

ARBITRABILITATEA LITIGIILOR IZVORÂTE DIN CONTRACTE ADMINISTRATIVE

Anca NIȚĂ

Abstract

This study starts from the controversial doctrinal and jurisprudential controversy generated by the arbitrability of administrative contracts, especially of those of public procurement, with regard to national arbitration.

Since the determination of the appurtenance of the institution of commercial arbitration and of its links to the other branches of law allows for greater precision in outlining the concept of arbitration and its scope, after the "positioning of commercial arbitration within the Romanian legal system" our attention must focus on the interpretation of the provisions of article 542 of the Code of Civil Procedure and of article 1112 of the Code of Civil Procedure, regarding the distinction between objective arbitrability (conditioned by the patrimonial nature of the dispute and by the tradable nature of the parties' rights) and, respectively, subjective arbitrability (related to the capacity of the legal entities of public law to conclude arbitration conventions).

After making the due distinction between international arbitration (for which the unanimous opinion, based on the provisions of article 2.1 of the 1961 European Convention on International Trade Arbitration at Geneva, was that of accepting the arbitrability of litigations arising from administrative contracts) and national arbitration, the analysis, made by reference to the succession over time of normative acts governing the matter, of doctrinal approaches and of judicial practice, arrives at the conclusion that there is a need for a nuanced approach to the arbitrability/non-arbitrability of litigations arising from administrative contracts, depending on their typology.

Keywords: *administrative contract; commercial arbitration; objective/subjective arbitrability; compromissory clause; competence; contentious administrative*

I. Considerații introductive

Teoria contractelor administrative își are sorgintea în dreptul francez, inițiatorul teoriei fiind prof. Gaston Jeze, care a sistematizat deciziile jurisprudenței Consiliului de stat – tribunal administrativ în judecarea litigiilor dintre particulari și administrația publică.

Contractul administrativ este așadar creație a dreptului francez și are în centru noțiunea de „interes general” și „serviciu universal”; ne aflăm în prezenta unui contract administrativ atunci când „una dintre părți este o autoritate publică iar contractul conține dispoziții care derogă de la regulile comune ale dreptului privat –

așa numitele clauze exorbitante, care au rolul de a asigura o poziție supraordonată a autorității publice”.

Jurisprudența franceză a subliniat faptul că aceste caractere pot fi extinse și la situații în care niciuna din părțile contractante nu este o autoritate publică, căci caracterul contractului nu se stabilește în funcție de calitatea de autoritate publică a uneia dintre părți, ci în funcție de obiectul contractului. La fel, doctrina franceză arată că participarea la realizarea unui serviciu public poate fi un criteriu care califică un contract ca fiind unul administrativ, chiar dacă este încheiat între persoane private și nu conține clauze exorbitante și că toate contractele menționate în Codul achizițiilor publice, sunt contracte administrative.

Doctrina românească, iar mai apoi legislația, a preluat noțiunea de contract administrativ dar nu au reușit să o contureze suficient de precis și nici să o utilizeze în mod coerent.

Problemele cadrului legislativ românesc, inclusiv în domeniul administrației publice, sunt cunoscute de autoritățile statului, necesitatea raționalizării și sistematizării reglementărilor fiind semnalată în contextul impus de Uniunea Europeană, care pune un accent deosebit pe „buna guvernare” și „o reglementare inteligentă”.

Intenția Guvernului României de a codifica cadrul legal din domeniul administrației publice, prin intermediul unui *Cod administrativ și al unui Cod de procedură administrativă*, a fost statuată încă din anul 2001 și reiterată în „Strategia pentru consolidarea administrației publice 2014-2020”¹.

Cod de procedură administrativă se află încă în stadiu de proiect, deși Tezele Prelabile au fost aprobate prin H.G. nr. 1360/2008².

Codul de procedura are în vedere dreptul comparat și experiența altor state, cu sisteme administrative destul de diverse (Portugalia, Austria, SUA, Spania, Polonia, Germania, Grecia etc.), iar structura sa este concepută astfel încât să răspundă nevoii de reglementare unitară a unor aspecte esențiale în funcționarea administrației publice. Astfel, proiectul Codului de procedura administrativă cuprinde dispoziții generale, cum ar fi obiectul de reglementare, înțelesul unor termeni (autoritate publică, activitate administrativă, act administrativ, drept subiectiv și interes legitim etc.), urmata de detalierea procedurii administrative. Sunt tratate principiile generale, părțile procedurii, regimul juridic al competenței, controlul administrativ, formele acestuia și principiile după care se exercită. Finalul proiectului este dedicat cailor de atac pe cale administrativă a actelor administrative: recursul administrativ și jurisdicțiile administrative speciale etc.

Proiectul dedica o parte importantă unei instituții juridice centrale a dreptului administrativ: actul administrativ, reglementează operațiunile administrative, precum și regimul general al contractelor administrative.

¹ Aprobata prin H.G. nr. 909/2014, publicată în M. Of. nr. 834 din 17 noiembrie 2014.

² Publicată în M. Of. nr. 734/2008.

Astfel – în cuprinsul *Titlului VII – Contractele administrative*, sunt precizate criterii de calificare a unui contract ca fiind administrativ, și efectele juridice ale acestei calificări.

