

**RELAȚIA DINTRE RISCUL DE OPERARE DIN MATERIA CONCESIUNII ȘI RISCUL  
DIN DREPTUL PRIVAT**

---

**DOI:10.24193/SUBBiur.62(2017).4.6**

**Published Online: 2017-12-20**

**Published Print: 2017-12-30**

---

**Ana-Maria COLDEA (TOADER)\***

**Summary:** *The Relationship between the Operating Risk from the Contract of Concession and the Private-law Risk.* In the present study, we analyse a new concept introduced in the Romanian legislation by Law no. 100/2016, named the operating risk, in the light of its relationship with the contract of concession and the private-law risk. The need for such an approach is given by the fact that the operating risk has been integrated into the definition of the concession contract, an essential contract for the development of local communities and the state in general. Thus, the new risk is no longer a marginal figure, but a defining one, which underlies the notion of the concession contract. Taking into account the role played by this notion, we believe that it is currently a topical theme. First, we considered it appropriate to analyse the concession contract in terms of the operating risk by examining the legal definitions of both the concession contract and the operating risk. Later, we tried to list the characters and types of risk integrated into the concession contract. In order to establish a more revealing framework for this notion, we also studied its effects on the classification of public law contracts. The heart of our study is the analysis relating to the relationship of operating risk with the private-law risk. Our conclusion is that operating risk has the same significance as the risk of private law, that is, a random event, outside the contract, which causes economic damages to the concessionaire. However, the scope of the operating risk is completely different from that of private-law risk, with different effects on the contract and involving different events. They can coexist within a concession contract, but most often, private-law risk has a detrimental effect on operating risk. The goal of our work is to outline the notion of operating risk by reference to the concession contract and the private law risk.

**Keywords:** risk, operating risk, concession contract.

**Rezumat:** În prezentul studiu vom analiza un nou concept introdus în legislația română prin Legea nr. 100/2016, și anume riscul de operare, din perspectiva raportului acestuia cu contractul de concesiune și a relației cu riscul din dreptul privat. Necesitatea unui astfel de demers este dată de faptul că riscul de operare a fost integrat în definiția contractului de concesiune, un contract esențial pentru dezvoltarea comunităților locale și a statului, în general. Astfel, noul risc nu mai e o figură marginală, ci una definitorie, care stă la baza noțiunii contractului de concesiune. Ținând cont de rolul jucat de această noțiune a riscului de operare, considerăm că, în prezent, reprezintă o temă de actualitate. Într-o primă instanță, am considerat oportună analiza contractului de concesiune din perspectiva riscului de

operare, examinând definițiile legale atât ale contractului de concesiune, cât și ale riscului de operare. Ulterior, am încercat să inventariem caracterele și tipurile de risc integrate în contractul de concesiune. Pentru a stabili un cadru cât mai revelator asupra acestei noțiuni, am studiat și efectele sale asupra calificării contractelor din dreptul public. Inima studiului nostru o reprezintă partea referitoare la raportul dintre riscul de operare și riscul din dreptul privat. Concluzia noastră este aceea că riscul de operare are aceeași semnificație ca riscul din dreptul privat, respectiv de eveniment aleatoriu, exterior contractului, care produce prejudicii de natură economică concesionarului. Cu toate acestea, sfera de aplicare a riscului de operare este complet diferită de cea a riscului din dreptul privat, având efecte diferite asupra contractului și cuprinzând evenimente diferite. Ele pot coexista în interiorul unui contract de concesiune, dar de cele mai multe ori, riscul din dreptul privat are un efect nimicitor asupra riscului de operare. Scopul final al lucrării noastre îl reprezintă conturarea noțiunii riscului de operare prin raportare la contractul de concesiune și riscul din dreptul privat.

**Cuvinte-cheie:** risc, risc de operare, contract de concesiune.

### **1. Contractul de concesiune de servicii și contractul de concesiune de lucrări – perspectivă legală, doctrinară și jurisprudențială**

Contractul de concesiune, în diversele sale forme, reprezintă actul juridic prin care administrația publică modernizează infrastructurile economice necesare dezvoltării armonioase și durabile a societății, contractând cu alte persoane, cu expertiză de specialitate și experiență în domeniile respective. De-a lungul timpului, au apărut diverse tipuri ale contractului de concesiune, acesta diversificându-se în mod constant în funcție de nevoile societății în dezvoltare.

În prezent, în dreptul român sunt reglementate mai multe tipuri de contracte de concesiune, neexistând un cadru legal general care să reglementeze regimul juridic al contractului de concesiune. Principalele reglementări în vigoare sunt O.U.G. nr. 54/2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică și Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, denumită în continuare *Legea*. Prima reglementare se referă la o *concesiune domeniială*, prin care se valorifică bunurile aparținând domeniului public, reprezentând un contract oneros, de exploatare a unor bunuri, în principal bogății ale solului și subsolului. Acest tip de contract de concesiune are la bază ideea de redevență, element definitoriu pentru contract. A doua reglementare reprezintă transpunerea Directivei 2014/23/UE din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune în dreptul intern, menționată în prezentul studiu ca *Directiva*. Transpunerea *Directivei* nu s-a efectuat în mod perfect identic, încă de la titlul celor două acte normative existând diferențe. *Legea* se dorește a fi o reglementare completă a contractelor de concesiune de lucrări și concesiunea de servicii, pe când *Directiva* are ca scop stabilirea normelor aplicabile doar cu privire la procedura de atribuire a acestor contracte. Cu toate că doar aceste acte normative reglementează domeniul contractelor de concesiune, nu excludem ideea conform căreia se pot încheia alte tipuri de contracte de concesiune, cu respectarea principiilor generale ale contractului de concesiune.

În lucrarea de față, ne vom limita la analiza contractului de concesiune de lucrări și concesiunea de servicii, contracte pentru care vom folosi generic noțiunea de *concesiune* sau de *contract de concesiune*, astfel cum sunt ele reglementate de *Lege*. Restrângerea are ca motiv principal definirea acestora prin raportare la riscul de operare, element care face parte din familia mai mare a riscului din dreptul privat, tema principală a acestui studiu. Concesiunea de bunuri proprietate publică este, conform legii, caracterizată în principal prin *redevență*, iar concesiunea de lucrări și concesiunea de servicii prin noțiunea de *risc de operare*. Redevența reprezintă un element constitutiv al contractului, esențial pentru încheierea contractului, lipsa sa ducând la nulitatea contractului, pe când riscul de operare este un criteriu de definire și calificare care poate cel mult determina o recalificare a actului juridic. În cazul contractului de concesiune, conceptul de redevență este doar unul accidental, poate chiar eronat integrat în art. 89 alin. 2 lit. g) al *Legii*<sup>1</sup>. Astfel că, dubla restrângere – contractul de concesiune definit de *Lege* și riscul de operare – din prezentul studiu este una justificată.

Doctrina a analizat pe larg concesiunea domeniială. Acesta este văzut<sup>2</sup> ca un contract în care elementul „contractual” și cel de „putere” se împletesc atât de strâns încât nu pot fi separate, ci dau naștere unei noi entități. În opinia altor autori<sup>3</sup>, contractul de concesiune este „un contract civil sau comercial, în raport cu natura activității ori a serviciului care face obiectul concesiunii, precum și de calitatea concesionarilor”. În continuare, autorul conchide că „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 azeziune.

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”. În doctrină<sup>4</sup>, s-a avansat ideea conform căreia concesiunea ar fi „un act juridic complex, care se alcătuieste dintr-o parte reglementară și o parte contractuală”. Motivul unei astfel de catalogări este considerat a fi „lipsa de egalitate juridică dintre concedent și concesionar”. Potrivit doctrinei mai vechi<sup>5</sup>, prin noțiunea de concesiune de servicii publice se înțelegea 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”. În această cercetare, ne vom detașa complet de toate aceste opinii doctrinare întrucât nu au nici un punct de legătură cu concesiunea definită prin riscul de operare.

Un alt aspect demn de menționat la începutul prezentei lucrări este următorul: întrucât nu mai există un cadru legal general care să reglementeze regimul juridic al contractului de concesiune, indiferent de obiectul său, considerăm că, în situația în care nu există prevederi care să trateze anumite situații juridice, se va aplica dreptul comun. Considerăm că, în atare

circumstanțe, dreptul comun rămâne dreptul civil<sup>6</sup>. Regimul juridic al unui contract de importanța celui de concesiune trebuie să fie unul clar legiferat, fără sincope sau viduri legislative, susceptibil de interpretări arbitrare sau abuzive, astfel că în situația în care nu există reglementări specifice în legile speciale sau în *Directivă*, dreptul civil trebuie să se aplice. În plus, Constituția obligă Statul român să asigure anumite servicii și lucrări pentru cetățenii săi, situație care nu poate rămâne nereglementată. Așadar, în prezentul studiu, vom apela, acolo unde există situații nereglementate de *Lege* și unde nu există incompatibilități notabile cu dreptul civil, la normele din Codul civil care reglementează teoria generală a obligației și a contractului civil.

Contractele de concesiune definite prin riscul operațional au delăsat, în principiu, orice fel de legătură cu dreptul privat. În *Lege* există pur și simplu formal câteva articole<sup>7</sup> care trimit la dreptul comun, presupunând că ar fi vorba de dreptul civil. Practic, va fi dificilă aplicarea acestor texte de lege, în condițiile în care multe dintre normele speciale conținute în *Lege* sunt contrare dreptului comun. Aceste trimiteri au ca unic scop transformarea reglementării concesiunii într-o frumoasă poveste, în care dreptul public se împletește cu dreptul privat, normele speciale fiind completate de normele generale, totul spre o cât mai complexă legiferare a contractului de concesiune.

Acest cadru legislativ relativ nou referitor la concesiune se datorează jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene în materie, și în principal hotărârilor pronunțate în cauza C-274/09 - Privater Rettungsdienst und Kranken-transport Stadler c. Zweckerband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau (Hotărârea Curții din 10 martie 2011) și în cauza C-206/08 – Eurawasser, Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) împotriva Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (Hotărârea Curții din data de 10 septembrie 2009), hotărâri care au statuat că riscul de operare este element definitoriu pentru acest tip de contracte de concesiune.

*Contractele de concesiune* sunt catalogate atât de lege, cât și de doctrină, ca făcând parte din „categoria” contractelor administrative sau a contractelor de drept public. O astfel de catalogare ar trebui să conteze din perspectiva normelor juridice aplicabile și pentru stabilirea unui regim juridic adecvat. În realitate însă, catalogarea acestor contracte ca fiind contracte administrative este un demers strict didactic, fără implicații juridice. Astfel, *contractele administrative* reprezintă o denumire strict didactică, pentru ușurarea înțelegerii comune, categoria juridică fiind contractul de concesiune. În ceea ce privește denumirea de *contracte de drept public*, aceasta este sinonimă celei de *contracte administrative*, care a luat ființă tocmai pentru a evita denumirea de *contracte administrative*. Toate aceste tipuri de acte juridice, adică și contractele administrative și contractele de drept public, sunt de fapt acte administrative, acte care includ și operațiuni juridice<sup>8</sup>.

Păreră noastră este că orice contract de drept public sau administrativ este un contract civil căruia i s-a atașat o procedură administrativă, având astfel o natură mixtă, în funcție de tipul de contract încheiat. Riscul de operare este conectat doar cu partea contractuală a concesiunii, neavând nici o influență asupra procedurii administrative de atribuire a contractului. Cu toate acestea, riscul de operare este diferit de noțiunea de risc din dreptul privat care afectează contractele civile. Pe larg, vom analiza raportul dintre riscul de operare și cel din dreptul privat în partea 4.

### 1.1. Reglementări europene

La nivel european, prin *Directivă*, s-a încercat crearea unui cadru legal adecvat, care să înlăture obstacolele în calea liberei circulații a serviciilor și incertitudinea juridică existentă în jurul contractelor de concesiune. Scopul final al acestui act normativ este acela ca cetățenii Uniunii să beneficieze de servicii de calitate la cele mai bune prețuri, prin utilizarea optimă a banilor publici și contractarea unor servicii de la toți operatorii economici din Uniune. Conform alineatului 1 din preambulul *Directivei*, se dorește crearea unui „cadru juridic adecvat, echilibrat și flexibil de reglementare a atribuirii concesiunilor”, care să garanteze operatorilor economici accesul efectiv și nediscriminatoriu pe piață, „favorizând investițiile publice în infrastructuri și servicii strategice pentru cetățeni”.

