceasta nu trebuie confundată cu denunțarea unilaterală de către concedent a contractului, în cazul în care concesionarul nu își va fi îndeplinit obligațiile ce-i reveneau, potrivit legii (art. 35 lit. c din Legea nr. 219/1998).

În ceea ce privește *cauzele de denunțare unilaterală a contractului de concesiune reglementate de prevederile art. 35 lit. b și c din Legea nr. 219/1998*, așa după cum am arătat deja, fiecare dintre ele constituie, în drept, cazuri autorizate de lege (în sensul art. 969 alin. 2 Cod civil) de revocare unilaterală a unor contracte sinalagmatice, ca și consecință a neexecutării culpabile a uneia sau a mai multor obligații esențiale de către cealaltă parte.

În cazul în care, ca efect al neîndeplinirii culpabile a unora din obligațiile ce-i revin uneia dintre părți, se va produce și un prejudiciu în patrimoniul părții care nu este în culpă, aceasta va avea și dreptul la despăgubiri. Despăgubirile vor putea fi evaluate anticipat printr-o clauză penală ce va putea fi inserată în contractul de concesiune, indiferent care ar fi obiectul acestuia.

Pentru eventualitatea în care denunțarea unilaterală a contractului de concesiune din culpa concesionarului va da naștere și la dreptul de despăgubire, fie în baza unei clauze penale, fie în baza unei hotărâri judecătorești, se pune întrebarea care va fi regimul juridic al executării silită a unor astfel de creanțe? Cel de drept comun, reglementat de codul de procedură civilă, sau cel de drept special, reglementat în prezent de O.U.G. nr. 61/2003 privind executarea creanțelor bugetare? În doctrină⁴⁴, s-a exprimat opinia că executarea silită a clauzei penale, în favoarea concedentului, se va face în regimul special a creanțelor bugetare, întrucât astfel de sume sunt considerate venituri publice, titlul de creanță fiind chiar contractul de concesiune. În ceea ce ne privește, ne exprimăm rezerva față de o astfel de interpretare extensivă, întrucât Legea nr. 219/1998, prin art. 4 alin. 1, consacră doar redevența ca un venit al bugetului de stat sau al celui local, nu și despăgubirile (indiferent dacă sunt stabilite printr-o clauză penală sau printr-o hotărâre judecătorească ori arbitrală). Așa fiind, suntem de părere că despăgubirile se cuvin autorității concedente și, ca atare, executarea lor silită va urma regimul de drept comun și nu cel al creanțelor bugetare.

În ceea ce privește ultimele cauze de încetare a contractului de concesiune, respectiv cele reglementate de art. 35 lit. e din Legea nr. 219/1998, sunt de făcut următoarele observații:

⁴³ A se vedea, pentru enumerarea acestor exemple, S. Gherghina și A. Sebeni, *op.cit.*, p. 20.

⁴⁴ A se vedea S. Gherghina și A. Sebeni, *op.cit.*, p. 21.

Dacă ne vom raporta *la concesiunea de bunuri aparținând domeniului public sau privat al statului și/sau unităților administrativ-teritoriale*, în cazul în care bunul sau bunurile date în concesiune vor pieri din cauză de forță majoră contractul respectiv va înceta, sub motivul imposibilității realizării obiectului concesiunii, datorită efectului forței majore. Într-o astfel de situație, riscul contractului de concesiune îl va suporta debitorul obligației imposibil de executat (persoana care coincide cu proprietarul bunului). Chiar dacă bunul nu va fi pierit din cauză de forță majoră, concesionarul va putea cere să se constate încetarea contractului de concesiune și atunci când se va afla în imposibilitate obiectivă de a-l mai exploata. O astfel de imposibilitate obiectivă de exploatare, deși nu este definită de lege sau de Normele metodologice emise în aplicarea acesteia, poate sta și la baza încetării *contractului de concesiune a unei anumite activități ori a unui serviciu public*.

Din punct de vedere practic, având în vedere că în dreptul românesc (civil) forța majoră nu este definită și nici imposibilitatea obiectivă de exploatare a unui bun, activități sau serviciu public, este util ca părțile prin contractul de concesiune să definească aceste noțiuni pentru a evita orice neînțelegeri ulterioare.

De altfel, în astfel de situații ca a celea mai sus descrise, concesionarul este obligat să-i notifice concedentului împrejurarea că bunul a pierit din cauză de forță majoră, sau că se află în imposibilitate obiectivă de a-l mai exploata, ori că se află în aceeași imposibilitate de a mai realiza exploatarea activității ori a serviciului public primit în concesiune (a se vedea prevederile art. 71 alin. 2 din H.G. nr. 216/1999).

Atât în situația pieririi fortuite a bunului, imposibilității obiective de a-l exploata ori a imposibilității obiective a concesionarului de a mai exploata activitatea ori serviciul public, are loc, în drept, o renunțare a concesionarului la concesiune. Această modalitate de încetare a contractului de concesiune având o determinare obiectivă. Așa cum a apreciat doctrina⁴⁵, „imposibilitatea obiectivă are în vedere imposibilitatea executării obligațiilor determinată de o cauză exterioară, care nu este imputabilă părții respective, înglobând atât forța majoră cât și cazul fortuit”.

Deși nu mai era necesar, prin prisma regulilor privind răspunderea contractuală, aliniatul 2 al art. 71 din H.G. nr. 216/1999, statuează că în oricare din situațiile în care concesionarul este îndreptățit să renunțe la concesiune, concedentul nu va putea fi obligat la plata vreunei despăgubiri pentru prejudiciile suferite de concesionar ca urmare a intervenției respectivelor situații.

⁴⁵ A se vedea S. Gherghina și A. Sebeni; *op.cit.*, p. 22.