Art. 154 - cu denumirea marginală "Dispoziții generale. Definiție" prevede:

1) Autoritățile publice pot încheia contracte administrative sau contracte de drept privat.

2) Contractul administrativ reprezintă acordul de voință cu caracter bi sau multilateral, în care cel puțin o parte este o autoritate publică, prin care se urmărește satisfacerea unui interes public și căruia i se aplică un regim juridic special, de drept administrativ.

3) Contractele administrative se încheie în formă scrisă, sub sancțiunea nulității absolute

Condiții pentru calificarea juridică sunt prezentate în cuprinsul art. 155, iar modalitățile de calificare ale contractului administrativ și efectele unei atare calificări sunt detaliate în cuprinsul art. 156³ și respectiv în art. 157⁴.

Natura juridică – în egală măsură complexă și controversată a contractului administrativ a făcut ca ea să fie revendicată atât de specialiști în drept public, cât și de cei în drept privat.

Prima lege a contenciosului administrativ de după 1989, respectiv *Legea nr. 29/1990*⁵ nu consacră competența instanței de contencios administrativ în privința soluționării litigiilor izvorâte din contractele administrative și nici nu asimilă contractul administrativ actului administrativ.

*Legea contenciosului administrativ nr.554/2004*⁶ – modificată și completată prin *Legea nr. 262/2007*⁷, nu oferă o definiție a contractului administrativ, asimilându-l

³ Art. 156 - Calificarea unui contract ca fiind contract administrativ se poate realiza:

a) expres, prin lege;

b) de către instanța de contencios administrativ, în cursul unui proces sau în urma unei sesizări cu acest obiect, prin hotărâre de interpretare, în cadrul contractelor necalificate prin lege.

⁴ Art. 157 - (1) Calificarea ca atare a unui contract administrativ are ca efect aplicarea unui regim juridic de drept administrativ, care constă în:

a) autoritatea publică are dreptul de modificare/denuțare unilaterală a contractului, fără intervenția instanței, în temeiul interesului public.

b) dacă legea nu prevede expres altfel, competența de soluționare a litigiilor rezultate din încheierea, executarea și încetarea contractului aparține instanțelor de contencios administrativ.

c) încheierea, executarea și încetarea efectelor contractului sunt guvernate de principiul priorității interesului public în fața celui privat.

d) autoritățile publice au obligația de a despăgubi contractantul privat atunci când modificarea/rezilierența contractului în temeiul interesului public nu este rezultatul culpei acestuia. Cuantumul despăgubirii se stabilește de comun acord de părțile contractante.

⁵ Publicată în M. Of. nr. 122 din 8 noiembrie 1990.

⁶ Publicată în M. Of. nr. 1154 din 7 decembrie 2004.

⁷ Publicată în M. Of. nr. 510 din 30 iulie 2007.

însă actului administrativ, prin dispoziția expresă cuprinsă în art. 2 alin. 1 lit. c), teza finală⁸.

Legea organică nu definește contractul administrativ însă „invită” legiuitorul ca în legile speciale să menționeze expres atunci când competența de judecată pentru litigiile privind alte contracte va fi a instanțelor de contencios administrativ.

În cazul unor asemenea legi speciale, nu va fi necesară menționarea caracterului administrativ al contractului, competența de soluționare a litigiilor fiind o indicație suficientă sub acest aspect.

O problemă se naște totuși din formularea articolului 2 alin. (1) lit. c). Lăsând la latitudinea legiuitorului să determine competența în legătură cu „alte categorii de contracte administrative”, rezultă concluzia că *pentru unele categorii de contracte administrative este posibil ca legiuitorul să stabilească o competență a instanțelor de drept civil sau specializate, altele decât cele de contencios administrativ*.

Acele contracte, în cazul în care îndeplinesc criteriile pentru a fi definite ca fiind contracte administrative, nu își pierd această calitate doar pentru motivul că litigiile care se nasc în legătură cu ele sunt date spre soluționare altor instanțe decât cele de contencios administrativ.

În art. 8 alin. 2 și alin. 3 – Legea nr. 554/2004 consacră prevalența principiului interesului public asupra principiul libertății contractuale și atribuie instanței de contencios administrativ competența de a soluționa litigiile care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum și orice litigii legate de încheierea, modificarea, interpretarea, executarea și încetarea contractului administrativ.

Este de subliniat faptul că instanța de contencios constituțional – investită cu exercitarea controlului conformității cu Legea fundamentală a art. 8 alin. 3 din Legea nr. 554/2004, s-a pronunțat constant în sensul respingerii ca neîntemeiată a excepției de neconstituționalitate.⁹

În articolul 18 alin. (4), referitor la soluțiile pe care le poate pronunța instanța de contencios administrativ se arată:

„Atunci când obiectul acțiunii în contencios administrativ îl formează un contract administrativ, în funcție de starea de fapt, instanța poate:

- a) dispune anularea acestuia, în tot sau în parte;
- b) obliga autoritatea publică să încheie contractul la care reclamantul este îndrituit;
- c) impune uneia dintre părți îndeplinirea unei anumite obligații;
- d) suplini consimțământul unei părți, când interesul public o cere;
- e) obliga la plata unor despăgubiri pentru daunele materiale și morale”.