Importanța unei astfel de reglementări este dată și de faptul că în orice stat european, „contractele de concesiune reprezintă instrumente importante pentru dezvoltarea structurală pe termen lung a infrastructurii și a serviciilor strategice, contribuind la progresul concurenței de pe piața internă, făcând posibilă valorificarea cunoștințelor de ordin tehnic ale sectorului privat și facilitând procesul de eficientizare și de inovare” (alineatul 3 din preambulul *Directivei*). Dintr-o atare perspectivă, acest tip de contract reprezintă un instrument important pentru bunăstarea cetățenilor, a societății și a Statului, în general. Astfel, însemnătatea riscului crește într-un mod vertiginos, astfel că analiza noastră este una justificată și necesară. Având în vedere însemnătatea contractelor de concesiune, cadrul legislativ aplicabil acestora ar trebui să fie simplu și clar, fără a crea o sarcină birocratică excesivă.

*Directiva* încearcă să stabilească limite clare între contractele de concesiune și alte domenii/contracte/instituții juridice în care sunt implicate organe ale statului, servicii publice sau operatori economici. De aceea chiar și în preambul regăsim definiții ale contractelor de concesiune și a unor concepte precum *riscul de operare*.

De asemenea, se încearcă trasarea unor linii de demarcație față de alte reglementări. *Directiva* menționează o parte dintre ele, dintre care amintim și noi pe cele privind (1) finanțarea unei activități, în special prin intermediul granturilor, (2) sistemele de servicii pe bază de bonuri, (3) autorizațiile sau licențele pentru exercitarea unei activități economice, (4) dreptul unui operator economic de a exploata anumite domenii sau resurse publice în temeiul dreptului public sau privat, (5) drepturile de trecere care vizează utilizarea bunurilor imobile publice pentru punerea la dispoziție sau funcționarea liniilor sau rețelelor fixe destinate furnizării de servicii către public, (6) contractele care nu presupun plăți către contractant și în cadrul cărora contractantul este remunerat pe baza tarifelor reglementate, calculate astfel încât să acopere toate costurile și investițiile suportate de contractant pentru furnizarea serviciului, (7) domeniul apei, (8) serviciile media.

Toate aceste comparații, clasificări și definiții sunt necesare pentru crearea unui cadru legal al contractului de concesiune coerent din punct de vedere juridic. Nevoia unor astfel de demersuri are ca punct de plecare hotărârile pronunțate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cauze privind contractele de concesiune sau achiziție publică, o parte dintre acestea fiind menționate mai sus.

Ca urmare a acestor mișcări legislative la nivel european, în dreptul intern s-a transpus *Directiva* prin *Lege*. Această lege beneficiază și de Norme de punere în aplicare, aprobate prin Hotărârea nr. 867/2016, norme care conțin unele reglementări relevante pentru studiul riscului de operare, pe care le vom denumi în cele urmează *Normele*. În aceste reglementări nu s-au reținut toate nuanțele sesizate în *Directivă*, existând anumite lipsuri și discrepanțe. Le vom analiza în cele ce urmează doar din perspectiva riscului de operare și a efectelor sale.

O primă definiție a acestui contract se regăsește în preambulul *Directivei*, la punctul 11, care prevede următoarele: „Concesiunile sunt contracte cu titlu oneros încheiate în scris prin intermediul cărora una sau mai multe autorități contractante sau entități contractante încredințează executarea de lucrări sau prestarea și gestionarea de servicii unuia sau mai multor operatori economici. Obiectul unor astfel de contracte îl constituie achiziția de lucrări sau servicii prin intermediul unei concesiuni a cărei compensație constă în dreptul de exploatare a lucrărilor sau a serviciilor sau în dreptul de exploatare și o plată. Este posibil, dar nu obligatoriu, ca astfel de contracte să presupună transferul de proprietate către autoritățile contractante sau entitățile contractante, dar autoritățile sau entitățile contractante obțin întotdeauna beneficiile lucrărilor sau serviciilor în cauză”.

Tot în preambulul *Directivei* mai sus amintite se încearcă clarificarea definiției concesiunii, în principal în ceea ce privește conceptul de risc de operare. Se afirmă că „principala caracteristică a unei concesiuni, și anume dreptul de a exploata lucrări sau servicii, implică întotdeauna transferul către concesionar a unui risc de operare de natură economică care presupune posibilitatea că acesta nu își va recupera investițiile efectuate și costurile suportate pentru exploatarea lucrărilor sau a serviciilor atribuite în condiții normale de funcționare, chiar dacă riscul îi revine în continuare, parțial, autorității contractante sau entității contractante. Aplicarea de norme specifice care să reglementeze atribuirea concesiunilor nu s-ar justifica dacă autoritatea contractantă sau entitatea contractantă ar prelua riscul eventualelor pierderi suportate de operatorul economic, garantându-i un venit minim cel puțin egal cu investițiile efectuate și cu costurile pe care trebuie să le acopere operatorul economic în legătură cu executarea contractului.

În același timp, ar trebui precizat că anumite aranjamente remunerate exclusiv de o autoritate contractantă sau de o entitate contractantă ar trebui să fie considerate concesiuni dacă recuperarea investițiilor și a costurilor suportate de operator pentru executarea lucrării sau prestarea serviciului depinde de cererea efectivă sau de disponibilitatea serviciului sau a activului”. În aceste texte legale regăsim o definiție a riscului de operare, fiind evidențiat caracterul său economic. Riscul de operare e văzut ca fiind posibilitatea concesionarului de a nu-și recupera costurile și investițiile efectuate pentru exploatarea lucrărilor sau a serviciilor atribuite în condiții normale de funcționare, altfel spus un eveniment aleatoriu care poate produce prejudicii concesionarului. De asemenea se definește riscul de ofertă și riscul de cerere.

## **1.2. Reglementări naționale**

*Contractul de concesiune* este reglementat prin *Lege*<sup>9</sup>, precum și prin normele de punere în aplicare a acestei legi. *Legea* definește *contractul de concesiune* în două moduri.

Primul îl regăsim printre definițiile enumerate la art. 5, și anume acela de „contract cu titlu oneros, asimilat potrivit legii actului administrativ, încheiat în scris, prin care una sau mai multe entități contractante încredințează executarea/prestarea și gestionarea de lucrări/servicii unuia sau mai multor operatori economici, în care contraprestația pentru lucrări este reprezentată fie exclusiv de dreptul de a exploata rezultatul lucrărilor/serviciile care fac obiectul contractului, fie de acest drept însoțit de o plată”.

Această definiție nu este încărcată cu valoare juridică, ci pare mai degrabă o enumerare de caractere ale contractului de concesiune, narativă, semănând foarte mult cu definițiile contractului de achiziție publică și de achiziții sectoriale. Singurul aspect relevant din punct de vedere juridic este acela că, *contractul de concesiune* este asimilat actului administrativ, cu unicul scop de a atrage competența instanțelor de judecată administrative. Din punct de vedere al dreptului material, *contractul de concesiune* nu este un real act administrativ, ci doar din punctul de vedere al procedurii este asimilat actului administrativ, pentru a atrage competența instanțelor de contencios administrativ. *Contractul de concesiune* pare a fi un contract de drept privat îmbrăcat cu o procedură de atribuire aparținând dreptului public, creându-se astfel o operațiune mixtă, o structură normativă, reglementată doar de norme speciale, fără a avea o natură juridică proprie și fără a fi guvernată de norme generale sau principii de drept recunoscute fie în dreptul privat, fie în cel public.

O a doua definiție o putem extrage din art. 6 al *Legii*, articol care prevede că „(1) Atribuirea unei concesiuni de lucrări sau de servicii implică întotdeauna transferul către concesionar a unei părți semnificative a riscului de operare de natură economică, în legătură cu exploatarea lucrărilor și/sau a serviciilor respective. (2) Se consideră că o parte semnificativă a riscului de operare a fost transferată atunci când pierderea potențială estimată suportată de concesionar nu este una neglijabilă”. Din aceste texte legale reiese intenția legiuitorului de a introduce în definiția contractului de concesiune noțiunea de risc de operare. *Contractul de concesiune* se definește în funcție de riscul de operare, prin atribuirea acestuia concesionarului, împrumutând astfel din caracterele generale ale riscului din dreptul privat, respectiv patrimonialitatea prin prejudiciul provocat și eventualitatea prin evenimentul aleatoriu pe care îl cuprinde.

Cu toate că noțiunea de *risc de operare* nu este introdusă în definiția legală de la art. 5 din *Lege*, coroborând art. 6 din *Lege* cu prevederile art. 5 din *Directiva*, concluzia noastră este că riscul de operare este element definitoriu pentru *contractul de concesiune*, fiind doar o alegere neinspirată a legiuitorului român de a le reglementa în articole distincte, fără a exista o rațiune juridică în spatele acestui demers de tehnică legislativă. În concluzie, riscul de operare face parte din *contractul de concesiune*, fiind în același timp un criteriu de definire și unul de calificare a contractelor de concesiune.

### 1.3. Doctrina română și străină

*Contractul de concesiune* nu reprezintă un domeniu des studiat și analizat în doctrina română. În lucrările de referință privind dreptul administrativ regăsim câteva analize cu privire în special la concesiunea domenală și mult mai puțin cu privire la *contractele de concesiune*. În cea mai relevantă și complexă analiză a dreptului administrativ<sup>10</sup>, se susțin următoarele: „Concesiunea nu este un scop în sine, ea este o modalitate juridică creată de civilizația secolului XIX, dar, mai ales, a secolului XX, pentru a face să fie puse mai bine în valoare lucrurile publice ce urmează să fie transmise generațiilor viitoare”. În Franța, contractul de concesiune și-a câștigat renumele de „cea mai utilizată metodă de exploatare a domeniului public de către Administrație, prin transmiterea către particulari a unor drepturi exclusive în acest sens”<sup>11</sup>, deși natura sa juridică rămâne una controversată.

În doctrina franceză mai recentă<sup>12</sup>, se susține că *Directiva* consideră transferul riscului de operare criteriul prim al concesiunii, cu toate că noile texte legale nu sunt scutite de contradicții și incertitudini. Noțiunea de risc de operare este considerată a fi una neclară. Aceeași autori susțin că „dreptul de exploatare și prețul sunt contrapartida nu a activității, ci a riscului asumat de exploatare”.

În doctrina română mai recentă, se statuează după cum urmează: „Contractul de concesiune a depășit barierele spațiului și timpului, el nu aparține unei anumite epoci sau unor anumite conjuncturi economico-sociale, nu și-a încetat existența și nu a devenit anacronic. Contractul de concesiune s-a transformat continuu, adaptându-se necesităților societății, dar păstrând o indisolubilă corelație cu noțiunile care i-au trasat întotdeauna identitatea, cum ar fi: domeniul public, interesul public sau serviciul public”<sup>13</sup>. Mai nou, și riscul apare ca noțiune care îi trasează identitatea, deși nu este identificat în doctrină ca atare.

Ținând cont de toate cele menționate mai sus în doctrina recentă, în mod evident, riscul de operare nu a fost încorporat în ființa contractului de concesiune. Sperăm însă că în studiile ce vor urma va fi mai clar conturată această noțiune și relația sa cu contractul de concesiune, dar și cu elemente din dreptul privat care țin de problematica riscului, imposibilității fortuite de executare, aleatorului.

### 1.4. Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene

Înainte de *Directivă*, în hotărârile<sup>14</sup> pronunțate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Curtea a analizat în ce măsură contractele încheiate de autorități sau entități publice sunt contracte de concesiune sau contracte de achiziții publice, pornind de la riscul transferat concesionarului. În aceste hotărâri apar sintagme precum „risc semnificativ”, „risc de exploatare important”, „risc economic”, „risc inerent exploatării economice a serviciului”.

Concluzia Curții a fost în sensul următor: „faptul că, în cadrul unui contract cu privire la servicii, autoritatea contractantă nu plătește direct o remunerație cocontractantului, ci acesta din urmă are dreptul să perceapă o remunerație de drept privat de la terți, este suficient, în



sine, pentru ca respectivul contract să fie calificat drept concesiune de servicii, în măsura în care cocontractantul preia în totalitate sau o parte însemnată din riscul de exploatare, chiar dacă acest risc este de la început foarte limitat datorită modalității de drept public de organizare a serviciului”. Putem deci observa că baza noilor reglementări în domeniul concesiunilor este reprezentată de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, care a statuat în mod constant faptul că „În lipsa completă de transfer către prestator al riscului legat de prestarea de servicii, operațiunea respectivă constituie un contract de servicii”.

Aceste concluzii s-au păstrat, în mod constant, în majoritatea hotărârilor privitoare la contractele de concesiune. Ba mai mult, prevederile din *Directivă* sunt constant interpretate de ultimele decizii ale Curții în acest domeniu. Riscul de operare este privit în jurisprudența Curții ca fiind un element definitoriu pentru *contractul de concesiune*, care cade, în principal, în totalitate în sarcina concesionarului.

