

ius

PUBLICUM NETWORK REVIEW

N.1

2018



ISSN 2039-2540

Issue n. 1 - 2018-ISSN 2039 2540



Index

Articles

1. José María Gimeno Feliu - La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación
2. David Renders - Belgian administrative justice organisation: when federalism or devolution brings justice with it, or when regionalism is invading Europe?
3. Liesbeth Todts - The legality principle under the ECHR applied to freedom-restricting public order powers: a critical analysis of the Belgian prohibition of place
4. Sergio Foà - Prevención de la corrupción en las universidades y las instituciones de investigación
5. Gianluca Sgueo - Is gamification making cities smarter ?

Reports

6. Public Law and Economics (Competition and Regulation) and Public Utilities
 - a. FRA: Philippe Terneyre, Claudie Boiteau, Existe-t-il un droit de l'énergie?
 - b. ESP: Carmen Chinchilla Marín, Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada¿realidad o ficción

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO ESTRATEGIA: EL FOMENTO DE LA INNOVACIÓN¹

José María GIMENO FELIU²

INDEX

1. PRINCIPALES OBJETIVOS DE LA REFORMA EUROPEA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

1.1.- Líneas de la reforma europea de contratación pública.

1.2.- La visión de la contratación pública como estrategia.

2.- LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO HERRAMIENTA PARA FOMENTAR LA INNOVACIÓN.

¹ Este estudio se enmarca en el Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y competitividad titulado “La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos” DER2015-67102-C2-1-P, cuyo IP es el autor.

² Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza.

1. PRINCIPALES OBJETIVOS DE LA REFORMA EUROPEA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La revisión (que no mera actualización) de las Directivas sobre contratación pública se inscribe en un programa de conjunto cuyo objetivo es una modernización en profundidad del sistema público de contratación en la Unión Europea para ser más eficientes y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica³. Lo que no significa una liberalización “sin restricciones” a la política de contratación pública, sino más bien todo lo contrario (avanzar hacia una contratación socialmente sostenible, responsable y transparente). Basta recordar el contenido de la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2011, sobre la igualdad de acceso a los mercados del sector público en la UE y en terceros países, y sobre la revisión del marco jurídico de la contratación pública, incluidas las concesiones (publicada en el DOUE 7 de diciembre de 2012), -se insiste en los comentarios incluidos en su Resolución del 18 de mayo de 2010 sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública-, en la que, si bien se opone enérgicamente a las medidas proteccionistas en el

³El ‘Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación pública’ (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#main_contentSec1) recoge las opiniones y recomendaciones de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas que rigen la contratación en organismos públicos. El informe destaca que las directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia provocando que la competencia se haya intensificado. Esto se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública adicional que se cuantifica en 20.000 millones de euros, un cinco por ciento de los 420.000 millones de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. También recoge el deseo unánime de recortar, agilizar y flexibilizar los trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para las pequeñas y medianas empresas (PYME) que actualmente sufren completando la cantidad de exigencias administrativas que obligan los procesos de licitación. Este análisis ha servido de punto de partida para la revisión de las directrices que se acometió a finales del pasado año. Con ella se pretende mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y que garanticen un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME.

ámbito de la contratación pública a escala mundial, cree firmemente en el principio de reciprocidad y proporcionalidad en dicho ámbito y, en este sentido, pide a la Comisión que realice un análisis detallado de las posibles ventajas y problemas asociados con la imposición de restricciones proporcionadas y específicas al acceso a determinados sectores de los mercados de contratación pública de la UE, una evaluación de impacto que analice cuándo pueden aplicarse, así como una evaluación del fundamento jurídico que requeriría este instrumento, para aquellos socios comerciales que se benefician de la apertura del mercado de la UE pero que no han demostrado intención alguna de abrir sus mercados a las empresas de la UE, alentando a la vez a los socios de la UE a que ofrezcan a las empresas europeas condiciones de reciprocidad y proporcionales en el acceso al mercado, antes de proponer cualquier otro nuevo texto en el ámbito de la contratación pública. Asimismo, el Parlamento solicita a la Comisión que evalúe los problemas asociados con las ofertas extraordinariamente bajas y que proponga soluciones adecuadas; recomienda a las autoridades contratantes que faciliten información temprana y suficiente a otros licitadores en caso de ofertas anormalmente bajas, con el fin de que puedan valorar si existen motivos para iniciar un procedimiento de recurso; y considera urgente que la UE alcance una mayor coherencia entre su política comercial exterior común y la práctica existente en los Estados miembros de aceptar ofertas excepcionalmente bajas de empresas cuyos países de origen no son signatarios del Acuerdo de Contratación Pública (ACP), en perjuicio de empresas de la Unión Europea y de las normas laborales, sociales y medioambientales de los Estados miembros de la Unión⁴.