⁸ „Sunt asimilate actelor administrative.. și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice, achizițiile publice; prin legi speciale pot fi prevăzute și alte categorii de contracte supuse competenței instanțelor de contencios administrativ”.

⁹ Decizia nr. 185/6.03.2007, publicată în M. Of. nr. 185 din 23 aprilie 2007.

Dispozițiile art. 7 alin. 6 din Legea nr. 554/2004 dovedesc faptul că legiuitorul a fost conștient de faptul că anumite reguli specifice contractelor comerciale funcționează și în cazul contractelor administrative, însă, înțelege să protejeze interesul general, interesul public, făcând aplicabile regulile specifice în acest sens ale contractelor administrative, reguli care ar putea fi invocate doar în fața instanțelor de contencios administrativ așa cum reiese din dispozițiile articolului 8 alin. (3).

Legea nr. 554/2004 stabilește în art. 28, că dispozițiile sale se completează cu prevederile Codului de procedură civilă, în măsura în care nu sunt incompatibile cu specificul raporturilor de putere dintre autoritățile publice, pe de o parte, și persoanele vătămate în drepturile sau interesele lor legitime, pe de altă parte.

II. Localizarea arbitrajului comercial în cadrul sistemului de drept român

Deși pare o problemă pur teoretică, s-a spus pe drept cuvânt – în literatura de specialitate că „determinarea apartenenței instituției arbitrajului comercial și studiul legăturilor acestei instituții cu celelalte ramuri de drept, permite o mai mare precizie în conturarea conceptului de arbitraj, a trăsăturilor și particularităților ce-i sunt proprii și a domeniului de aplicare”.

În *Codul de procedură civilă* regăsim consacarea arbitrajului intern în cuprinsul Cărții a IV-a – Despre arbitraj (art. 541-621) iar cea a arbitrajului internațional în cuprinsul Cărții a VII-a – Titlului IV (art. 1.110-1122)

Art.542 C. pr. civ. – cu denumirea marginală „Obiectul arbitrajului” dispune:

1) Persoanele care au capacitate deplină de exercițiu pot conveni să soluționeze pe calea arbitrajului litigiile dintre ele, în afară de acelea care privesc starea civilă, capacitatea persoanelor, dezbaterea succesorală, relațiile de familie, precum și drepturile asupra cărora părțile nu pot să dispună.

2) Statul și autoritățile publice au facultatea de a încheia convenții arbitrale numai dacă sunt autorizate prin lege sau prin convenții internaționale la care România este parte.

3) Persoanele juridice de drept public care au în obiectul lor de activitate și activități economice au facultatea de a încheia convenții arbitrale, în afară de cazul în care legea ori actul lor de înființare sau de organizare prevede altfel. În interpretarea dispoziției legale menționate, doctrina de specialitate a statuat că arbitrabilitatea unui litigiu poate fi privită din dublă perspectivă :

– *Arbitrabilitatea obiectivă* (alin. 1), ce este condiționată de natura patrimonială a litigiului, precum și de caracterul tranzacționabil al drepturilor părților;

Deși noțiunea de „patrimonial” a fost eliminată din definiția arbitrajului național (în vechiul Cod de procedură civilă – art. 340 , această mențiune fiind expresă), în doctrină opinia majoritară a fost că, și în absența unei astfel de precizări, numai litigiile patrimoniale pot fi arbitrabile. S-a exprimat și opinia contrară, în sensul că noua formulare indică faptul că este vorba despre litigii

patrimoniale/nepatrimoniale cu primire la drepturi de care părțile pot să dispună. A fost semnalat cazul „arbitrajului” în conflictele privind drepturile pacientului¹⁰.

Arbitrabilitatea subiectivă (alin. 2, 3), este legată de capacitatea subiectelor de drept public de a încheia convenții arbitrale.

Alin. 2 al art. 542 C. pr. civ. nu dă curs la interpretări: Statul și autoritățile publice pot încheia convenții arbitrale numai dacă sunt autorizate prin lege sau prin convenții internaționale la care România este parte.

Prin legi speciale s-a prevăzut expres posibilitatea statului și autorităților publice de a recurge la arbitraj¹¹.

Dispozițiile art. 542 alin. 2, 3 sunt preluate în „Regulile de procedură arbitrală ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă CCIR, aprobate prin Decizia nr.7/2013¹².

Art. 1.112 C. pr. civ., intitulat „Arbitrabilitatea litigiului”, prevede că:

„1) Orice cauză de natură patrimonială poate face obiectul arbitrajului dacă ea privește drepturi asupra cărora părțile pot dispune liber, iar legea statului de sediu al instanței arbitrale nu rezervă competența exclusivă instanțelor judecătorești.

2) Dacă una din părțile convenției arbitrale este un stat, o întreprindere de stat sau o organizația controlată de stat, această parte nu poate invoca propriul său drept pentru a contesta arbitrabilitatea unui litigiu sau capacitatea sa de a fi parte în procesul arbitral”.

Alin. 1 consacră arbitrabilitatea obiectivă, aptitudinea unui diferend de a face obiectul arbitrajului internațional și stabilește o limitare suplimentară: legea statului de sediu al instanței arbitrale să nu rezerve pentru litigiul dedus arbitrajului competență exclusivă instanțelor judecătorești.