### 1.5. Concluzii

Din cele de mai sus, rezultă că, în momentul actual, *contractul de concesiune* este reglementat în principal de norme speciale cuprinse în *Lege*, lipsind normele generale. Deși există o tendință în ființa fiecărui doctrinar de a analiza orice contract pornind de la natura sa juridică, fapt care permite stabilirea normelor juridice și a regimului juridic aplicabile, în cazul contractului de concesiune, nu suntem în prezența unui arhetip juridic, fiind dificil, dacă nu chiar imposibil, de stabilit natura juridică a acestuia. *Contractul de concesiune* pare a fi o figură juridică elaborată după exigențe politice, economice, jurisprudențiale, fără a exista o viziune juridică unitară și clară asupra acestuia. Logica care îl guvernează este una extra-juridică, fiind mai degrabă o categorie distinctă și autonomă de act. Ceea ce contează sunt scopurile și efectele contractului, mai puțin importante fiind categoriile, clasificările și natura juridică a actului. Înclinăm să credem că este dificil de stabilit natura juridică a contractului de concesiune pentru că nu există o natură juridică clară a acestuia.

*Legea* folosește instrumente postmoderne de reglementare, în urma analizei de ansamblu a acesteia putându-se lesne concluziona că legiferează doar cadrul și principiile generale privind procedura de atribuire a *contractului de concesiune*, fără a conține prea multe norme privind dreptul material cu privire la *contractul de concesiune*. *Legea* încearcă o reglementare specială, detaliată a contractului, acolo unde este cazul făcând trimitere la dreptul comun. În cazul de față, dreptul comun este reprezentat de dreptul civil, dar și de alte reglementări privitoare la concesiune. Ori de câte ori va apărea o problemă juridică sau un vid legislativ, legiuitorul va acționa prompt în sensul reglementării situației respective, pentru o facilă utilizare a acestui contract. Miza stabilirii naturii juridice a unui contract este stabilirea regulilor juridice aplicabile. În materie de concesiune, nu există această miză, pentru că în momentul în care nu există o regulă, legiuitorul va acționa imediat pentru stabilirea ei.

În atare circumstanțe, *contractul de concesiune* apare ca fiind un contract de drept strict, reglementat de norme speciale, concretizându-se într-o categorie juridică distinctă. Din această postură de categorie autonomă, natura *contractului de concesiune* se identifică

cu regimul său normativ propriu, neavând nevoie de o explicitare prin raportare la o altă categorie juridică. Așadar, *contractul de concesiune* nu mai este o specie de act juridic prin raportare la alte acte juridice civile, ci are un regim juridic propriu, stabilit de norme speciale. Aceste aspecte nu influențează prea mult studiul de față, întrucât riscul de operare nu este legat de aceste norme sau de natura juridică a contractului de concesiune. Riscul este atât integrat în corpul contractului, dar are și o mișcare separată de acesta, fiind extern, imprevizibil și prejudiciabil.

## **2. Riscul de operare în contractul de concesiune de lucrări sau servicii – noțiune și semnificații**

În prezent, atât în *Lege*, cât și în *Directivă* se găsesc referiri la noțiunea de *risc de operare*, fără a exista conturată o definiție legală a acestui concept. Cu toate acestea, în cuprinsul actelor normative mai sus enunțate, se abordează relația dintre riscul de operare, *contractul de concesiune* și contractul de achiziții publice.

*Directiva* tratează subiectul franc și fără ocolișuri, existând câteva precizări importante chiar în preambulul acesteia, prevederi pe care considerăm oportun să le redăm în integralitate în cele ce urmează:

„(18) Dificultățile legate de interpretarea conceptelor de concesiune și de contract de achiziții publice au generat o constantă incertitudine juridică printre părțile interesate și au condus la numeroase hotărâri ale Curții de Justiție a Uniunii Europene. Așadar, definiția concesiunii ar trebui clarificată, în special în ceea ce privește conceptul de risc de operare. Principala caracteristică a unei concesiuni, și anume dreptul de a exploata lucrări sau servicii, implică întotdeauna transferul către concesionar a unui risc de operare de natură economică care presupune posibilitatea că acesta nu își va recupera investițiile efectuate și costurile suportate pentru exploatarea lucrărilor sau a serviciilor atribuite în condiții normale de funcționare, chiar dacă riscul îi revine în continuare, parțial, autorității contractante sau entității contractante.

Aplicarea de norme specifice care să reglementeze atribuirea concesiunilor nu s-ar justifica dacă autoritatea contractantă sau entitatea contractantă ar prelua riscul eventualelor pierderi suportate de operatorul economic, garantându-i un venit minim cel puțin egal cu investițiile efectuate și cu costurile pe care trebuie să le acopere operatorul economic în legătură cu executarea contractului. În același timp, ar trebui precizat că anumite aranjamente remunerate exclusiv de o autoritate contractantă sau de o entitate contractantă ar trebui să fie considerate concesiuni dacă recuperarea investițiilor și a costurilor suportate de operator pentru executarea lucrării sau prestarea serviciului depinde de cererea efectivă sau de disponibilitatea serviciului sau a activului.

(19) Dacă o reglementare sectorială elimină riscul, prevăzând să i se acorde concesionarului o garanție privind atingerea pragului de rentabilitate referitor la investițiile și costurile suportate pentru exploatarea contractului, un astfel de contract nu ar trebui să fie considerat o concesiune în sensul prezentei directive. Faptul că riscul este limitat de la bun început nu ar trebui să excludă posibilitatea considerării contractului drept concesiune. Acesta poate fi cazul,

de exemplu, în sectoarele cu tarife reglementate sau atunci când riscul de operare este limitat prin intermediul contractelor care prevăd compensări parțiale, inclusiv compensări în cazul încetării anticipate a concesiunii, din motive imputabile autorității contractante sau entității contractante sau din motive de forță majoră.

(20) Riscul de operare ar trebui să reiasă din factori care nu depind de părți. Riscurile de tipul celor legate de gestionarea inadecvată, de nerespectarea contractelor de către operatorul economic sau de o situație de forță majoră nu sunt hotărâtoare în vederea clasificării drept concesiune, întrucât riscurile respective sunt inerente fiecărui contract, fie că este vorba de un contract de achiziții publice sau de o concesiune. Un risc de operare ar trebui înțeles drept riscul de expunere la situațiile neprevăzute ale pieței, putând consta fie în riscul de cerere, fie în riscul de disponibilitate sau în ambele riscuri, de disponibilitate și de cerere. Riscul de cerere trebuie înțeles ca riscul privind cererea reală pentru lucrările sau serviciile care fac obiectul contractului. Riscul de ofertă trebuie înțeles ca fiind riscul legat de furnizarea lucrărilor sau a serviciilor care fac obiectul contractului, în special riscul că furnizarea serviciilor nu va corespunde cererii. În scopul evaluării riscului de operare, valoarea actualizată netă a tuturor investițiilor, costurilor și veniturilor concesionarului ar trebui avută în vedere în mod consecvent și uniform”.

Extragem aspectele importante sesizate în *Directivă*, aspecte pe care le vom analiza pe larg în capitolele ce urmează:

- Legătura directă, clară și indisolubilă între *contractul de concesiune* și riscul de operare, prin integrarea noțiunii de *risc de operare* în definiția contractului, riscul devenind astfel element definitoriu al contractului de concesiune.
- Calificarea juridică a contractului ca fiind de concesiune sau de achiziție, în funcție de transferul riscului de operare.
- Caracterele riscului de operare de eveniment exterior, diferit de o situație de forță majoră sau de alte riscuri inerente oricărui contract.
- O specie a riscului de operare o reprezintă riscul de expunere la situațiile neprevăzute ale pieței, putând consta fie în riscul de cerere, fie în riscul de disponibilitate sau în ambele riscuri, de disponibilitate și de cerere.

Mai departe, în art. 5 din *Directivă*, în cadrul definiției contractului de concesiune, se menționează că „Atribuirea unei concesiuni de lucrări sau de servicii implică transferul către concesionar a unui risc de operare legat de exploatarea acestor lucrări sau servicii care cuprinde riscul de cerere sau riscul de ofertă ori ambele. Se presupune că concesionarul își asumă riscul de operare atunci când, în condiții de exploatare normale, nu i se garantează recuperarea investițiilor efectuate sau a costurilor suportate pentru exploatarea lucrărilor sau a serviciilor care fac obiectul concesiunii. Partea riscului transferată către concesionar implică o expunere reală la situațiile neprevăzute care pot apărea pe piață, astfel încât orice pierdere potențială estimată suportată de concesionar nu este doar nominală sau neglijabilă”. Prin această reglementare, riscul de operare devine un element de definire pentru *contractul de concesiune*, fiind importantă analiza pierderilor potențiale estimate.

Transpunerea acestor dispoziții din legislația europeană în legislația internă prin *Lege* nu s-a efectuat în mod perfect identic, legiuitorul român preferând să menționeze riscul de operare într-un articol distinct de cel care cuprindea definițiile contractelor de concesiune de lucrări și servicii, și anume în art. 6 alin. 1<sup>15</sup> din *Lege*. Chiar dacă legiuitorul român nu a inclus riscul de operare în articolul rezervat definiției contractului de concesiune, astfel cum s-a procedat la nivel european, considerăm că nu poate fi înlăturat caracterul definitoriu al riscului de operare pentru *contractul de concesiune*. Astfel, riscul, privit ca o pierdere semnificativă, potențială, estimată, suportată de concesionar, devine caracterial contractului de concesiune.

Putem observa că riscul apare, înainte de toate, în imediata apropiere a definiției legale a contractului de concesiune, devenind crucial pentru acesta. Mai apoi, legea conturează noțiunea și caracterele riscului, fără a-i dedica totuși o definiție precisă. La final, depistăm reglementări care fac din risc și un element de diferențiere între *contractul de concesiune* și cel de achiziție publică, precum și dintre contractele de drept public și cele civile. Ceea ce este important în analiza riscului de operare e litera legii, iar nu adausurile și detaliile din normele de punere în aplicare, care vizează aspecte *de facto*, materializate aici în pragul valoric al concesiunii, care e oricum modificabil. Deci, relevant ar fi de analizat riscul în concesiuni așa cum este legal definit, adică o pierdere economică, semnificativă și fortuită. Toate aceste aspecte vor fi cercetate în cele ce urmează.

### **2.1. Definiție legală a riscului de operare**

Nu avem o definiție clară a riscului de operare în *Lege*, ci prevederi din care putem desprinde caracterele sale și putem schița o posibilă definiție a riscului de operare, definiție care se aproprie mult de cea deja analizată de noi în capitolele precedente referitoare la riscul din dreptul privat.

Astfel, alin. 2 al articolului 6 din *Lege* prevede că „Se consideră că o parte semnificativă a riscului de operare a fost transferată atunci când pierderea potențială estimată suportată de concesionar nu este una neglijabilă”. De aici putem deduce că asumarea riscului de operare presupune o pierdere potențială estimată semnificativă. Altfel spus, pentru a ne afla în fața unui risc de operare este necesară existența unui prejudiciu, concretizat într-o pierdere patrimonială potențială considerabilă, prin raportare la valoarea contractului. Riscul de operare pare a fi definit ca fiind un prejudiciu potențial de o mare însemnătate raportat la valoarea contractului.

O tentativă de definire a riscului de operare se regăsește și în *Directivă* ca fiind „riscul de expunere la situațiile neprevăzute ale pieței, putând consta fie în riscul de cerere, fie în riscul de disponibilitate sau în ambele riscuri, de disponibilitate și de cerere. Riscul de cerere trebuie înțeles ca riscul privind cererea reală pentru lucrările sau serviciile care fac obiectul contractului. Riscul de ofertă trebuie înțeles ca fiind riscul legat de furnizarea lucrărilor sau a serviciilor care fac obiectul contractului, în special riscul că furnizarea serviciilor nu va corespunde cererii”. În acest caz, riscul de operare este conectat cu fațetele sale, riscul de cerere și cel de ofertă, fiind astfel limitat și particularizat de la caz la caz.

În alineatul 3 al articolului 6, *Legea* mai menționează că „(3) Riscul de operare este riscul care îndeplinește, în mod cumulativ, următoarele condiții: a) este generat de evenimente care nu se află sub controlul părților la *contractul de concesiune*; b) implică expunerea la fluctuațiile pieței; c) ca efect al asumării riscului de operare, concesionarului nu i se garantează, în condiții normale de exploatare, recuperarea costurilor investițiilor efectuate și a costurilor în legătură cu exploatarea lucrărilor sau a serviciilor”. Din aceste dispoziții legale putem extrage caracterele riscului de operare. Primul dintre acestea este caracterul exterior al riscului raportat la clauzele contractului, riscul nedepinzând de voința părților, concedent și concesionar. De asemenea, asumarea riscului de operare presupune suportarea de concesionar a modificărilor din piață, a cererii sau ofertei. Acest fapt îi imprimă riscului un caracter economic, variabil, legat de piața financiară internă și internațională.