⁴ Con fecha 23 de marzo de 2013 la Comisión Europea presentó la propuesta para la decisión Consejo relativa a la conclusión formal del Protocolo que modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), el único acuerdo legalmente vinculante en la OMC relativa a la contratación pública. Por otro lado, en relación con la modernización de la política de contratación pública de la UE, apoya la petición de que se clasifiquen por prioridades las cuestiones tratadas en el Libro Verde y, en este sentido, pide a la Comisión que examine en primer lugar las cuestiones de la simplificación de las normas, el acceso equilibrado a los mercados del sector público, y la mejora del acceso de las PYME, y que emprenda como un segundo paso la revisión de la contratación pública y las concesiones, con el fin de obtener la necesaria y completa participación, no solo del Parlamento Europeo y los Estados miembros, sino también de los ciudadanos y las empresas. En fecha 7 de marzo de 2014 se ha publicado

1.1.- Líneas de la reforma europea de contratación pública.

En este contexto, la aproximación al concreto alcance de esta reforma comunitaria obliga a unas precisiones previas, que aun conocidas, merecen un comentario. La primera, que el objetivo principal de esta normativa comunitaria es garantizar la eficiencia de los fondos públicos. A tal fin la obligación de transparencia es un instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 7 de diciembre de 2000, ARGE). Este principio encuentra su principal manifestación práctica, en primer lugar, a través de una adecuada publicidad de los contratos adjudicables en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de las distintas ofertas de contratos públicos, presentando la misma una doble faceta: a) como mecanismo de fiscalización de la Administración, la publicidad constituye una magnífica ayuda para el juego limpio en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales; b) como medio de promoción de la concurrencia entre los agentes económicos implicados. Publicidad que debe generar competencia o concurrencia empresarial, como recuerda la STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, al afirmar que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados. La obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la STJUE de 6 de abril de 2006, *ANAV* apartado 21). Al respecto, es *leading case* la doctrina fijada por la STJUE de 16 de

en el DOUE el Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994. En concreto, reemplaza el Preámbulo, los artículos I a XXIV y los Apéndices del Acuerdo de 1994, por las disposiciones establecidas en su anexo.

septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de licitación pública.

Se trata, en definitiva, de prevenir la arbitrariedad de la decisión (STJUE de 2 de junio de 2016, *Pippo Pizzo*). No es cuestión de extenderse, pero conviene insistir en la “fuerza” de estos principios comunitarios, que han mutado la práctica nacional de la contratación pública y que tienen su fundamento en los Tratados, como bien recuerda el Considerando primero de la Directiva 24/2014 de contratación pública⁵.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendida desde esta perspectiva que pone el acento no en el procedimiento sino en el efectivo cumplimiento del fin público pretendido con la concreta prestación que se demanda y se licita. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública⁶. Por ello, la normativa de los contratos debe tener una “visión completa” de todas las fases del contrato. Y las nuevas Directivas fijan ahora su atención en esta cuestión, regulando la modificación del contrato, la subcontratación o la resolución y fijando que sus principios despliegan efectos en todas las fases del contrato (artículo 18 Directiva 2014/24). Y también un instrumento muy útil como son las consultas preliminares del mercado, que deben servir para ajustar la licitación y sus características⁷.

⁵ Basta recordar la doctrina del TJUE (por todas, su sentencia de 16 de abril de 2015, en el asunto C-278/14).

⁶ Vid. J.M. GIMENO FELIU, El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, *pag*, 213.

⁷ Vid. C. DE GUERRERO MANSO, *Las consultas preliminares del mercado: una herramienta para mejorar la eficiencia en la contratación pública* in JM. Gimeno Feliu (Dir.): Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, 1047-1072.

1.2.- La visión de la contratación pública como estrategia.

La contratación pública -y su fundamento- ha cambiado de forma muy notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva se ha evolucionado hacia la idea la contratación pública como “herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”. Es decir, la contratación pública puede —y debe, diría— ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales. El principio de eficiencia, inherente a la contratación pública, no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio⁸. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos⁹.