La noi, astfel de competențe se deduc din reglementarea art. 542 C. pr. civ.

Alin. 2 consacră arbitrabilitatea subiectivă, capacitatea unei persoane de a fi parte într-un litigiu sau de a reprezenta o parte. O situație specială se referă la capacitatea statelor, o întreprinderilor de stat sau a organizațiilor controlate de stat, care nu pot invoca propriul lor drept pentru a contesta arbitrabilitatea unui litigiu sau capacitatea de a fi parte în procesul arbitral.

Pe de o parte, s-a spus pe drept cuvânt că „*avem încă o viziune prea etatistă*” asupra noțiunii de arbitrabilitate, o viziune pe temeiul căruia discriminăm pe naționali în raport cu străinii.

¹⁰ Art. 17 din Legea drepturilor pacientului nr. 46/2003.

¹¹ Art.32 din Legea nr. 236/2003 privind organizarea pieței tutunului brut în România : „1) În caz de litigii privind calitatea tutunului livrat, unitatea prim-procesatoare se poate adresa unei comisii de arbitraj.

(2)Dispozițiile legale privind arbitrajul, cuprinse în Codul de procedură civilă, rămân aplicabile”;

Art. 61 din Legea minelor nr. 85/2003:

„Soluționarea litigiilor în legătură cu interpretarea și executarea licențelor/permiselor este de competența instanțelor din România, dacă părțile nu au convenit soluționarea pe cale arbitrară, inclusiv a instanțelor internaționale”.

¹² Publicată în M. Of. nr. 184/2013.

Fără doar și poate, interpretarea disp. art. 1112 și cea a art. 542 alin. 2 C. pr. civ., impune această concluzie, adăugând în cazul naționalilor o condiție suplimentară la cea unanim acceptată pentru stabilirea arbitrabilității (tranzacționabilitatea drepturilor) și pe aceea ca statul să fie autorizat a încheia convenții arbitrale.

Pe de altă parte, criticabilă este și opțiunea legiuitorului român care în art. 542 C. pr. civ. distinge între stat și autorități publice (alin. 2) și celelalte persoane juridice de drept public (alin. 3)¹³.

III. Este sau nu arbitrabil litigiul izvorât din contractul administrativ

În ceea ce privește *arbitrajul internațional*, opinia unanim conturată a fost cea a acceptării arbitrabilității litigiilor comerciale născute din contracte administrative. Temeiul l-a reprezentat Convenția de la Geneva din 1961 – disp. art. 2.1. – care recunosc statelor și persoanelor juridice de drept public dreptul de a încheia convenții arbitrale.

Controversa doctrinară și jurisprudențială a vizat arbitrajul intern.

Este de principiu că cenzura actelor administrative nu se poate realiza decât în fața instanței de contencios administrativ, astfel că – la o primă vedere, litigiul izvorât din contractul administrativ – asimilat actului administrativ, nu este arbitrabil.

Doar dintr-o perspectivă pur administrativă și fără luarea în considerare a realităților economico-sociale și a legislației, răspunsul la întrebare ar putea fi categoric negativ.

Autoritate incontestabilă a dreptului românesc, *prof. Deleanu* afirma că „De principiu, un litigiu nu poate fi sustras arbitrajului numai pentru că implică o problemă de drept administrativ, ci doar dacă chestiunea litigioasă alegată privește direct și un interes general, astfel că dacă tranzacția este admisă în legătură cu o acțiune civilă care derivă dintr-o infracțiune, cu atât mai mult ea trebuia admisă în legătură cu o acțiune civilă ce derivă dintr-un act administrativ ilegal¹⁴”.

Dar constatarea ilegalității actului administrativ este exclusiv atributul instanței specializate

Tot reputatul profesor I. Deleanu sublinia că, deși contenciosul administrativ nu este susceptibil de arbitraj, subiectele acestuia neputând fi părți nu numai într-o clauză compromisorie – imposibil de imaginat, dar nici într-un compromis, competența în materie fiind atribuită unor anumite instanțe specializate, excluzând atribuirea competenței tribunalului arbitral, care nu poate interveni în raporturile de putere existente între organele judecătorești și cele administrative, totuși, nu

¹³ B. Oglindă, *Despre validitatea și caracterul operant al clauzelor compromisorii încheiate de stat, autorități publice și alte persoane juridice de drept public, în contextul noului Cod de procedură civilă și al legislației speciale aplicabile*, în *Revista Transilvană de Științe administrative* 1 (34)/2014, p. 92.

¹⁴ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 497.

există nici un impediment ca, în cazul admiterii cererii de către instanța judecătorească, părțile să rezolve prin arbitraj problema daunelor materiale și morale.

Alți autori apreciază că de vreme ce Legea nr. 554/2004 prevede expres că în soluționarea acestor litigii, privind contractele administrative, se are în vedere regula după care principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public, conferindu-se preeminență regimului de drept public, regula este reprezentată de excluderea acestei categorii de litigii de la arbitraj, dacă legea specială nu dispune altfel¹⁵.

Arbitrabilitatea litigiilor izvorâte din contractele de achiziție publică sub imperiul vechii reglementări

Nu vom insista cu aspecte de detaliu – problematica fiind cu siguranță cunoscută, ci vom evidenția succint originile controverselor și orientările jurisprudențiale.