La o analiză de suprafață, riscul de operare implică posibilitatea ca particularul – concesionarul, în relația sa cu concedentul, să nu poată avea profit vreodată, fapt contrar ideii de contract sinalagmatic și oneros. Baza oricărui contract sinalagmatic și oneros o reprezintă ideea de câștig, profit, preț. În schimb, în cazul contractului de concesiune, concesionarul are doar o posibilitate de a face profit, riscul fiind asumat de el în mare parte, el neputând cere nimic de la concedent. Concedentul nu poate plăti niciodată nimic, precum la contractul de achiziție, unde autoritatea contractantă e ținută să achite prețul. În acest punct sensibil apare utilizatorul și relația concesionarului cu acesta, terț față de *contractul de concesiune*. Am putea analiza o posibilă onerozitate și a caracterului sinalagmatic al *contractului de concesiune* din perspectiva raportului concesionar – terț, utilizator. Vom examina aceste aspecte în partea privitoare la caracterul economic al riscului de operare.

O concluzie preliminară este aceea că riscul de operare are aceeași semnificație ca riscul din dreptul privat, respectiv de eveniment aleatoriu, exterior contractului, care produce prejudicii de natură economică concesionarului. Cu toate acestea, sfera de aplicare a riscului de operare este complet diferită de cea a riscului din dreptul privat, având efecte diferite asupra contractului și cuprinzând evenimente diferite, fapt analizat pe larg în secțiunea a patra a studiului.

## **2.2. Caractere ale riscului de operare**

Din toate aceste prevederi legale, putem desprinde caracterele riscului de operare, similare cu cele identificate de noi și în primul capitol al lucrării ca fiind caracterele riscului în dreptul civil, și anume de eveniment prejudiciabil, imprevizibil, potențial și exterior, care produce prejudicii concesionarului. Și din perspectiva *Legii*, cele două coordonate esențiale ale riscului rămân patrimonialitatea și aleatoriul, privit ca eveniment fortuit. În plus, se conturează și un caracter economic în strictă legătură cu cererea și oferta din piața internă.

### *2.2.1. Patrimonialitatea*

Ideea de patrimonialitate este strict conectată cu noțiunea de prejudiciu și cu starea de pericol creată. Materializarea stării de pericol dă naștere prejudiciului. În logica contractuală, riscul poate afecta raportul juridic și deci are relevanță din punct de vedere juridic doar dacă există un prejudiciu. Riscul de operare este conectat cu ideea de prejudiciu, chiar dacă acesta rămâne unul potențial, viitor. Prin înglobarea prejudiciului printre componentele riscului de operare, se relevă latura „umană”, practică, concretă a acestuia, în completarea celei abstracte, care ține de hazard.

### *2.2.2. Imprevizibilitatea*

O altă caracteristică a riscului de operare este că pierderea patrimonială trebuie să fie una eventuală, dar care să poată fi estimată, fapt ce creionează caracterul imprevizibil al acestuia. Riscul de operare rămâne un eveniment viitor și imprevizibil, cu toate că înainte de încheierea contractului de concesiune are loc o inventariere a posibilelor situații care pot da naștere riscului. Această imprevizibilitate nu are în vedere o imprevizibilitate absolută, ci una „relativă”, în funcție de circumstanțele în care se manifestă împrejurarea și modalitatea de reflectare a acesteia în conștiința și cunoștințele părții contractante în cauză.

Din această perspectivă, noțiunea de risc integrează atât ideea de previzibilitate, cât și cea de imprevizibilitate. Fenomenul în sine care creează riscul este unul care poate fi anticipat și evitat, ceea ce nu putem însă prevedea sunt efectele fenomenului asupra raportului juridic și dacă acesta se va manifesta.

### *2.2.3. Caracterul economic*

Riscul de operare este un risc al pieței, având o natură vădit economică. Din toate unghiurile din care am dori să privim riscul de operare, acesta apare ca fiind un risc legat de rentabilitatea proiectului (serviciu sau lucrări) la care s-a angajat concesionarul. Finanțarea proiectului, existența unor cereri și oferte reale pe piața internă, veniturile și cheltuielile aferente realizării obiectului contractului, condițiile economice și financiare generale, interne sau internaționale, resursele și capitalul investit în efectuarea proiectului de concesiune, concurența, schimbările legislative, politice, economice din piața internă, toate reprezintă fațete ale caracterului economic al riscului.

Concesionarul se află însă în fața unei incertitudini cu privire la profitul proiectului. La nivel național, există deja numeroase dosare pe rolul instanțelor, prin care se cere rezilierea sau rezoluțiunea contractului de concesiune pe motiv de nerentabilitate. Instanțele de judecată sunt astfel puse în fața analizării riscului de operare și a modalităților de cuantificare și estimare a acestuia. Așadar caracterul economic poate influența oportunitatea încheierii contractelor de concesiune. În aceste situații, se pune în discuție inclusiv caracterul sinalagmatic și oneros al contractului. Lipsa acestor caractere pot determina „moartea” contractului de concesiune, fapt puțin probabil.

În dreptul privat, actul juridic este considerat, la modul teoretic și principal, sinalagmatic și oneros. Aceste caractere ale contractului nu depind niciodată de o chestiune de fapt, apărută pe parcursul derulării contractului. În materie de concesiune însă, datorită raportului extra-contractual dintre concesionar și utilizator, onerozitatea este dată de contingent, e funcțională, nu e originară. Riscul operațional rămâne un criteriu de definire și calificare conform legii, care atunci când dispare transformă *contractul de concesiune* într-un contract oneros pentru concesionar. Astfel, în situația în care *contractul de concesiune* devine complet oneros pentru concesionar, pe parcursul derulării contractului, dispare riscul de operare și apare riscul din dreptul comun. Ținând cont de acest raport tripartit, în care relația dintre concesionar și utilizator poate influența contractul, concluzionăm că și *contractul de concesiune* este, de principiu, sinalagmatic și oneros, dar el devine complet oneros doar când dispare riscul de operare. Specificitatea acestui tip de contract este dată tocmai de raportul dintre concesionar și utilizator și de caracterul economic al riscului de operare.

### **2.3. Tipuri de riscuri**

#### **2.3.1. Risc de proiect, risc de operare și risc de exploatare, riscul de construcție și riscul operațional legat de disponibilitatea serviciilor**

În legislația națională privind *contractul de concesiune*, am identificat mai multe sintagme care înglobează noțiunea de *risc*, dintre care amintim: *risc de proiect*, *risc de operare* și *risc de exploatare*. În doctrina recentă<sup>16</sup>, s-a afirmat că „riscul de exploatare implică riscul de piață (risc de cerere, risc de ofertă), dar și un risc operațional, acestea nefiind distincte de riscul de exploatare” și că „noțiunea de risc de exploatare pare a se confunda cu cea a riscului de operare”, fără a exista o astfel de delimitare legală. Mai mult, se susține și că „riscul de proiect este cel virtual asumat, anterior riscului de operare/exploatare, care va opera concret ca urmare a încheierii efective a contractului de concesiune”.

Riscurile de proiect sunt prevăzute în Anexa nr. 1 din *Norme*<sup>17</sup>, anexă care cuprinde o matrice preliminară de repartitie a riscurilor de proiect, aferente unui contract de concesiune de lucrări. Se poate deci observa că nu există și o matrice a acestor riscuri cu privire la *contractul de concesiune* de servicii, fapt bizar, având în vedere că normele se referă la punerea în aplicare a *Legii* care are ca obiect reglementarea ambelor timpuri de contracte. Conform acestor dispoziții, riscurile de proiect trebuie identificate, cuantificate și repartizate cu ajutorul unei matrice, din punct de vedere economic financiar, în cadrul unui studiu de fundamentare și a unui studiu de fezabilitate în temeiul cărora va fi fundamentată și aprobată decizia de concesionare. În alin. 1 al art. 13 din *Norme* se prevede că „(1) Studiul de fundamentare a deciziei de concesionare trebuie să cuprindă o analiză care să permită definirea și cuantificarea în termeni economici și financiari a riscurilor de proiect, luând în considerare, totodată, și variantele identificate de repartitie a riscurilor între părțile viitorului contract de concesiune, precum și analiza privind încadrarea contractului în categoria celor de concesiune”.

În ceea ce privește noțiunea de *risc operațional al exploatării*, jurisprudența europeană<sup>18</sup> a fost cea care a recunoscut aceasta sintagmă ca fiind de esența concesiunii. Astfel, contractul încheiat va fi clasificat concesiune și nu achiziție publică în situația în care concesionarul își asumă o mare parte din riscul operațional. Lipsa remunerării directe a concesionarului de către autoritatea contractantă reprezintă prin ea însăși o asumare a riscului de exploatare de către concesionar.

Potrivit raportului Juvin<sup>19</sup>, definiția riscului operațional în directiva concesiunilor este vagă: riscul care rezidă în cererea furnizării serviciului sau riscul care rezidă în disponibilitatea infrastructurii utilizate pentru furnizarea serviciului către utilizatori. Raportul Juvin a propus simplificarea acestuia, ca fiind un risc de exploatare, nu este cert că își va amortiza investițiile efectuate sau cheltuielile efectuate cu exploatarea serviciului care formează obiectul concesiunii.

Conform *Directivei*, riscul exploatării are o dublă semnificație:

- Acest risc se distinge de alte tipuri de risc inerente tuturor contractelor și exterioare pieței și care nu poate fi considerat ca un risc operațional de exploatare. Este cazul unei gestiuni defectuoase de către operatorul economic, a activității sale, de lipsuri ale obligației sale contractuale sau chiar de forță majoră.

- Concesionarul este obligat a-și asuma riscul exploatării în timp ce operează în condiții normale, nu este certă amortizarea investițiilor pe care le-a efectuat sau costurile pe care le-a suportat cu exploatarea lucrării sau serviciului care face obiectul contractului de concesiune.

Transferul riscului către concesionar nu trebuie să fie integral, însă partea din risc transferată trebuie să implice o „reală expunere pericolelor pieței” potrivit art. 5.1. din *Directivă*, și să fie semnificativ potrivit jurisprudenței europene<sup>20</sup>.

*Riscul de exploatare economică* reprezintă un risc de expunere la hazardul pieței, caracteristică pe care o regăsim preluată întocmai în definiția riscului de operare elaborată în *Lege*. În aceeași idee, pct. 18 din preambulul *Directivei* precizează că principala caracteristică a unei concesiuni este dreptul de a exploata, care implică întotdeauna transferul către concesionar a unui risc de operare de natură economică, adică posibilitatea ca acesta din urmă să nu-și recupereze investițiile efectuate și costurile suportate pentru exploatarea lucrărilor, chiar dacă riscul îi revine parțial autorității contractante.

În doctrină<sup>21</sup>, *riscul exploatării economice a serviciului* este văzut ca „un risc de expunere la natura aleatorie a pieței și poate fi tradus prin riscul concurenței din partea altor operatori, riscul unei inadvertențe ofertă/cerere a serviciului, riscul insolabilității debitorului, riscul responsabilității unui prejudiciu sau al lipsei acoperirii complete a cheltuielilor de exploatare”. În atare condiții, în doctrina franceză citată mai sus se consideră că *riscul de exploatare* înglobează *riscul de operare*, dar și *riscul de construcție*, fără ca prin acesta din urmă să înțelegem aspecte care țin de natura contractuală a raportului născut dintre cele două părți, ci care sunt specifice concesiunii.

Și în art. 6 din *Lege* se menționează că „riscul de ofertă poate fi împărțit în riscul de construcție și riscul operațional legat de disponibilitatea serviciilor atunci când construcția și operarea constituie cele două mari faze ale proiectului de concesiune”. Conform *Normelor*,



*riscul de disponibilitate* apare atunci când „lucrările și serviciile care fac obiectul contractului nu sunt furnizate sau nu îndeplinesc specificațiile tehnice de calitate prevăzute în contract”. Toate aceste tipuri de riscuri sunt diferențiate de noțiunea de risc din dreptul privat. Se susține că „riscul de exploatare/operare nu se referă la forța majoră sau la cazul fortuit și nici la efectele care sunt atrase de culpa uneia dintre părți în executarea obligațiilor contractuale”<sup>22</sup>.

### 2.3.2. Riscuri financiare și riscuri de mediu versus impreviziune și aleatoriu

Riscul de operare pe care și-l asumă concesionarul înglobează, conform doctrinei<sup>23</sup>, și riscurile financiare și cele de mediu. Aceste riscuri sunt considerate că se află la granița cu impreviziunea, forța majoră sau cazul fortuit. În acest sens, s-a afirmat că „la limita riscului financiar, apare impreviziunea, iar sfera de aplicare a impreviziunii trebuie reglementată prin clauzele contractuale, putând include atât circumstanțe economice, cât și fenomene naturale”<sup>24</sup>. De asemenea, riscul de mediu este în imediata apropiere a evenimentelor fortuite, a *aleatorului*, precum forța majoră și cazul fortuit.