⁸Sobre el significado de la eficiencia —y su no vinculación a una idea economicista de menor precio— me remito a mi estudio “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público sobre Calidad institucional, transparencia y buen gobierno*, núm. 82, 2016, *op. cit.*, 137-158. También al trabajo de T. MEDINA ARNAIZ, *Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad, Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 121, 2013, 87-97.

⁹ J. PONCE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, pag. 479.

Y en ese contexto se explican los objetivos fijados en la «Estrategia Europa 2020»¹⁰. La nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado¹¹. Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de políticas públicas, debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo.

Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras¹². Esta visión instrumental de la contratación pública nos conduce, como bien indica T. MEDINA, a hablar de la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales

¹⁰ «Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», COM (2010) 2020. La Estrategia Europa 2020 pivota sobre tres ejes: en primer lugar, apuesta por un crecimiento inteligente, es decir, por el desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación; en segundo lugar, por un crecimiento sostenible que promueva una economía que haga un uso más eficaz de los recursos, que sea más verde y competitiva y, por último, apuesta también por un crecimiento integrador, esto es, por el fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial.

¹¹ J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pag., 213.

¹² J.M. GIMENO FELIU, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006, op.cit. 15-21, ibídem, “Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9 9, 2010, 50-55.

beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato¹³.

La perspectiva instrumental de la contratación pública aconseja que en la fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y de política social¹⁴, pues lo contrario supone abandonar una herramienta de consolidación de políticas públicas de gran alcance y abonar el campo a una posible deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas ya que, obviamente, se traducen en costes económicos que resultarían difícilmente "asumibles", en clave de rentabilidad (pues esta debe analizarse desde la óptica efectiva del cumplimiento de objetivos públicos esenciales de nuestro país)¹⁵.

En esta línea debe recordarse que la introducción de condiciones relacionadas con la protección del medio ambiente (ecoetiquetas, productos reciclables, sistemas de depuración de vertidos, etc.) son admitidas ya desde hace tiempo como válidas por las Instituciones europeas (Comunicación de la Comisión de 28 de noviembre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública). Y ello porque guardan relación con la política ambiental prevista en el artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión

¹³ T. MEDINA, "Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea", en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos* 2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 43 a 94. También J. RODRIGUEZ ARANA, *La contratación del sector público como política pública*, en libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, 31-44.

¹⁴ Una posición contraria a la valoración en la contratación de criterios relativos a otras políticas de la Unión Europea -como cláusulas sociales o medioambientales- es sostenida por ARROWSMITH, S., *The E.C. procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for anew approach*, *European Law Review*, vol 21, núm 1 de 2002, 11-13.

¹⁵ Como destaca G. VARA ARRIBAS, es posible una contratación pública sostenible que combine adecuadamente criterios económicos con criterios sociales y ambientales. *Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública*, *Revista Española de Derecho Comunitario* núm. 26, 2008, 128. Sugerentes las reflexiones de B. PALACIN, *A la responsabilidad social por la contratación pública*, publicada en www.obcp.es.

Europea¹⁶. Otro tanto sucede con los condiciones que integran aspectos sociales, admitidas cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato (Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001)¹⁷, lo que refleja la idea de que la contratación pública es una herramienta para la efectividad de políticas pública¹⁸. En todo caso, su utilización exige una adecuada ponderación y que se preserve la identidad de la prestación licitada.

Esto significa – siempre con respeto a lo que posibilitan los Acuerdos GATT–, que es posible regular un sistema de contratación pública que, respetando los principios

¹⁶ Por todos, puede consultarse a J. PERNAS GARCIA, *El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales*, en Observatorio de políticas ambientales 2012, coord. por Fernando López Ramón, Civitas, Cizur Menor, 2012, 299-323 y su monografía *Contratación Pública Verde*, La Ley, 2011. Con respecto a las consideraciones ecológicas relacionadas con las contrataciones públicas, resulta también de interés la Comunicación de la Comisión COM(2008) 400/2 «Public procurement for a better environment» (Contratación pública para la mejora del medio ambiente) (http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/com_2008_400.pdf) y el documento de servicios de la Comisión «Buying Green — Handbook on Green Public Procurement» (Adquisiciones ecológicas - Manual sobre contratación pública ecológica) (http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_es.pdf).