Pentru a se alinia la exigențele europene în domeniul atribuirii contractelor oferite de către administrația publică, în anul 2006 au fost adoptate două acte normative: *O.U.G. nr. 54/2006* privind concesiunea bunurilor din domeniul public¹⁶ (care a înlocuit Legea nr. 219/1998) – care instituie explicit competența instanței de contencios administrativ în soluționarea litigiilor izvorâte din contractele de concesiune, respectiv și *O.U.G. nr. 34/2006* privind achizițiile publice, concesiunea de lucrări publice și concesiunea de servicii¹⁷ – care în forma inițială – prevedea în art. 286 alin. 3) că „Pentru soluționarea litigiilor apărute după încheierea contractului de achiziție publică, altele decât cele referitoare la despăgubiri, este competentă numai instanța de judecată”. Textul nu prevedea explicit instanța, dar era succedat de art. 287 care în alin. 1 stabilea că „Pentru procedurile prevăzute la art. 286 se aplică dispozițiile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările ulterioare”.

O.U.G. nr. 34/2006 – Norme de aplicare: art. 55 alin. 2 „Părțile pot insera în contract clauza arbitrală sau compromisorie care atribuie competența de soluționare a litigiilor izvorâte din executarea contractului instanțelor arbitrale”¹⁸.

*O.U.G. nr. 76/2010*¹⁹ – aprobată prin Legea nr. 278/2010²⁰ a fost expresia unei vădite incoerențe legislative; (procesele și cererile în speță se soluționează în prima instanță de către secția comercială a tribunalului în circumscripția căruia se afla arondat sediul autorității contractante). Menținându-și privirea ațintită doar

¹⁵ Gh. Buta, M. Tăbărcă, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat cu legislație, jurisprudență și doctrină*, ed. a 2-a, revăzută și aăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2008.

¹⁶ Publicată în M. Of nr. 54 din 28 iunie 2006.

¹⁷ Publicată în M. Of. nr. 418 din 15 mai 2006.

¹⁸ H.G. se emit pt. organizarea executării legilor, ca atare, nu pot suprima sau modifica dispozițiile legale în baza cărora se emit.

¹⁹ Publicată în M. Of. nr. 453 din 2 iulie 2010.

²⁰ Publicată în M. Of. nr. 898 din 31 octombrie 2010.

asupra dreptului european comunitar, emitenții actelor normative naționale au încălcat dispozițiile constituționale, golind de conținut normele stabilite atât prin art. 52 al Constituției cât și de o lege organică, Legea nr. 554/2004, prin dispozițiile unor ordonanțe”.

Prin modificarea adusă O.U.G. nr. 34/2006 prin O.U.G. nr. 77/2012²¹ – aprobată prin Legea nr. 193/2013²² s-a revenit la secția de contencios administrativ, iar prin introducerea art.288/1 („Părțile pot conveni ca litigiile în legătură cu executarea contractelor (..) să fie soluționate prin arbitraj), s-a pus capăt disputei privitoare la arbitrabilitatea contractului de achiziție publică încheiat în procedura OUG nr. 34/2006.

Opinia susținută de autorii care pledează pentru arbitrabilitatea unor atare litigii, indiferent de momentul la care a fost încheiată convenția arbitrală și declanșat conflictul judiciar, în sensul că „În lipsa unei interdicții exprese în sensul nearbitrabilității unei categorii de litigii, dreptul comun și principiul libertății contractuale devin pe deplin aplicabile în aceasta materie, orice limitare a capacității de folosință putându-se face numai în temeiul unei interdicții exprese, inexistența la momentul respectiv nici în reglementarea specială, nici în reglementarea generală a arbitrajului”, nu a fost însușită de instanțele de judecată.

I.C.C.J. – SCAF, Decizia nr. 3483 din 29 iunie 2010: Contract de achiziție publică. Inserarea unei clauze arbitrale. Nelegalitate

În acord cu prevederile cu caracter imperativ cuprinse în art. 286 din O.U.G. nr. 34/2006, litigiile privitoare la contractele de achiziții publice sunt de competența exclusivă a instanțelor de contencios administrativ, astfel ca este nelegală inserarea unei clauze arbitrale în conținutul unui contract de achiziție publică.

Neinvocarea de către părți, în cadrul procedurii arbitrale, a excepției privind validitatea convenției arbitrale, nu împiedică instanța de judecată investită cu acțiunea în anularea hotărârii arbitrale să pună în discuția părților aceasta excepție și, constatând că litigiul nu este susceptibil de soluționare pe calea arbitrajului, să anuleze respectiva hotărâre, prin aplicarea dispozițiilor art. 364 alin. (1) lit. a) C. pr. civ.

ICCJ – Secția a II-a civilă, dec. civ. 682/25.02.2014, prin care s-a casat sentința CAB, s-a anulat sentința arbitrală, dosarul transmis instanței de contencios administrativ competentă.

Argumentul doctrinar potrivit cu care deși nu există dispoziții exprese într-o lege care să permită statului și autorităților publice să recurgă la arbitraj, această capacitate rezultă din Convenția de la Geneva nu este la adăpost de orice critică.