Vechea legislație<sup>25</sup> care reglementa *contractul de concesiune* consacră principiul echilibrului financiar al contractului și al egalității părților, principii specifice în principal dreptului civil, dar care au dobândit o formă particulară în *contractul de concesiune*, formă impusă de raporturile dintre interesul public și cel privat. Pe baza acestor principii, doctrina<sup>26</sup> a considerat că legiuitorul român a înțeles să reglementeze problema impreviziunii în acest *contractul de concesiune*. Același autor susține că „în concepția clasică despre impreviziune, 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)”. În situația intervenirii impreviziunii, „concesionarul are dreptul de a primi din partea concedentului o compensație a sarcinilor suplimentare. Compensația va fi determinată de părți, în caz contrar va fi stabilită de instanță”. Impreviziunea era aplicabilă contractului de concesiune tocmai prin aplicarea principiului echilibrului financiar și al necesității modificării contractului de concesiune în cazul apariției unor evenimente care influențează echilibrul economic al contractului de concesiune.

În prezent, aceste principii nu mai sunt aplicabile, nefiind specifice contractului de concesiune reglementat de *Lege*. Astfel că discuțiile de mai sus nu se aplică și situației analizate în prezenta cercetare. Mai mult, în *Lege*, impreviziunea este considerată o modificare substanțială a contractului, fapt ce atrage organizarea unei noi proceduri de atribuire, cu toate efectele acesteia. În acest sens, art. 106 prevede următoarele: „(1) Contractele de concesiune pot fi modificate, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, atunci când modificările, indiferent de valoarea lor, nu sunt substanțiale, în sensul alin. (2). (2)

O modificare a unui contract de concesiune pe perioada de valabilitate este considerată modificare substanțială atunci când, prin această modificare, caracterul concesiunii devine substanțial diferit față de cel al concesiunii încheiate inițial. Este considerată modificare substanțială orice modificare care îndeplinește cel puțin una dintre următoarele condiții: (...)

b) modificarea schimbă echilibrul economic al contractului de concesiune în favoarea concesionarului și/sau alocarea riscurilor între părți într-un mod care nu a fost prevăzut în concesiunea de lucrări sau în concesiunea de servicii inițială”.

În mod evident, este necesară parcurgerea unei noi proceduri de atribuire, ceea ce presupune încheierea unui nou contract, cu toate consecințele care decurg din acest fapt. Impreviziunea nu mai reprezintă astfel o condiție de existență a concesiunii, ea fiind „înghițită” de noțiunea de risc de operare. Raportul dintre *contractul de concesiune* și impreviziune s-a modificat deci. Considerăm că opinia doctrinarilor de mai sus nu mai este de actualitate, cu toate că unele păreri au fost emise după intrarea în vigoare a *Legii*.

### **3. Riscul de operare – element definitoriu și de distincție între contracte**

Având în vedere noile reglementări din domeniu, se poate cu ușurință observa că, pe de o parte, riscul a devenit element definitoriu pentru *contractul de concesiune*, iar, pe de altă parte, riscul de operare reprezintă un criteriu de diferențiere între *contractul de concesiune* și contractul de achiziții publice. La o privire mai atentă, poate fi considerat chiar și un element de distincție între contractele de drept civil și cele de drept public, cele bilaterale și unilaterale, comutative și aleatorii. Toate acestea le vom analiza acum în detaliu.

#### **3.1. Riscul de operare – element definitoriu**

După identificarea definiției legale a contractului de concesiune și conturarea noțiunii de risc de operare, ca fiind o pierdere economică semnificativă și fortuită, se impune corelarea celor două noțiuni pentru evidențierea conexiunilor existente și extragerea implicațiilor juridice importante în economia contractului de concesiune.

Legiuitorul român a preferat să trateze separat noțiunea de *risc de operare*, respectiv în art. 6 din *Lege*, articol diferit față de cel în care apare definiția contractului de concesiune – art. 5 din *Lege*. În schimb, în reglementarea europeană, încă din preambul și din art. 5 din *Directivă* se face legătura între *contractul de concesiune* și riscul de operare, prin integrarea noțiunii de risc de operare în definiția celui dintâi.

Cu toate că transpunerea acestor dispoziții din legislația europeană în legislația internă prin *Lege* nu s-a efectuat întocmai, legiuitorul român preferând să menționeze riscul de operare într-un articol distinct de cel care cuprindea definițiile contractelor de concesiune de lucrări și servicii, și anume în art. 6 din *Lege*, esența trebuie să rămână aceeași – riscul de operare este un element definitoriu pentru *contractul de concesiune*. Astfel, indiferent dacă riscul de operare este sau nu reglementat în același text de lege ca definiția contractului de concesiune sau dacă este inclus în articolul rezervat definiției contractului de concesiune, astfel cum a procedat legiuitorul european, considerăm că și în legislația română își păstrează caracterul definitoriu. Riscul, privit ca o pierdere semnificativă potențială estimată suportată de concesionar, devine parte integrantă a contractului de concesiune.

În doctrina<sup>27</sup> și jurisprudența franceză<sup>28</sup> anterioară *Directivei*, în încercarea de a defini cât mai exact contractul de concesiune, s-a apelat la noțiuni precum incertitudine, rezultatele exploatării și inclusiv risc, pornind de la remunerația stabilită în contractul de concesiune. În prezent, se consideră că „riscul este consubstanțial noțiunii de concesiune”<sup>29</sup>. Inițial, noțiunea de incertitudine a fost conectată cu noțiunea de rezultate ale exploatării serviciului, care la rândul ei a fost legată de remunerația din contractul de concesiune. Rezultatele luate în considerare au fost doar cele de natură fizică, nu financiară. În acest stadiu al evoluției jurisprudențiale, criteriul remunerației a suferit o regretabilă incertitudine conectată cu relația sa cu noțiunea de risc, întrucât se considera că persoana privată-concesionarul își asumă nu doar riscurile legate de construcție, dar și cele inerente gestiunii și utilizării echipamentului. Concluzia instanțelor franceze a fost că, într-o concesiune de lucrări, *aleas* inerente exploatării sunt transferate concesionarului.

De aici nu a mai fost decât un pas spre considerarea riscului ca fiind parte din noțiunea de concesiune. Astfel, criteriul remunerației conform rezultatelor a devenit un instrument de măsurare a riscului operațional. Într-o decizie din 2008, s-a introdus noțiunea de risc în definiția contractului de concesiune. Remunerația nu este asigurată de rezultatele exploatării, ci de o parte semnificativă din risc transferată cocontractantului. A operat integrarea criteriul riscului în criteriul financiar al contractului.

Având în vedere analizele de mai sus, referitoare la definiția contractului de concesiune și la noțiunea de risc de operare, putem concluziona fără urmă de echivoc că riscul a devenit element definitoriu pentru *contractul de concesiune*. În plus, pentru rigurozitate, ar trebui despărțită noțiunea de *risc de operare* de operațiunea de atribuire a contractului de concesiune, conexiunea fiind doar cu ființa contractului de concesiune, respectiv cu partea contractuală, și nu cu cea reglementară.

Așadar, *contractul de concesiune* se bucură de două definiții, dar doar în cadrul uneia dintre ele se apelează la noțiunea de risc de operare. În atare condiții, se naște întrebarea care e definiția cea mai exactă a contractului, cea prin riscul de operare sau cea prin elementele sale caracteristice. Considerăm că doar cea care apelează la noțiunea de risc de operare reprezintă o definiție concludentă și reală a contractului de concesiune din punct de vedere juridic, cealaltă fiind fără încărcătură și valoare juridică.

### **3.2. Riscul de operare - element de distincție între contracte**

#### **3.2.1. Contractele de concesiune și de achiziție publică**

Riscul de operare reprezintă și un criteriu de diferențiere între *contractul de concesiune* și contractul de achiziții publice. Înainte de a analiza implicațiile riscului de operare asupra diferențierii celor două contracte, este importantă identificarea elementelor principale de distincție între *contractul de concesiune* și contractul de achiziții publice, ambele considerate de lege ca fiind contracte administrative, de drept public.

*Contractul de concesiune* este un contract numit, reglementat în dreptul public prin *Lege*, având o fizionomie juridică distinctă. De cealaltă parte, contractul de achiziții publice, reglementat prin *Legea nr. 98/2016*, reprezintă o modalitate sau procedură de atribuire a unui contract de drept comun, nefiind un contract numit. Dintr-o comparație între cele două contracte se naște un paradox. *Contractul de concesiune* este un contract de drept public, numit, catalogat de lege ca fiind un contract administrativ și deci care ar trebui să aibă o fizionomie juridică distinctă. Dintr-o atare perspectivă, riscul se conectează cu această categorie. Contractul de achiziție publică desemnează doar o modalitate de atribuire a unui contract ordinar, de înstrăinare, dobândire, locație. Riscul deci nu își mai găsește locul într-un atare context, deși forțat, legea oferă posibilitatea catalogării unui contract ca fiind de achiziție publică prin simplul fapt al preluării riscului de operare de către concedent.

Diferențele dintre diversele tipuri de contracte administrative sunt realizate doar prin normele legale, fie prin stabilirea unui prag valoric<sup>30</sup>, fie prin calificarea dată de riscul de operare. Se apelează astfel la instrumente postmoderne de calificare a contractului de concesiune, acesta reprezentând o categorie juridică autonomă căreia nu i se mai aplică normele juridice generale.

Cu toate că există o definiție legală a celor două contracte, din toată economia legii, se nasc confuzii între contract și proceduri. Astfel, achizițiile publice par să desemneze două calități care pot fi confundate – contractul cu procedurile sale de atribuire, unde se face distincție între contract și atribuire, ca etape diferite. În cazul contractului de concesiune nu există această confuzie și necesitate de clarificare între contractul propriu zis și procedurile de atribuire. Contractul de achiziție nu are o natură distinctă de contractul de drept civil. Ceea ce este diferit este procedura de atribuire a acestuia. Astfel că, achiziția înțeleasă ca procedură este singura modalitate de a încheia un contract de drept comun cu entitatea contractantă și singurul element de specificitate în cazul încheierii unui contract cu o entitate contractantă. Riscul de operare nu ar trebui să facă parte nici un moment din formarea și atribuirea contractului de achiziții publice.

*Contractul de concesiune* este un contract de drept strict, inclusiv în materie fiscală, în timp ce în cazul contractului de achiziție publică, doar procedurile de atribuire a acestuia sunt de drept strict, iar nu contractul în sine.

Având în vedere această diferență, riscul de operare se justifică din punct de vedere legal doar din perspectiva contractului de concesiune, devenind un element definitoriu doar al acestuia. Atribuirea reprezintă un criteriu de distincție, din punct de vedere cantitativ, între contractul de achiziție și cel de concesiune. Așadar, riscul nu ar trebui analizat din această perspectivă a atribuirii, ci doar ca parte integrantă a contractului de concesiune.

Revenind la raportul dintre *contractul de concesiune* și cel de achiziții publice din perspectiva riscului de operare, relevante sunt atât dispozițiile art. 230 din *Legea nr. 98/2016*, conform cărora autoritatea contractantă are obligația să analizeze, prin studiul de fundamentare, dacă atribuirea contractului implică transferul unei părți semnificative a riscului de operare către operatorul economic, așa cum acesta este reglementat de *Lege*, cât și art. 8 din *Lege*, care prevede că „(1) Prin studiul de fundamentare prevăzut la art. 7 alin. (1) entitatea contractantă are obligația să analizeze dacă atribuirea contractului implică transferul unei

părți semnificative a riscului de operare către operatorul economic. (2) În cazul în care, ca urmare a analizei prevăzute la alin. (1), entitatea contractantă constată că o parte semnificativă a riscului de operare, astfel cum este definit la art. 6, va fi transferată operatorului economic, contractul va fi considerat contract de concesiune, urmând a se aplica prevederile prezentei legi. (3) În cazul în care, ca urmare a analizei prevăzute la alin. (1), entitatea contractantă constată că o parte semnificativă a riscului de operare, astfel cum este definit la art. 6, nu va fi transferată operatorului economic, contractul respectiv va fi considerat contract de achiziție publică sau contract sectorial, după caz”. Din reglementările de mai sus, rezultă că, riscul de operare reprezintă, conform legii, și un criteriu de calificare a contractelor administrative.