¹⁷ En un caso que la Comisión tuvo que examinar, el poder adjudicador se basó principalmente en los elementos siguientes para adjudicar un contrato a la empresa local de transporte: la implantación de la empresa en la localidad tenía, por una parte, repercusiones fiscales y suponía, por otra, la creación de puestos de trabajo estables; además, la adquisición en ese mismo lugar de un importante volumen de material y servicios por parte del proveedor garantizaba una serie de empleos locales. La Comisión consideró que los poderes adjudicadores no podían basarse en este tipo de criterios para evaluar las ofertas, dado que no permitían valorar una ventaja económica propia de la prestación objeto del contrato y que beneficiara al poder adjudicador. Esta primera objeción venía motivada por la violación de las normas sobre adjudicación contenidas en el artículo 36.1 de la Directiva 92/50/CEE. Vid. T. MEDINA ARNÁIZ, *Social Considerations in Spanish Public Procurement Law*, *Public Procurement Law Review*, vol. 20 (2), 2011, 56 - 79.

¹⁸ Vid. T. MEDINA ARNAIZ, *Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea*, en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2010, Cizur Menor, 2011, 43-104.

Europeos, evite la precarización de las condiciones laborales¹⁹, desincentive la deslocalización empresarial y que no penalice a las empresas europeas ni a las PYMEs y que fomente los objetivos europeos de la economía circular²⁰. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública. Por ello, la normativa de los contratos debe tener una “visión completa” de todas las fases del contrato y un objetivo de la contratación en clave de “inversión pública” y no de gasto.

Lo anteriormente expuesto explica por qué la reforma de la legislación sobre contratación pública constituye una de las doce acciones prioritarias inscritas en el Acta del Mercado Único, adoptada en abril de 2011 (IP/11/469)²¹. En efecto, para todos los Estados miembros, la eficacia del sistema público de pedidos ha pasado a ser una prioridad, habida cuenta de las limitaciones presupuestarias actuales. Así pues, es necesario disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos y a sus proveedores adjudicar contratos transparentes y competitivos lo más fácilmente posible, para poder comprar con la mejor relación calidad/precio («value for money»)²².

¹⁹ Debe recordarse que las normas fundamentales de trabajo de la OIT prohíben el trabajo forzado (Convenciones 29 y 105) y el trabajo infantil (Convenciones 138 y 182) y establecen el derecho a la libertad de asociación y la negociación colectiva (Convenciones 87 y 98) y a la no discriminación en términos de empleo y ocupación (Convenciones 100 y 111). Las bases legales de las normas fundamentales de trabajo son las ocho convenciones centrales de la OIT arriba mencionadas, que han sido ratificadas por todos los 27 Estados miembros de la UE.

²⁰ Resultan de interés las reflexiones de M. COZZIO, “Le nuove direttive appalti e l’accesso delle piccole e medie imprese al mercato degli appalti pubblici (prima parte)”, Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici, en www.osservatorioappalti.unitn.it. Ibidem. “Le scelte del legislatore europeo per favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese”, *Rivista Diritto e pratica amministrativa*, núm. Especial mayo 2014, 8-21.

²¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacia un Acta del Mercado Único: Por una economía social de mercado altamente competitiva, de 27 de octubre de 2010, COM (2010) 608.

²² Bajo este concepto se pone de relieve la necesidad de que los bienes que se adquieran a través de los contratos públicos sean los adecuados para cubrir las necesidades públicas, pero también que el contratista esté capacitado para cumplir las condiciones del contrato en los términos previstos. Vid., por todos, ARROWSMITH, S.,

En definitiva, las condiciones sociales y ambientales así como el fomento de la innovación son uno de los principales ejemplos de esta visión estratégica en la contratación pública. Y, en consecuencia, podemos ya afirmar que están admitidos y fomentados por las instituciones comunitarias, dado que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino que es una potestad al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, medio ambiente, integración social, mejora de la inversión en innovación) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE²³.

2.- LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO HERRAMIENTA PARA FOMENTAR LA INNOVACIÓN.

El nuevo paquete legislativo comunitario, como se ha explicado al comienzo de este trabajo, se basa en un planteamiento de capacitación consistente en proporcionar a los poderes adjudicadores los instrumentos necesarios para contribuir a la realización de los

LINARELLI, J. y WALLACE, D., *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague (Netherlands), 2000, págs. 28 a 30. Las consultas preminares del mercado son una herramienta que permiten detectar con antelación la mejor solución y que aportan elementos para una licitación más ajustada al principio de rentabilidad/calidad. Al respecto me remito al trabajo de C. DE GUERRERO MANSO: "La necesaria revisión del artículo 115 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público", en libro colectivo (Dir. JM Gimeno): Observatorio de los Contratos Públicos 2016, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, 143-173.