Este adevărat că prin ratificarea Convenției de către România – prin Decretul nr. 281/1963²³, aceasta face parte din dreptul intern, conf. art. 11 alin. 2 din

²¹ Publicată în M. Of. nr. 827 din 10 decembrie 2012.

²² Publicată în M. Of. nr. 387 din 28 iunie 2013.

²³ Emis de Consiliul de Stat al Republicii Populare Române, publicat în Buletinul Oficial nr.12 din 25 iunie 1963.

Constituție, dar în egală măsură este de relevant faptul că această Convenție vizează raporturi juridice cu element de extraneitate.

Convenția de la Geneva definește caracterul internațional al situației litigioase printr-un dublu criteriu: obiectiv – fondul litigiului să privească diferende născute sau care se vor naște din operațiuni de comerț internațional; subiectiv – convenția să fie încheiată între persoane fizice/juridice care au în momentul încheierii acesteia reședința/sediul în state contractante diferite.

Or, după cum pe drept cuvânt s-a subliniat în doctrină „ordinea publică în arbitraj nu coincide cu ordinea publică în procedura judiciară, după cum ordinea publică internă nu coincide cu ordinea publică de drept internațional privat²⁴”.

Până când, legiuitorul nu va interveni în sensul de a dispune „comasarea alin. (2) și (3) ale art. 542 NCPC într-un singur alineat în care să se instituie o singură regulă a arbitrabilității pentru absolut toate entitățile de drept public” – astfel cum de lege ferenda s-a propus, judecătorul statal nu are altă opțiune decât să distingă.

Argumentăm opinia pornind de la cunoscutul principiu de drept potrivit căruia ” unde legea nu distinge, nici interpretul nu o poate face”. Or, legea distinge și, prin urmare, atât judecătorul statal, cât și judecătorul ales trebuie să distingă.

O situație deosebită – reținută ca atare de instanța supremă²⁵, a fost cea în care clauza compromisorie este impusă de lege.

Historicul de rol procesual în care a fost pronunțată hotărârea în recurs, este următorul:

Reclamanta în litigiu izvorât din Acordul Contractual de Lucrări nr. 7339/20.05.2009 este „X” Baia Mare – executant, iar pârâtă UATJ Satu Mare/beneficiar.

Prima instanță a stabilit că nu sunt incidente alte prevederi cu caracter special, respectiv clauza 20.1 din Condițiile de Contract pentru echipamente și construcții, inclusiv proiectare FIDIC 1999 (Anexa 2 la Ordinul MEF/MT/MDLPL nr. 915/465/415/2008 și, în temeiul dispozițiilor art. 340/ art. 343/4 C. pr. civ a constatat că nu este competentă să soluționeze acțiunea dedusă judecății, pe care a respins/o ca inadmisibilă.

Curtea de apel a constatat că în mod greșit prima instanță a admis excepția necompetenței generale, cu consecința respingerii acțiunii ca inadmisibilă. Controlul judiciar a relevat că prima instanță ar fi trebuit să constate inaplicabilitatea în cază a clauzei compromisorii stipulate în contractul încheiat între părți, ca urmare a caracterului nearbitrabil al litigiului.

Instanța supremă, în recurs, a constatat că instanța de apel a aplicat greșit dispozițiile art.286 din OUG nr. 34/2006 și a încălcat dispozițiile art. 340 și urm.

²⁴ I. Băcanu, *Controlul judecătoresc asupra hotărârii arbitrale*, Ed. Lumina Lex, București, 2005.

²⁵ Decizia civilă nr. 1167 din 29.04.2015 pronunțată de ICCJ – Secția a II-a civilă, prezentată în extras în Buletinul Casei nr. 1/2016.

C. pr. civ, reținând / în esență, că la data încheierii contractului prevederile legale aplicabile erau cele ale Ordinului MEF/MT/MDLPL nr. 915/465/415/2008 pentru aprobarea condițiilor contractuale generale și speciale la încheierea contractelor de lucrări. Condițiile contractuale F.I.D.I.C au fost introduse în legislația română prin Ordinul nr. 915/2008 - care instituia obligația autorităților contractante de a le folosi la încheierea tuturor contractelor de lucrări.

A mai reținut instanța de control judiciar că litigiul dintre părți nu se referă la procedura de atribuire și nici nu o contestă, fiind un diferend legat de o prevedere contractuală care are un regim de reglementare particular față de O.U.G. nr. 34/2006, fiind incidentă în speță clauza 20.1 din Condițiile de Contract pentru Echipamente și construcții, inclusiv proiectare, F.I.D.I.C. 1999, că instanța de apel nu putea contesta validitatea unei clauze compromisorii impusă de lege. O astfel de cenzură, precum și analiza măsurii în care clauza compromisorie producea efecte față de tipul de interes proteguit și de natura dispozițiilor art. 286 din O.U.G. nr. 34/2006 puteau să aibă loc exclusiv în cazul în care clauza compromisorie ar fi fost expresia voinței liber exprimate a părților, ceea ce nu este cazul în speță.

Arbitrabilitatea litigiilor izvorâte din contractele de achiziție publică sub imperiul noii legislații în materia contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii.