Rezultă, deci, că transferul către concesionar a unei părți semnificative a riscului de operare de natură economică, în legătură cu exploatarea lucrărilor, este fundamental pentru identificarea contractului de concesiune. În doctrina recentă<sup>31</sup> s-a pus întrebarea, pertinentă de altfel, „cum poate fi însă determinat dacă partea de risc de operare transferată este sau nu semnificativă?” Răspunsul ne este dat tot de reglementările în vigoare, și anume de art. 6 alin. 2 din *Lege*, care identifică latura semnificativă a riscului ca fiind transferată „atunci când pierderea potențială estimată suportată de concesionar nu este una neglijabilă” și *Directivă*, în care se precizează că partea de risc transferată este semnificativă atunci când există posibilitatea pentru concesionar ca acesta să nu își recupereze investițiile efectuate și costurile, fără a ca aceste răspunsuri să ofere o perspectivă clară asupra noțiunii de *semnificativ*. Mai mult, potrivit Ghidului pentru implementarea proiectelor de concesiune de lucrări publice și servicii în România<sup>32</sup>, „regula generală pentru alocarea unui risc este aceea că trebuie suportat de partea care poate atenua riscul în cea mai mare măsură”. Deși concedentul își asumă mai puține riscuri decât în cazul achizițiilor publice, alocarea riscurilor trebuie să fie acceptabilă pentru concesionar și finanțatori. Autoritatea contractantă trebuie să preia orice risc care de obicei este neasigurabil pe piața internațională și să își asume riscurile pe care este în măsură să le gestioneze și să asigure rentabilitatea proiectului. Cu toate acestea, în lumina noilor reglementări, preluarea riscului de către autoritatea contractantă nu trebuie să fie una semnificativă, întrucât altfel, contractul nu mai poate fi concesiune.

Deși aceste texte legale pot fi folosite ca o metodă de eludare a prevederilor legale referitoare la formarea contractului de concesiune, posibil chiar a procedurii de atribuire a acestuia, scopul acestor norme rămâne acela de calificare a unui contract administrativ. Bineînțeles că în această situație, ar trebui analizat cum operează această recalificare a actului juridic în condițiile în care nu s-au respectat condițiile de atribuire, care sunt distincte de condițiile necesare încheierii contractului. Din prevederile legale citate mai sus, ar rezulta că doar până în momentul încheierii contractului de concesiune și deci a finalizării procedurii de atribuire, ar putea opera această recalificare a unui contract de concesiune într-un contract de achiziție. Ulterior, pe parcursul executării contractului, în cazul în care se conchide că riscul de operare nu a fost transferat într-o parte semnificativă concesionarului, considerăm că ar trebui aplicate prevederile referitoare la o neexecutare a contractului, în măsura în care sunt compatibile cu normele privind încetarea contractului de concesiune, nemaiputând interveni conversiunea lui într-un contract de achiziție. Ne vine greu să credem că odată încheiat, *contractul de concesiune* nu poate înceta decât în cazurile prevăzute în art. 110 din *Lege* și în art. 58 din *Legea nr. 101/2016*, devenind într-un fel „nemuritor”.

Se poate deci observa că riscul de operare este elementul care împarte contractele de drept public în două categorii – contractele de concesiune, atunci când o parte semnificativă din riscul de operare este asumat de către concesionar și contractele de achiziție publică, atunci când riscul de operare este asumat de către entitatea contractantă.

Atât *Legea*, cât și reglementările și jurisprudența europeană stabilesc ca criteriu principal de diferențiere între cele două contracte transferul unei părți semnificative a riscului de operare către concesionar. Determinarea părții semnificative din riscul de operare ni se pare dificil de efectuat în condițiile date. Pe cale de consecință, doar pe parcursul executării contractului, în funcție de situațiile care apar, se poate concluziona că s-a transferat o parte semnificativă din riscul de operare către concesionar.

Deci, *de lege lata*, riscul devine o modalitate de a face diferența între *contractul de concesiune* și contractul de achiziții publice, pe lângă faptul că riscul e un element definitoriu al contractului de concesiune. Se poate observa că în domeniul contractelor administrative, riscul este cel care face ordine printre contracte, pe când în dreptul privat determină cel mult imposibilitatea fortuită de executare a contractelor.

### 3.2.2. *Contractele de drept public și contractele civile*

*Contractul de concesiune* se încheie destul de des de autoritățile publice în materie de dezvoltare publică, astfel că are o importanță practică foarte mare. Riscul de operare devine o punte între dreptul public și cel privat, fiind folosit într-o primă instanță ca criteriu de distincție între contractele de concesiune și cele de achiziții publice, ca mai apoi să fie cel care face diferența între contractele de drept public (contractul de achiziții publice și contractele de drept civil) locațiune, vânzare, etc. Legătura dintre dreptul civil și cel public este dată de faptul că procedura de atribuire a contractului este publică, achiziția nefiind decât o procedură prin care se încheie un contract ordinar de drept civil, între o autoritate publică și o persoană de drept privat.

Cu toate că forța riscului este în creștere, neincluderea riscului de operare în câmpul contractual al concesiunii nu atrage nici o sancțiune. Atunci când respectivul act juridic nu poate fi nici contract de concesiune (riscul de operare nefiind asumat în mare parte de concesionar), nici contract de achiziție publică, contractul încheiat de autoritatea publică trebuie să își continue existența sub o formă, atât timp cât nu poate fi desființat. Singura modalitate posibilă este să îmbrace hainele unui contract civil sau al unui contract de concesiune nereglementat de *Lege*, cu toate implicațiile juridice posibile, presupunându-se bineînțeles buna credință a părților contractante.

Există deci de asemenea posibilitatea ca riscul de operare să împartă convențiile în contracte încheiate de administrațiile publice ca autorități publice și contractele civile, încheiate de administrațiile publice în aceleași condiții și cu aceleași efecte ca atunci când acestea sunt încheiate de către particulari. Riscul de operare poate constitui un criteriu de distincție între contractele administrative și contractele civile alături de alte criterii, printre care și scopul pentru care au fost încheiate<sup>33</sup>.

### 3.2.3. Contractele unilaterale și contractele bilaterale

În dreptul civil, granița dintre contractele unilaterale și cele bilaterale pare a fi una destul de bine conturată. Identificarea unui contract ca fiind unilateral nu se realizează cu dificultate având în vedere atributele evidente ale unui astfel de act juridic: (1) existența unei obligații principale, clar determinate, în sarcina uneia dintre părți, fără a exista și o obligație corelativă și (2) caracterul gratuit sau dezinteresat al actului respectiv. În domeniul contractului de concesiune, lucrurile nu mai stau atât de simplu. În momentul analizării naturii concesiunii, apar mai multe necunoscute, dar și specificități, toate datorate riscului de operare integrat în corpul existențial al contractului.

Privit din unghiul concesionarului, acesta își asumă mai multe obligații și suportă o parte semnificativă din riscul de operare, fără a exista întotdeauna și din partea concedentului obligații corelative. În același timp, concesionarul speră la obținerea unui profit, cu toate că riscul asumat este dificil de identificat, cuantificat și calculat. Concedentul se poate afla într-una din următoarele două situații. a) Fie nu se transferă prin contract integral riscul de operare concesionarului, situație în care riscul de exploatare este distribuit între concedent și concesionar, fiind posibil ca în sarcina concedentului să existe anumite obligații și trebuind să se stabilească în mod explicit contribuția financiară a concedentului pe parcursul derulării contractului. b) Fie prin contract se stabilește că riscul de exploatare este asumat integral de concesionar, caz în care concedentul nu poate fi obligat la plata vreunei sume de bani. Se poate deci observa că riscul de operare este cel care face jocurile, mai precis înclină balanța spre un tip de contract sau altul.

*Contractul de concesiune* este de regulă unul cu titlu oneros, comutativ; integrarea riscului de operare în câmpul contractual excluzând de principiu ideea unui contract aleatoriu sau unilateral. În anumite situații, mai exact atunci când concesionarul își asumă în integralitate riscul de operare, *contractul de concesiune* pare a fi un contract „aproape” unilateral, raporturile juridice fiind unele complexe și dificil de analizat. Spunem „aproape” dat fiind faptul că nu se regăsesc caracterele contractului unilateral din dreptul privat, ci reprezintă un unilateralism aplicat unui contract oneros, de drept public. Se poate lesne observa că nu se respectă regula din dreptul civil conform căreia unilateralismul este specific actelor gratuite sau celor dezinteresate, în principal deci actele juridice lipsite de valență patrimonială, din cadrul unor raporturi juridice simple. Însuși caracterul unilateral pare a fi aleatoriu în funcție de distribuirea riscului de operare.

Riscul de operare, privit ca o pierdere economică semnificativă și fortuită, este de natură a defini *contractul de concesiune* ca unul unilateral de drept public, distinct de înțelesul contractului unilateral din dreptul civil. În cazul în care riscul de operare este preluat în integralitate de concesionar, contractul devine unul unilateral, deși el este întotdeauna oneros. Suntem astfel în prezența unui risc definitiv. Rămâne de analizat, de la caz la caz, ce efecte are această calificare asupra contractului privit în ansamblul său, în funcție de obligațiile și obiectul propriu-zis.

### 3.2.4. Contractele comutative și contractele aleatorii

Riscul poate imprima contractului de concesiune și un caracter aleatoriu prin raportare la dispozițiile art. 6 alin. 3 lit. c) din *Lege*. Față de prevederile art. 1173 alin. 2 din Codul, *contractul de concesiune* se apropie de un contract aleatoriu. Cu toate că poate exista un preț al concesiunii și implicit achitarea unei sume de bani concesionarului, acestuia nu i se poate garanta prin niciun mijloc juridic recuperarea costurilor investițiilor efectuate și a costurilor în legătură cu exploatarea lucrărilor sau a serviciilor. Din punctul nostru de vedere, concesionarul este partea care se expune fie unui câștig, fie unei pierderi, în funcție de riscul de operare, evenimentul viitor și incert.

Elementul *alea* din *contractul de concesiune* este reprezentat de riscul de operare, inclus în câmpul contractual prin asumarea posibilității producerii lui de către ambele părți și prin atribuirea lui concesionarului. Astfel, contractul aleatoriu de concesiune în care se produce evenimentul imprevizibil asumat de părți, respectiv riscul de operare, va trebui executat astfel cum s-a convenit, în timp ce dacă apare un alt eveniment exterior, imprevizibil și prejudiciabil care nu a fost avut în vedere în momentul încheierii actului juridic, una dintre părți se va afla în imposibilitate fortuită de executare, fapt ce va duce la încetarea contractului. În acest ultim caz nu ne aflăm în cazul unui contract aleatoriu, ci în față unui contract afectat de risc, fiind incidente prevederile referitoare la imposibilitatea fortuită de executare.

Bariera dintre cele două situații nu este totuși una foarte trainică, având în vedere următoarele aspecte. În primul rând, este dificil de stabilit toate evenimentele posibile care pot fi considerate risc de operare, deși există criteriile mai sus enumerate și stabilite de *Lege* și deși în *Norme* s-a introdus un tabel reprezentând „Matricea preliminară de repartitie a riscurilor de proiect. Lista generală de referință a riscurilor pentru un proiect de concesiune de lucrări”. Acest tabel se dorește a fi un reper în stabilirea situațiilor și evenimentelor care intră sub incidența riscului de operare, existând enumerate mai multe categorii de risc (de proiectare, de finanțare a proiectului, aferente cererii și veniturilor, legislative/politice, etapei de pregătire/atribuire, de operare și întreținere). Aceste riscuri rămân însă dificil de estimat în momentul încheierii contractului de concesiune, fapt ce duce la stabilirea caracterului aleatoriu sau comutativ al contractului de concesiune.

## 4. Concursul dintre riscul de operare din materia concesiunii și riscul din contractele civile

În *contractul de concesiune* pot apărea două tipuri diferite de risc: cel de operare, care e inclus.

În ființa sa, fiind un element definitoriu al contractului, și cel din dreptul privat, care poate fi atașat obligațiilor contractuale și care poate interveni doar în anumite situații. Deși am conchis mai sus că cele două tipuri de riscuri sunt asemănătoare, fiind văzute ca evenimente imprevizibile care produc prejudicii, acestea au efecte diferite asupra contractului de



concesiune. Ele pot coexista în interiorul unui contract de concesiune. Ba mai mult, se poate naște un concurs între cele două, *contractul de concesiune* fiind cel care jonglează cu aceste riscuri, pasându-le dintr-o parte în alta. În mod evident, cele două tipuri de riscuri pot coexista, rămânând să analizăm efectele acestora atunci când se întrepătrund.

Într-un atare context, se nasc mai multe întrebări. Riscul din dreptul privat este apt de a distruge riscul operațional? Riscul operațional poate să supraviețuiască alături de celelalte evenimente fortuite? Care este raportul dintre cele două tipuri de riscuri?

În dreptul comun și pentru contractele civile, aceste întrebări nu își găsesc rostul. Contractele din dreptul privat pot fi afectate doar de riscul denumit de noi *riscul disolutiv*. Riscul de operare, astfel cum este definit de *Lege*, nu poate afecta un atare contract. *Riscul disolutiv* se poate prezenta din punct de vedere faptic în moduri diferite, luând forma unui caz fortuit, a unui caz de forță majoră sau alte asemenea, care țin de *aleatoriu*. Între diversele forme ale riscului disolutiv nu poate exista nici un concurs, efectele acestora fiind întotdeauna imposibilitatea fortuită de executare a contractului care duce la stingerea obligației și încetarea contractului.

