
Considerații practice privind rezilierea contractului FIDIC de către Antreprenor

I. Introducere

Rezilierea contractului de construcții de către Antreprenor este reglementată în Condițiile de Contract FIDIC (roșu și galben) la Sub-clauza 16.2.

În pofida sferei largi de aplicare și a *maturității* acestor condiții de contract, inclusiv la nivel național, sub-clauza 16.2. ridică în continuare o serie de probleme¹ des întâlnite în practică, în special în legătură cu:

- Procedura concretă și pașii de urmat pentru rezilierea contractului de către Antreprenor cu atenție sporită la:
 - natura și implicațiile termenului de 14 zile prevăzut pentru cazurile de la lit. a) – e);
 - caracterul irevocabil al declarației de reziliere;
- Particularitățile cazului de reziliere prevăzut de lit. d), respectiv rezilierea pentru neîndeplinirea substanțială a obligațiilor Beneficiarului;
- Compatibilitatea cazului de reziliere prevăzut la lit. g), respectiv rezilierea pentru incapacitatea de plată a Beneficiarului cu legislația națională.

¹Multe dintre problemele care pot apărea în legătură cu rezilierea întemeiată pe Sub-clauza 16.2 din FIDIC nu sunt neapărat specifice acestui contract, ci sunt întâlnite în cazul rezilierii în general.

Util pentru înțelegerea rezilierii este să avem în vedere că, deși rezilierea unilaterală (cum este cazul de la sub-clauza 16.2 lit. d) și cea de drept/pe baza pactului comisoriu (cum sunt toate celelalte cazuri prevăzute de sub-clauza 16.2) intervine în mod abstract pe baza simplei declarații unilaterale a Antreprenorului, practic – în cele mai multe cazuri – rezilierea ajunge să fie verificată și, astfel, validată sau infirmată în instanță/arbitraj.

În materia achizițiilor publice în special, beneficiarii autorității/instituții publice/contractante vor contesta în instanță/arbitraj rezilierea declarată de Antreprenor, chiar și atunci când demersul este lipsit de șanse.

Cât timp Beneficiarul este asigurat de o garanție de bună execuție necondiționată, Antreprenorul va fi nevoit să sesizeze instanța/arbitrajul cu o acțiune prin care solicită constatarea intervenirii rezilierii. Numai așa va putea justifica, într-o primă fază, suspendarea unei foarte probabile încercări de executare a garanției și, apoi, restituirea garanției sau/după caz, invalidarea permanentă a acesteia.

Pe de altă parte, o reziliere nefondată/neconfirmată de instanță răstoarnă complet balanța, punând Beneficiarul în situația de a rezilia contractul din culpa Antreprenorului care va răspunde și pentru prejudiciul produs.

Așadar, în practică, rezilierea unilaterală de către Antreprenor ajunge în majoritatea cazurilor să se manifeste asemenea uneia judecătorești. Până la data confirmării de către instanță/arbitraj a respectării condițiilor de fond și formă a rezilierii, raporturile juridice vor fi caracterizate de incertitudine.

Tocmai de aceea, analiza juridică prealabilă a rezilierii și respectarea procedurii și a condițiilor de formă necesare pentru reziliere sunt esențiale.

II. Procedura de reziliere

Nu puține sunt cazurile în care, după transmiterea declarației de reziliere, Antreprenorul revine asupra deciziei de reziliere. Este posibil acest lucru? Depinde posibilitatea de a revoca decizia de reziliere de acordul Beneficiarului?

În alte cazuri, după transmiterea notificării de reziliere menționată la prima teză a penultimului paragraf al sub-clauzei 16.2¹, Beneficiarul poate executa obligația pe a cărei încălcare și-a întemeiat rezilierea Antreprenorul. Mai intervine sau nu rezilierea în acest caz?

Tocmai de aceea este important a se înțelege:

- efectele practice ale irevocabilității declarației de reziliere;
- ce implicații are termenul de 14 zile menționat în prima teză a penultimului paragraf al sub-clauzei 16.2;
- care este declarația de reziliere în accepțiunea sub-clauzei 16.2 și când devine aceasta irevocabilă?

¹ "În oricare dintre aceste împrejurări sau circumstanțe, Antreprenorul poate rezilia Contractul, la 14 zile după transmiterea unei înștiințări către Beneficiar".

Caracterul irevocabil al declarației de reziliere este prevăzut de art. 1552 alin. (4) din Codul civil, conform căruia: *“Declarația de rezoluțiune este irevocabilă de la data comunicării ei către debitor sau, după caz, de la data expirării termenului prevăzut la alin. (1)”*.

În măsura în care condițiile de fond ale rezilierii sunt îndeplinite, iar procedura de reziliere a fost respectată, declarația de reziliere produce efecte ireversibile, situație în care Antreprenorul nu mai poate să revină/revoce declarația de reziliere.