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 servicii²⁶, dispune prin art. 57: „Părțile pot conveni ca litigiile în legătură cu interpretarea, încheierea, executarea, modificarea și încetarea contractelor să fie soluționate prin arbitraj”.

Se observă că legiuitorul a depășit sfera de cuprindere a art. 288/1 din O.U.G. nr. 34/2006 prin care se stabilea arbitrabilitatea exclusiv pentru litigiile generate de executarea contractelor de achiziție publică.

Noua abordare a legiuitorului, salutară din perspectiva alternativei la justiția statală, poate genera însă noi controverse doctrinare și jurisprudențiale.

Astfel, dacă sub imperiul vechii reglementări controversa a vizat, în principal, latura subiectivă a arbitrajului, redactarea art. 57 din *Legea nr. 101/2006* generează întrebări sub aspectul arbitralității obiective a litigiilor izvorâte din interpretarea și modificarea contractelor de achiziție publică.

Este îndeobște cunoscut faptul că în cazul contractului administrativ conținutul său se stabilește pe cale reglementară și pe cale convențională.

Posibilitatea modificării unilaterale a părții reglementare este de esența contractului administrativ, decurgând din dreptul de putere publică al autorității contractante și nu poate fi disociată de principiul echilibrului financiar al contractului, bazat pe două teorii jurisprudențiale: cea a „faptei prințului” și cea a „impreviziunii”.

²⁶ Publicată în M. Of. nr. 393 din 23.05.2016.

Teoria „faptei prințului” pleacă de la condițiile executării clauzelor contractuale. Astfel, autoritatea publică (primarul) poate agrava prin fapta sa condițiile contractuale, caz în care este obligată să asigure cocontractantului o indemnizație compensatorie egală cu prejudiciul suferit. Pentru aplicarea acestei teorii este necesar ca modificarea unilaterală a clauzelor contractuale să provină de la autoritatea contractantă, deoarece atunci când condițiile care modifică echilibrul inițial al contractului sunt impuse de un eveniment excepțional, independent de voința părților suntem în situația aplicării teoriei impreviziunii²⁷.

Față de problema antamată se ridică următoarea întrebare: litigiul născut dintr-un contract administrativ încheiat între UAT și o societate comercială, spre exemplu, care cuprinde clauza arbitrală permisă de art.57 din Legea nr. 101/2016, poate fi soluționat prin arbitraj atunci când conflictul poartă nu doar asupra încheierii, modificării unei clauze a părții convenționale, ci și a unei clauze cuprinsă în partea reglementară a contractului, pentru care nu este suplinită cerința tranzacționabilității impusă de art. 542 alin. 1 C. pr. civ.?

Față de redactarea art. 57 din Legea nr. 101/2016, la o abordare pur teoretică răspunsul preconizat ar fi unul pozitiv, practica urmând să tranșeze abordarea jurisprudențială.

Un alt aspect care merită relevat este *maniera în care legiuitorului – preocupat de materia achizițiilor publice, a înțeles să modifice și să completeze unele acte normative cu impact asupra domeniului.*

Referirile vizează modificările aduse Legii nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice, prin:

– O.U.G. nr. 58 din 19 septembrie 2016 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact asupra domeniului achizițiilor publice²⁸;

– Legea nr. 225 din 17 noiembrie 2016 pentru modificarea și completarea Legii serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006²⁹.

Potrivit Legii, modalitățile de gestiune cu privire la furnizarea/prestarea serviciilor de utilități publice, sunt: gestiunea directă și gestiunea delegată.

Conform art. 28 alin. 2 – forma modificată:

„Gestiunea directă se realizează prin intermediul unor operatori de drept public sau privat, astfel cum sunt definiți la art. 2 lit. g), respectiv lit. h), fără aplicarea prevederilor Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale și Legii nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii (...).

²⁷ C.S. Săraru, *Clauzele de drept public în contractele administrative*, Revista Transilvană de Științe Administrative, 1 (34)/2014, p. 101.

²⁸ Publicată în M. Of nr. 738/22.09.2016.

²⁹ Publicată în M. Of. nr. 942/23.11.2016.

Art. 28 alin. 2 este completat prin O.U.G. nr. 58/2016, cu *alin. 2/1* – care dispune:

„Autoritățile deliberative ale unităților administrativ-teritoriale sau, după caz, asociațiile de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice, în baza mandatului primit, pot încredința unui operator de drept privat gestiunea serviciilor de utilități publice sau a uneia ori mai multor activități din sfera acestor servicii prin atribuirea directă a contractului de delegare a gestiunii (...)

Potrivit *art. 29 din Lege* – forma modificată prin O.U.G. nr. 58/2016:

„Contractul de delegare a gestiunii este asimilat actelor administrative și intră sub incidența prevederilor Legii nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare”.

8) Contractul de delegare a gestiunii serviciilor de utilități publice poate fi:

- a) contract de concesiune de servicii;
- b) contract de achiziție publică de servicii.