În *contractul de concesiune* însă ne aflăm în fața a două tipuri de risc care au efecte diferite, născându-se astfel un concurs între *riscul de operare*, un risc definitoriu pentru contract, și *riscul din dreptul privat*, un simplu element care disturbă echilibrul contractual și afectează executarea contractului, nefiind definitoriu pentru acesta. Un contract de concesiune afectat de risc își va înceta efectele, fiind imposibil de executat. Astfel, riscul din dreptul civil ar putea fi înțeles ca unul care dezleagă juridic și lasă fără efecte *contractul de concesiune*, putând fi denumit *risc disolutiv*. Problema care apare este aceea de a stabili cine este debitorul obligației imposibil de executat și în ce condiții ar suporta el riscul.

Deși în *Lege* nu se analizează această distincție, iar în *Norme* se încadrează forța majoră în matricea riscurilor de proiect, creându-se astfel o confuzie între riscul de operare și *riscul disolutiv*, *Directiva* prevede în mod expres în punctul 20 al preambulului că „Riscurile de tipul celor legate de gestionarea inadecvată, de nerespectarea contractelor de către operatorul economic sau de o situație de forță majoră nu sunt hotărâtoare în vederea clasificării drept concesiune, întrucât riscurile respective sunt inerente fiecărui contract, fie că este vorba de un contract de achiziții publice sau de o concesiune”. Astfel, orice prevederi din legislația română contrare normelor europene de mai sus nu sunt aplicabile.

Pe o axă a timpului și ținând cont de prevederile legale în domeniu, *riscul disolutiv* poate interveni (4.1.) înainte de finalizarea procedurii de atribuire, adică înainte de încheierea în mod valabil a contractului sau (4.2.) după încheierea contractului de concesiune.

#### **4.1. Înainte de încheierea contractului de concesiune**

*Lege* reglementează situația intervenirii *aleatorului* înainte de finalizarea procedurii de atribuire a contractului de concesiune, prevăzând la art. 89 alin. 1 lit. e) că „Entitatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de concesiune în următoarele cazuri: e) contractul nu poate fi încheiat cu ofertantul a cărui ofertă a fost

stabilită câștigătoare din cauza faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul și nu există o ofertă conformă clasată pe locul al doilea”. Din prevederile legale, rezultă că nu se poate încheia contractul, anulându-se procedura de atribuire din două motive distincte: forța majoră sau imposibilitatea fortuită de executare. Atunci când forța majoră afectează un contract, acesta devine imposibil de executat. Există și alte cauze, înafara de forța majoră, care pot duce la imposibilitatea fortuită de executare. Dacă analizăm dreptul comun, respectiv dreptul civil, articolul 1634 C. civ. reglementează imposibilitatea fortuită definitivă de executare: „Debitorul este liberat atunci când obligația sa nu mai poate fi executată din cauza unei forțe majore, a unui caz fortuit ori a unor alte evenimente asimilate acestora, produse înainte ca debitorul să fie pus în întârziere”. După cum putem observa, imposibilitatea fortuită de executare este datorată *aleatoriului*, respectiv forței majore, cazului fortuit sau altor evenimente asemenea. În timp ce imposibilitatea fortuită de executare reprezintă un mecanism juridic prin care se stinge obligația imposibil de executat, *aleatoriul* activează teoria riscului prin care se amenajează efectele acestuia asupra ansamblului contractual. În concluzie, forța majoră sau imposibilitatea fortuită de executare menționate în *Lege* sunt de fapt fațete ale aceleiași monede, întrucât forța majoră determină imposibilitatea fortuită de executare, iar imposibilitatea fortuită de executare activează teoria riscului.

În art. 77 alin. 2 din *Norme* se spune că „Riscurile transmiterii ofertei/solicitării de participare, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă/solicitare de participare”. Din acest text de lege rezultă că *riscul disolutiv* cu privire la transmiterea ofertei cade în sarcina operatorului economic, respectiv al debitorului obligației imposibil de executat. În această situație, deși nu există încă încheiat încă un contract, se aplică regulile de suportare a riscului din dreptul privat al contractelor, respectiv *res perit debitori*.

Și în art. 91 alin. 2 din *Norme* se reglementează o situație în care poate interveni *riscul disolutiv*: „În cazul în care entitatea contractantă nu poate încheia *contractul de concesiune* cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, ca urmare a faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul, aceasta are obligația să declare câștigătoare oferta clasată pe locul doi, în condițiile în care aceasta există și este admisibilă”. Aceste norme au în vedere un alt caz în care se poate manifesta riscul înainte de încheierea contractului, situație care nu duce la stingerea obligației sau la aplicarea vreunei reguli de suportare a riscului contractual, ci care transformă o situație „dăunătoare” pentru încheierea contractului într-una salvatoare: încheierea contractului cu operatorul economic situat al doilea. Asistăm din nou la convertirea unei situații care ar fi dus la stingerea contractului, ofertantul câștigător aflându-se într-un caz de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul, într-una care salvează contractul, acesta putând fi încheiat cu ofertantul situat pe locul doi.

Punctul comun al acestor situații îl reprezintă *aleatoriul*, evenimentul fortuit (forța majoră, cazul fortuit sau alte asemenea) care duc la imposibilitatea fortuită de executare a contractului, contract neîncheiat în mod valabil. Efectele *riscului disolutiv* sunt însă diverse, fără a exista nici un numitor comun. Legiuitorul a preferat să reglementeze distinct aceste

situații asemănătoare, fapt care împiedică conturarea unei teorii a *riscului disolutiv* în *contractul de concesiune*. În măsura în care apar alte cazuri de manifestare a riscului, nereglementate de *Lege* sau de *Norme*, considerăm că sunt incidente prevederile din Codul civil referitoare la riscul contractual, cu toate că încă nu s-a încheiat *contractul de concesiune*, fiind în etapa procedurii de atribuire a acestuia.

În ceea ce privește raportul dintre riscul de operare și *riscul disolutiv*, în mod evident, manifestarea *riscului disolutiv* în etapa premergătoare a încheierii propriu-zise a contractului de concesiune duce la distrugerea oricăror posibile efecte ale riscului de operare, întrucât acestea se pot manifesta preponderent după încheierea contractului.

#### **4.2. După încheierea contractului de concesiune**

*Legea* nu conține alte prevederi cu privire la efectele *aleatorului* asupra contractului de concesiune, după încheierea sa în mod valabil. Nu este reglementată nici situația imposibilității fortuite de executare a contractului de concesiune. Acest fapt nu semnifică că, după încheierea sa în mod valabil, *contractul de concesiune* nu poate fi afectat de *riscul disolutiv*. *Lege* nu conține prevederi nici cu privire la raportul dintre riscul operațional și *riscul disolutiv* sau cu privire la efectele *riscului disolutiv* asupra contractului de concesiune. Într-un atare caz, va fi necesară stabilirea normelor aplicabile unei astfel de situații, mai precis identificarea legii aplicabile unui contract de concesiune afectat de *riscul disolutiv*.

În plus, singura prevedere legală referitoare la încetarea contractului de concesiune o regăsim în art. 110 din *Legea nr. 100/2010*, în rest fiind reglementate doar cazuri de modificare a contractului. Art. 110 din *Lege* prevede o singură situație de încetare a contractului de concesiune, și anume cea prin denunțarea unilaterală a concedentului, făcând însă trimitere la dreptul comun privind încetarea contractelor.

În atare condiții, considerăm că dreptul comun este dreptul civil, urmând a se aplica prevederile referitoare la încetarea contractelor civile în măsura în care nu sunt contrare normelor privind concesiunea.

În *Norme* se reglementează situația „finalizării contractului de concesiune”, în articolul 105 prevăzându-se următoarele: „(1) Contractul trebuie să prevadă situațiile în care acesta poate înceta, după cum urmează: a) la expirarea duratei stabilite conform angajamentelor din oferta prezentată de concesionar și a clauzelor contractuale specifice; b) în cazul constatării unor abateri grave ale concesionarului de la îndeplinirea obligațiilor contractuale, prin rezilierea unilaterală de către concedent și cu plata unei despăgubiri în sarcina concesionarului; c) în cazul constatării unor abateri grave ale concedentului de la îndeplinirea obligațiilor contractuale, prin rezilierea unilaterală de către concesionar și cu plata unei despăgubiri în sarcina concedentului; d) în cazul în care interesul național sau local o impune, prin denunțarea unilaterală de către concedent, dar numai cu plata de despăgubiri juste și prealabile în sarcina concedentului; e) în cazuri de forță majoră sau caz fortuit, când concesionarul se află în imposibilitatea de a continua contractul, prin renunțare fără plata

unei despăgubiri”<sup>34</sup>. Se poate observa că aceste norme reglementează situația în care un contract de concesiune este afectat de forța majoră sau cazul fortuit. Un astfel de contract va înceta ca urmare a imposibilității concesionarului de a continua executarea contractului, prin renunțarea concesionarului la contract, fără a exista posibilitatea ca acesta să solicite vreo despăgubire de la concedent.

În concluzie, riscul manifestat după încheierea contractului are aceleași efecte ca cel din dreptul civil, respectiv încetarea contractului. Specificitatea lui este dată de modalitatea de încetare – renunțarea concesionarului la contract, fără a exista posibilitatea ca acesta să solicite vreo despăgubire<sup>35</sup>. Pare a fi un act unilateral al concesionarului, care suportă în integralitate *riscul disolutiv*.

Într-un atare context, riscul de operare și *riscul disolutiv* pot coexista, până la manifestarea unuia dintre acestea. Dacă riscul de operare va afecta *contractul de concesiune*, concesionarul este obligat să execute în continuare contractul, fiind singurul care suportă riscul. De cealaltă parte însă, dacă *riscul disolutiv* va afecta *contractul de concesiune*, concesionarul poate renunța la contract, suportând însă eventualele prejudicii cauzate de manifestarea *aleatoriului*. Din nou, riscul de operare este aneantizat de manifestarea *riscului disolutiv*. În practică, va fi însă dificil de stabilit granița dintre riscul de operare și cel *disolutiv*, având în vedere capitolul 6 referitor la riscurile naturale<sup>36</sup> (război sau situații conflictuale, cutremur și alte evenimente naturale, terorism, forța majoră) din matricea preliminară a riscurilor conținută de *Norme*.

### 4.3. Concluzii

În momentul în care *riscul disolutiv* afectează un contract de concesiune după încheierea sa în mod valabil, acesta își încetează efectele. În doctrină<sup>37</sup>, s-a apreciat că, în caz de încetare a contractului din cauza forței majore sau a cazului fortuit, concesionarul este obligat să asigure continuitatea serviciului sau a lucrării, în condițiile stipulate în contract, până la preluarea acestora de către concedent<sup>38</sup>. Această obligație specială este o consecință a obligației legale și contractuale a concesionarului de a îndeplini activitatea ori serviciul concesionat<sup>39</sup>. O astfel de situație poate apărea și în cazul în care bunul dispare fortuit, doctrina calificând o astfel de situație ca fiind o imposibilitate obiectivă de exploatare. Acest „tip” de imposibilitate poate sta și la baza încetării contractului de concesiune a unei anumite activități ori a unui serviciu public.

Atât în situația pieririi fortuite a bunului, imposibilității obiective de a-1 exploata ori a imposibilității obiective a concesionarului de a mai exploata activitatea ori serviciul public, are loc o renunțare a concesionarului la concesiune. Această modalitate de încetare a contractului de concesiune are o determinare obiectivă. Așa cum a observat același autor citat mai sus<sup>40</sup>, „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”.

Ulterior, concesionarul notifică concedentului renunțarea la concesiune. 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.

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.

*Riscul disolutiv* poate duce la încetarea contractului de concesiune, ca urmare a renunțării concesionarului la contract. Apariția *aleatoriului* a dus la imposibilitatea fortuită de executare a contractului și astfel se justifică aceste soluții juridice. Față de prevederile din dreptul civil, putem observa că nu se aplică *res perit debitori*, întrucât nu există o parte contractuală care să suporte riscul.

Regulile atipice din materia concesiunii nu permit concedentului să despăgubească concesionarul pentru prejudiciile provocate, ba mai mult îl obligă să continue serviciile sau lucrările până la preluarea acestora de către concedent. Cu toate acestea, concesionarul suportă *riscul disolutiv* chiar dacă nu într-una din formele din dreptul civil.

Într-un atare context, riscul de operare pare a fi subsidiar *riscului disolutiv*. Manifestarea riscului de operare nu duce la încetarea contractului, ba dimpotrivă concesionarul este obligat să continue executarea contractului. În schimb, un contract de concesiune afectat de *riscul disolutiv* își va înceta efectele, aneantizând riscul de operare.