Pentru că, spunem noi, prevederile art. 1552 alin. (4) din Codul civil sunt unele imperative (irevocabilitatea declarației de reziliere având inclusiv scopul de a proteja terții), nici măcar acordul Beneficiarului pentru continuarea contractului nu poate lipsi de efecte rezilierea.

În raporturile dintre privați, problematica poate să nu prezinte importanță semnificativă. În schimb, în materia contractelor de achiziții publice, irevocabilitatea declarației de reziliere are o importanță majoră. Acordul părților de a lipsi de efecte o declarație de reziliere și de a continua contractul poate reprezenta o reatribuire nelegală a restului de executat, ceea ce echivalează cu un contract nul. Există o situație de excepție pe care o vom trata cu altă ocazie.

Notificarea de punere în întârziere/înștiințarea de reziliere și declarația de reziliere – când se produce rezilierea

Cazurile de reziliere prevăzute la lit. f) – *suspendarea îndelungată* și g) – *Beneficiarul devine falit sau insolubil* [...] nu ridică probleme de procedură sau interpretare, rezilierea producându-se instantaneu, la momentul transmiterii declarației de reziliere, fără condiții prealabile, potrivit tezei finale a penultimului paragraf al sub-clauzei 16.2.

Probleme practice apar în legătură cu celelalte cazuri de reziliere, unde – cel puțin față de regimul juridic al rezilierii reglementat la nivel național – textul contractului FIDIC produce confuzie și generează dispute, multe dintre acestea fiind accentuate prin condițiile speciale.

- Intervine rezilierea de drept imediat după expirarea celor 14 zile de la transmiterea Înștiințării de reziliere?
 - Mai este necesară emiterea de către Antreprenor a unei noi declarații/înștiințări de reziliere după expirarea termenului de 14 zile? Se schimbă răspunsul dacă în condițiile speciale se menționează că rezilierea intervine de drept, fără intervenția instanței, fără punere în întârziere etc?
 - Ce se întâmplă dacă, anterior expirării termenului de 14 zile, Beneficiarul execută obligația?
-

Răspunsurile se conturează în jurul unei nuanțe de interpretare literală și sistematică a prevederilor sub-clauzei 16.2 și a câtorva reguli generale de drept din materia rezilierii:

În primul rând, la analiza atentă a penultimului paragraf: "*În oricare dintre aceste împrejurări sau circumstanțe, Antreprenorul poate rezilia Contractul, la 14 zile după transmiterea unei înștiințări către Beneficiar*" se observă că, **la 14 zile după transmiterea Înștiințării de reziliere (denumită astfel de textul contractual) rezilierea încă reprezintă o opțiune a Antreprenorului, deci nu o situație deja intervenită și ireversibilă.**

Mai departe, când vine vorba de opțiuni, pentru a produce efecte juridice, acestea trebuie manifestate expres, iar nu tacit, altfel se creează incertitudine asupra raporturilor juridice, inclusiv față de terți, dar și față de Beneficiar.

Suplimentar, alte două reguli devin aplicabile:

- Pentru intervenirea rezilierii inclusiv a celei pe bază de pact comisoriu, debitorul/Beneficiarul trebuie pus în întârziere;
 - Orice clauză se interpretează în sensul în care produce efecte, nu în sensul lipirii sale de efecte.
-

Se susține astfel concluzia potrivit căreia:

- (i) termenul de 14 zile (câtă vreme este menținut prin condițiile speciale) de la transmiterea așa-numitei Înștiințări de reziliere este un termen suplimentar de executare, acordat Beneficiarului pentru executarea obligației nesocotite;
- (ii) așa-numita Înștiințare de reziliere este, de fapt, o notificare de punere în întârziere.

În fine, se cuvine menționat că, literatura internațională de specialitate¹ susține ideea conform căreia sub-clauza 16.2 CGC ar trebui interpretată în sensul în care Antreprenorul **trebuie** să ceară Beneficiarului executarea obligațiilor într-un termen rezonabil, înainte de a transmite declarația finală de reziliere.

Acestea fiind spuse, procedura de reziliere presupune:

- A. Pasul 1: Transmiterea unei notificări Beneficiarului prin care acesta din urmă este pus în întârziere cu privire la executarea obligației nesocotite în termen de 14 zile. Dacă Beneficiarul execută obligația în termen, dreptul Antreprenorului de a rezilia dispare.
- B. Pasul 2: Transmiterea unei declarații finale de reziliere de către Antreprenor la finalul perioadei de 14 zile. De la acest moment, rezilierea devine ireversibilă (asumând că sunt îndeplinite condițiile de fond). În lipsa declarației de reziliere nu intervine rezilierea. Dacă după expirarea perioadei de 14 zile, însă înainte ca Antreprenorul să transmită declarația de reziliere, Beneficiarul execută obligația, rezilierea nu intervine.