9) În cazul serviciilor de utilități publice, astfel cum sunt definite la art. 1 alin. (2), *procedura de atribuire a contractelor de delegare a gestiunii se stabilește, după caz, în baza prevederilor Legii nr. 98/2016, Legii nr. 99/2016 și Legii nr. 100/2016.*

Fiind un contract esențialmente administrativ, calificat expres de către legiuitor, conține clauze exorbitante (de drept public), competența de soluționare a litigiilor izvorâte din contract a fost stabilită expres prin *art. 51 alin. 4 din Lege*, care înaintea modificărilor are următorul conținut:

„Soluționarea litigiilor dintre unitățile administrativ-teritoriale sau, după caz, dintre asociațiile de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice și operatori în legătură cu atribuirea, încheierea, executarea, modificarea și încetarea contractelor de delegare a gestiunii, precum și a celor privind acordarea de despăgubiri se realizează potrivit prevederilor Legii nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare. Cererea se introduce la secția de contencios administrativ a tribunalului în a cărui competență teritorială se află sediul operatorului”.

Actuala redactare a *art. 51 alin. 4 din Legea nr. 51/2006*: „Soluționarea litigiilor dintre unitățile administrativ-teritoriale sau, după caz, dintre asociațiile de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice și operatori în legătură cu atribuirea, încheierea, executarea, modificarea și încetarea contractelor de delegare a gestiunii, precum și a celor privind acordarea de despăgubiri se realizează potrivit dispozițiilor Legii nr. 101/2016 (...)”.

Prin *Legea nr. 225 din 17 noiembrie 2016* pentru modificarea și completarea Legii serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006³⁰, se introduce *alin. 4/1*, potrivit cu care:

„Soluționarea litigiilor dintre unitățile administrativ-teritoriale sau, după caz, dintre asociațiile de dezvoltare intercomunitară având ca scop serviciile de utilități

³⁰ Publicată în M. Of. nr. 942/23.11.2016.

publice și operatori/operatori regionali în legătură cu atribuirea directă, încheierea, executarea, modificarea și încetarea *contractelor de delegare a gestiunii, precum și a celor privind acordarea de despăgubiri se realizează potrivit prevederilor Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare. Cererea se introduce la secția de contencios administrativ a tribunalului în a cărui competență teritorială se află sediul operatorului”.*

În practica recentă, se remarcă tendința de inserare a clauzei compromisorii în cuprinsul tuturor contractelor administrative încheiate între UAT-uri și operatorii de servicii comunitare de utilități publice (deci nu doar în cele în care procedura de atribuire se realizează prin licitație publică deschisă, ci și a celor în care atribuirea se face prin negociere directă).

Or, dată fiind distincția realizată prin lege, este greu de susținut caracterul arbitral al litigiului în ipoteza consacrată de art. 51 alin. 4/1 din Lege; concluzia care se impune este aceea că în lipsa unei „autorizări prin lege” a UAT-urilor, respectiv a ADI de a încheia o convenție arbitrală, inserarea ei în contract impune instanței de judecată/ tribunalului arbitral să constate caracterul său inoperant.

Față de distincția menționată, controversa jurisprudențială și doctrinară referitoare la arbitrabilitatea/nonarbitrabilitatea litigiului izvorât din contractele administrative pare a fi departe de a fi depășită.

Unul din contractele administrative de mare actualitate – la care deja am făcut referire, este contractul de asociere între două sau mai multe U.A.T-uri, în vederea formării unei asociații de dezvoltare intercomunitară (A.D.I.) în condițiile Legii nr. 215/2001 și a altor acte normative care reglementează varietăți ale acestui tip de contract.

Conform art. 11 alin. 1 și 2 din Legea nr. 215/2001: două sau mai multe U.A.T.-uri au dreptul ca în limitele competențelor autorităților lor deliberative și executive, să coopereze și să se asocieze în condițiile legii, formând asociații de dezvoltare intercomunitară, cu personalitate juridică de drept privat și de utilitate publică, în scopul realizării în comun a unor proiecte de dezvoltare de interes zonal sau regional ori a furnizării în comun a unor servicii publice.

Este discutabilă soluția legiuitorului de a statua că A.D.I sunt persoane juridice de drept privat; câtă vreme titularii dreptului de asociere sunt persoane juridice de drept public, logica juridică impune ca A.D.I să fie tot persoană juridică de drept public.

Și înainte și după modificările aduse Legii nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice – prin actele normative sus menționate, *alin. 5 al art. 51* prevede:

„Litigiile dintre unitățile administrativ-teritoriale membre ale unei asociații de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice și asociație se soluționează potrivit prevederilor Legii nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare. Cererea se introduce la secția de contencios administrativ a tribunalului în a cărui competență teritorială se află sediul asociației”.

Din economia dispozițiilor legale invocate, rezultă în afara oricărui dubiu că litigiile dintre UAT-uri și A-D.I. – izvorâte din contractul administrativ de asociere, nu sunt arbitrabile.

IV. Scurte concluzii

Departate de a emite judecăți de valoare, concluzia asupra căreia ne oprim este aceea a abordării nuanțate a arbitrabilității litigiilor izvorâte din contractele administrative – funcție de tipologia lor.

Evident că, o negare de plano a arbitrabilității este nepermisă – fiind contrazisă chiar de legiuitor, care a intervenit și a consacrat alternativa justiției private în cazul anumitor contracte de achiziție publică, dar în egală măsură nici nu cred că se poate susține cu temei că atunci când prin lege se prevede explicit competența exclusivă a instanței de contencios administrativ aceasta poate fi ignorată.