## 5. Considerații finale

Reglementările actuale din domeniul concesiunii au capacitatea de a transforma riscul din dreptul privat, văzut ca un simplu incident, întâmplare nefericită, într-un risc tutelar, care împarte contractele și hotărăște naturile juridice. Noul *risc* nu mai e o figură marginală, ci una definitorie, care stă la baza noțiunii contractului de concesiune. Importanța noțiunii de risc este dată și de faptul că ființa sa a fost conectată cu cea a unor contracte esențiale pentru dezvoltarea comunităților locale, a statului în general, cum sunt contractele de concesiune și achiziții publice, nemaifiind relevantă doar pentru contracte derizorii din punct de vedere civil, precum e contractul de joc și pariuri.

*Contractul de concesiune* se încheie în materie de dezvoltare publică, astfel că are o importanță practică foarte mare. Riscul devine o punte între dreptul public și cel privat, fiind folosit într-o primă instanță ca element definitoriu pentru *contractul de concesiune*, ca mai apoi să fie folosit ca un criteriu de distincție între contractele de concesiune și cele de achiziții publice, între contractele de drept public și contractele de drept civil – locațiune, vânzare, între contractele unilaterale și cele bilaterale, între contractele comutative și cele aleatorii.

Cu toate că forța riscului este în creștere, neinclusiunea riscului de operare în câmpul contractual al *concesiunii* nu atrage nici o sancțiune, fiind un criteriu de calificare și nu un element esențial pentru încheierea contractului. Atunci când respectivul act juridic nu poate fi nici contract de concesiune (riscul de operare nu a fost asumat în mare parte de concesionar), nici contract de achiziție publică, contractul încheiat de autoritatea publică trebuie să își continue existența sub o formă, atât timp cât nu poate fi desființat. Singura modalitate posibilă este să îmbrace hainele unui contract civil, cu toate implicațiile juridice posibile.

Riscul de operare are aceeași semnificație ca riscul din dreptul privat, respectiv de eveniment aleatoriu, exterior contractului, care produce prejudicii de natură economică concesionarului. Cu toate acestea, sfera de aplicare a riscului de operare este complet diferită de cea a riscului din dreptul privat, având efecte diferite asupra contractului și cuprinzând evenimente diferite. Ele pot coexista în interiorul unui contract de concesiune. Ba mai mult, se poate naște un concurs între cele două, *contractul de concesiune* fiind cel care jonglează cu aceste riscuri, pasându-le dintr-o parte în alta. De cele mai multe ori, *riscul disolutiv* are un efect nimicitor asupra riscului de operare.

Într-un atare context legislativ, riscul se transformă din Cenușăreasa în regina balului. Concesiunea nu mai poate fi gândită independent de ideea de risc. Riscul este cel care stabilește dacă este concesiune sau dimpotrivă, contract de achiziții publice, ba mai mult, dacă suntem în prezența unui contract de drept public sau un contract civil.

---

\* Contact : anamaria.coldea@gmail.com.

<sup>1</sup> Art. 86 din Lege:

„(1) Contractele de concesiune se atribuie pe baza criteriului ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic, stabilită în baza unor criterii obiective care garantează evaluarea ofertelor în condiții de concurență reală.

(2) În sensul alin. (1), criteriile obiective trebuie să aibă legătură directă cu obiectul concesiunii de lucrări sau al concesiunii de servicii și se pot referi la oricare dintre următoarele:

- a) gradul de preluare a unor riscuri de către concesionar;
- b) nivelul plăților actualizate efectuate de către entitatea contractantă;
- c) nivelul tarifelor de utilizare;
- d) modalitatea de execuție a lucrărilor/prestare a serviciilor bazată pe indicatori de performanță de ordin calitativ, tehnic, funcțional, financiar etc.;
- e) modul de asigurare a protecției mediului;
- f) modul de rezolvare a unor probleme sociale;
- g) nivelul redevenței (s.n.);
- h) durata concesiunii;
- i) inovarea.”

<sup>2</sup> M. Mureșan, *Dinamica relațiilor sociale reglementate de lege, oglindită în teoria și practica dreptului*, Cluj-Napoca, 1988, p. 32, nota 32 apud A. Iorgovan, op. cit., p. 102.

- <sup>3</sup> T. Prescure, Despre regimul juridic al contractului de concesiune în dreptul românesc contemporan, articol consultat la adresa web: [http://revcurentjur.ro/old/arhiva/attachments\\_200412/recjurid041\\_24F.pdf](http://revcurentjur.ro/old/arhiva/attachments_200412/recjurid041_24F.pdf), p.3.
- <sup>4</sup> C. G. Dinu, Contractul de concesiune, ediția 2, editura C.H. Beck, București, 2016, p. 39.
- <sup>5</sup> P. Negulescu, Tratat de drept administrativ, vol. 1, Principiile generale, București, 1934, p. 154.
- <sup>6</sup> Ne bazăm susținerea conform căreia dreptul comun aplicabil contractului de concesiune este dreptul civil și ținând cont de reglementări mai vechi și doctrina aferentă, respectiv Legea nr. 71/1969 privind contractele economice și S. Cărpenaru, E. Kovács, D. Petică-Roman, Legislație economică, editura Didactică și Pedagogică, București, 1983. În art. 97 al Legii nr. 71/1968 se prevede că „Dispozițiile prezentei legi se completează cu prevederile Codului civil, în măsura în care nu sunt potrivnice legii de fata sau naturii raporturilor dintre unitățile socialiste”.
- <sup>7</sup> Art. 110 din Legea nr. 100/2016
- „(1) Fără a aduce atingere dispozițiilor dreptului comun privind încetarea contractelor sau dreptului entității contractante de a solicita constatarea nulității absolute a contractului de concesiune, în conformitate cu dispozițiile dreptului comun, entitatea contractantă are dreptul de a denunța unilateral un contract de concesiune, în perioada de valabilitate a acestuia, în una dintre următoarele situații:
- a) concesionarul se afla, la momentul atribuirii contractului, în una dintre situațiile prevăzute la art. 79-81, care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire;
- b) contractul nu ar fi trebuit să fie atribuit concesionarului respectiv, având în vedere o încălcare gravă a obligațiilor care rezultă din legislația europeană relevantă și care a fost constatată printr-o decizie a Curții de Justiție a Uniunii Europene.
- (2) Entitatea contractantă introduce dreptul de denunțare unilaterală prevăzut la alin. (1) în condițiile contractuale cuprinse în documentația de atribuire”.
- <sup>8</sup> Pe larg vezi P. Vasilescu, *Relativitatea actului juridic civil*, editura Universul Juridic, București, 2008, p. 12 și urm.
- <sup>9</sup> Inclusiv în art. 1 alin. 2 din Legea nr. 219/1998 s-a menționat noțiunea de risc: „Concesionarea 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”.
- <sup>10</sup> A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, ed. All Beck, București, 2005, p. 243.
- <sup>11</sup> R. Dussault, L. Brogeât, *Traité de droit administratif*, vol. II, 2eme édition, Presses de l’Université Laval, Québec, 1986, p. 154.
- <sup>12</sup> L. Richer, F. Lichere, *Droit des contrats administratifs*, 10e edition, LGDJ, Paris, 2016, p. 567 și urm.
- <sup>13</sup> C. G. Dinu, op. cit., p.1.
- <sup>14</sup> A se vedea în acest sens
- Cauza C.J.U.E. C-458/03, Parching Brixen c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke, Hotărâre din 13 octombrie 2005,
- Cauza C.J.U.E. C-206/08, WAZV Gotgha c. Eurowasser Aufbereitungs, Hotărâre din 10 septembrie 2009,
- Cauza C.J.U.E. C-29/04, Comisia c. Austria, Hotărâre din 10 noiembrie 2005,
- Cauza C.J.U.E. C-382/05, Comisia c. Italia, Hotărâre din 18 iulie 2007,
- Cauza C.J.U.E. C-264/03, Comisia c. Franța, Hotărâre din 20 octombrie 2005.

<sup>15</sup> Art. 6 din Legea nr. 100/2016

„(1) Atribuirea unei concesiuni de lucrări sau de servicii implică întotdeauna transferul către concesionar a unei părți semnificative a riscului de operare de natură economică, în legătură cu exploatarea lucrărilor și/sau a serviciilor respective”.

<sup>16</sup> C. G. Dinu, op. cit., p. 123.

<sup>17</sup> ANEXA nr. 1: Matricea preliminară de repartitie a riscurilor de proiect. Lista generală de referință a riscurilor pentru un proiect de concesiune de lucrări din *Norme*.

Categoria de risc	Descriere	Consecințe
1.	Riscuri referitoare la locație (...)	
2.	Riscuri de proiectare (...)	
3.	Riscuri de finanțare a proiectului (...)	
4.	Riscuri aferente cererii și veniturilor (...)	
5.	Riscuri legislative/politice (...)	
6.	Riscuri naturale (...)	
7.	Riscurile etapei de pregătire/atribuire (...)	
8.	Riscuri referitoare la construcție (...)	
9.	Riscuri de operare și de întreținere (...)	

<sup>18</sup> Cauza C.J.U.E C-274/09 din data de 10 martie 2011, Privater Rettungsdienst und Kranken-transport Stadler c. Zweckerband fur Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, p. 37-38.

<sup>19</sup> C. G. Dinu, op. cit., p. 270.

<sup>20</sup> Cauza C.J.U.E C-274/09 din data de 10 martie 2011, Privater Rettungsdienst und Kranken-transport Stadler c. Zweckerband fur Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, Hotărâre din 10 septembrie 2011.

<sup>21</sup> S. Platon, Délégation du service public et concession de services en droit de l'Union Européenne, în A.J.D.A., nr. 25/2013, p. 1452 apud C. G. Dinu, op. cit., p. 270.

<sup>22</sup> C. G. Dinu, op. cit., p. 126.

<sup>23</sup> I. Adam, op. cit., p. 177.

<sup>24</sup> C. G. Dinu, op. cit., p. 89.

<sup>25</sup> Art. 32 din Legea nr. 219/1998 prevede că „relațiile contractuale dintre concedent și concesionar se bazează pe principiul echilibrului financiar al concesiunii, respectiv pe realizarea unei posibile egalități între avantajele care fi 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”.

<sup>26</sup> T. Prescure, op.cit., p. 3.

<sup>27</sup> L. Richer, F. Lichere, op. cit., p. 567 și urm.

<sup>28</sup> Idem, p. 582 – 585.

<sup>29</sup> Idem, p. 593.

<sup>30</sup> Vezi art. 11 și 12 din *Lege*.

<sup>31</sup> G. D. Dinu, op. cit., p. 127.

<sup>32</sup> Consultat online, la adresa web:

[http://discutii.mfinante.ro/static/10/Mfp/PPP/GHID\\_CONCES\\_PUBLICE.pdf](http://discutii.mfinante.ro/static/10/Mfp/PPP/GHID_CONCES_PUBLICE.pdf)



<sup>33</sup> În lucrarea S. Cărpenaru, E. Kovács, D. Petică-Roman, op. cit., p. 54 s-a susținut că „elementul esențial al distincției dintre contractele economice și contractele comune supuse regulilor generale ale dreptului civil (...), îl constituie scopul pentru care se încheie contractul: prin încheierea contractelor economice se urmărește fundamentarea și realizarea sarcinilor de plan care privesc activitatea de bază a unităților socialiste și care sunt cuprinse în planul național unic, pe când contractele comune se încheie cu scopul satisfacerii altor nevoi ale unităților socialiste, fără a urmări realizarea unor sarcini din planul național unic”.

<sup>34</sup> Toate aceste prevederi sunt asemănătoare cu cele prezente în O.U.G. nr. 54/2006 și în normele sale de aplicare.

<sup>35</sup> În lucrarea lui D. Dragoș, *Public Contracts and Public Private Partnership*, editura Tritonics, București, 2013, p. 160 și urm. se menționează ca modalitate de încetare a contractului – *ineffectiveness*. Pentru detalii legate de acest subiect vezi și: *Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union* în *Sigma Paper*, nr. 41 și R. Caranta, *Remedies in EU Public Contract Law: The preceduralisation of EU Public Procurement Legislation*, articol publicat în *Review of European and Administrative Law* nr. 8/2015-1. Există și Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, reglementare care enumeră în art. 58 cazurile de nulitate ale contractului de concesiune.

<sup>36</sup> Asumarea răspunderii în caz de forță majoră a fost considerată (vezi S. Cărpenaru, E. Kovacs, D. Petică-Roman, op. cit., p. 90) o clauză de răspundere contractuală agravată, interzisă și nulă. Motivul unei astfel de interdicții este reprezentat de faptul că „o răspundere agravată nu ar mai putea fi un stimulent pentru unitatea socialistă și deci prin răspundere nu s-ar putea determina o anumită comportare”.

<sup>37</sup> T. Prescure, op. cit., p. 18.

<sup>38</sup> C. G. Dinu, op. cit., p. 90.

<sup>39</sup> T. Prescure, op. cit. 19.

<sup>40</sup> Ibidem.