¹A.-V. Jaeger, G.-S. Hok, *FIDIC - A Guide for Practitioners*, Ed. Springer, Berlin, 2010, pag. 321

III. Cazuri speciale de reziliere

A. Rezilierea reglementată de Sub-clauza 16.2 lit. g) – falimentul, insolvența.. Beneficiarului, sechestrul

Clauza de mai sus prezintă o problemă de validitate în dreptul național raportat la art. 123 alin. (1) din Legea 85/2014 *privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență* conform căruia: „Orice clauze contractuale de desființare a contractelor în derulare, de decădere din beneficiul termenului sau de declarare a exigibilității anticipate pentru motivul deschiderii procedurii sunt nule”.

De aceea, rezilierea contractului nu va putea interveni în cazul deschiderii procedurii insolvenței împotriva Beneficiarului.

Totuși, există situații în care clauza poate supraviețui parțial și, astfel, poate produce efecte. De exemplu, incapacitatea faptică de plată a beneficiarului, blocarea/poprirea tuturor conturilor pe o perioadă îndelungată, în special a conturilor cu afecțaiune specială, de regulă orice motiv care dovedește clar imposibilitatea Beneficiarului de a-și executa obligația esențială de a plăti prețul lucrărilor în viitor poate atrage aplicarea lit. g).

B. Rezilierea contractului pentru neîndeplinirea în mod substanțial a obligațiilor beneficiarului

Conform sub-clauzei 16.2 lit. d) CGC, “*Antreprenorul va fi îndreptățit să rezilieze Contractul dacă Beneficiarul nu își îndeplinește în mod substanțial obligațiile prevăzute în Contract.*”

Spre deosebire de toate celelalte cazuri de reziliere care reprezintă veritabile pacte comisorii, cazul de reziliere de la lit. d) este unul de reziliere unilaterală în care obligațiile care îndreptățesc la reziliere nu mai sunt individualizate.

Spre deosebire de celelalte cazuri de reziliere, în acest caz:

- (i) punerea în întârziere este obligatorie fără comentarii;
- (ii) instanța de judecată poate ajunge la concluzia că obligația nesocotită pe care este fundamentată rezilierea unilaterală nu este una substanțială și, astfel, rezilierea nu a operat.

Dacă ținem cont că, la lit. a-c și e-g, sub-clauza 16.2 individualizează deja detaliat obligațiile esențiale a căror încălcare îndreptățește Antreprenorul la reziliere, devine o misiune dificilă identificarea obligațiilor ce se pot încadra în cazul de la lit. d), fără a se încadra în celelalte cazuri expres individualizate. Riscul unei rezilieri întemeiate numai pe acest caz este foarte mare întrucât gradul de subiectivism în interpretare este la rândul său mare.

Considerăm – asumându-ne la rândul nostru riscul unei marje de subiectivism – că orice fapte ale Beneficiarului și ale Inginerului care – fără temei - împiedică Antreprenorul să-și valorifice dreptul esențial de a încasa prețul lucrărilor pot fi încadrate în noțiunea de încălcări substanțiale.

De exemplu:

- refuzul neîntemeiat al Beneficiarului de a reglementa și/sau achita valoarea de ajustare a prețului (asumând desigur că Antreprenorul este îndreptățit la ajustare) sau valoarea unor lucrări suplimentare semnificative;
- eșecul neîntemeiat al Inginerului de a soluționa în termenele contractuale revendicările Antreprenorului cu implicații financiare (având în vedere că lit. b se referă numai la eșecul Inginerului de a emite CIP-ul în termenul contractual);
- încălcarea de către Beneficiar a oricăror altor obligații prealabile decontării/plății prețului care se interpun în procedura contractuală de decontare;
- în fine, potrivit regulilor generale, chiar dacă neexecutarea nu este esențială, ea dă dreptul la reziliere dacă are caracter repetat.

Prezentul material nu are valoarea unei opinii juridice. Încurajăm orice contraargumente, deși este foarte probabil să le fi avut deja în vedere 😊.



Ștefania Boancă

Associate

Email:

stefania.boanca@zvd.ro

Tel: +40 762 029 266



Dragoș Zorin

Partner

Email:

dragos.zorin@zvd.ro

Tel: +40 756 141 511

Articol realizat de SCA Zorin Vasile Dăscălescu și Asociații.

Avocații din cadrul SCA Zorin Vasile Dăscălescu și Asociații sunt specializați în litigii și arbitraje din aria construcțiilor și achizițiilor publice, reprezentând în ultimii 15 ani unii dintre cei mai mari constructori care activează pe piața din România.