23 La política de contratación pública es, en definitiva, uno de los muchos elementos de la política de mercado interior, que tiene una serie de objetivos estratégicos (en particular, la libre circulación de mercancías, personas y servicios). Pretende contribuir a la realización del mercado interior, estableciendo las condiciones de competencia necesarias para que los contratos públicos se adjudiquen sin discriminación y asignando racionalmente los recursos públicos mediante la elección de la mejor oferta. La aplicación de estos principios permite a los poderes adjudicadores obtener la mayor rentabilidad siguiendo ciertas normas en cuanto a la descripción del objeto del contrato, la selección de los candidatos conforme a criterios objetivos y la adjudicación fundada exclusivamente en el precio o, facultativamente, en una serie de criterios objetivos. A favor de esta interpretación puede consultarse C. TOBLER, *Encore: women's clauses in public procurement under Community Law*, ob. Cit., 624-627

objetivos estratégicos de Europa 2020 –lo que acredita la vinculación de contratación pública a otras políticas sectoriales-, utilizando su capacidad de compra para adquirir bienes y servicios que promuevan la innovación, el respeto del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático mejorando al mismo tiempo el empleo, la salud pública y las condiciones sociales²⁴.

La investigación y la innovación desempeñan un papel central en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador²⁵. Europa 2020 tiene como lema “De la idea al mercado”, poniendo el acento en la necesidad de una mayor cercanía al mercado en el apoyo a los proyectos, para evitar que cientos de millones de euros de fondos europeos nunca lleguen al mercado, como venía siendo hasta ahora. Con una política activa de innovación mediante la contratación pública se puede favorecer el apalancamiento de fondos hacia actividades de I+D+i empresarial, así como apoyar a la comercialización de la I+D+i empresarial (el primer cliente es cliente de referencia)²⁶.

Por ello, la Directiva 2014/24 se decanta claramente por posibilitar que os compradores públicos puedan adquirir productos y servicios innovadores que promuevan el

²⁴ Por su interés, me remito al libro colectivo dirigido por J. PERNAS, *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

²⁵ En el Libro Verde Del reto a la oportunidad: hacia un marco estratégico común para la financiación de la investigación y la innovación por la UE, COM (2011) 48 final, de 15 de febrero de 2011, se indica que el logro de los objetivos ampliamente respaldados de crecimiento inteligente, sostenible e integrador fijados en Europa 2020 depende de la investigación y la innovación, que constituyen los motores fundamentales de la prosperidad social y económica, así como de la sostenibilidad del medio ambiente. V.M. ARNÁEZ ARCE, *La compra pública innovadora. La Administración pública como adquirente de bienes y servicios innovadores*, en Revista Vasca de Administración Pública, núm.93, 2012, 19 y 20.

²⁶ Vid. el trabajo de M. HERNANDO RYDINGS, *El fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación a través de las compras públicas*, REDA núm. 174, 2015, 255-282.

crecimiento futuro y mejoren la eficiencia y la calidad de los servicios públicos²⁷. Esta Directiva da un paso más en la contratación pública de innovación, contribuyendo a que los Estados miembros flexibilicen los procedimientos de adjudicación y en beneficio de otras políticas públicas, mediante:

- a) Investigación e innovación, que son imprescindibles para alcanzar un crecimiento futuro inteligente, sostenible e integrador.
- b) Fomento de asociaciones europeas de innovación, a través de la intervención de agentes de los sectores públicos y privados, con el objeto de acelerar la asimilación de la innovación y generando un atractivo comercial.
- c) Mayor facilidad de acceso a las PYMEs al mercado de contratación, por su potencial de adaptación al entorno.
- d) Redacción de especificaciones técnicas que permitan la diversidad de soluciones técnicas.

Con el citado objetivo en mente, se formula un concepto de innovación sumamente amplio para evitar interpretaciones dispares en los Estados miembros²⁸. El artículo 2.22 de

²⁷ El Considerando 47 de la Directiva 2014/24/UE dispone expresamente que los poderes públicos deberán hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación, por ser considerada uno de los principales motores del crecimiento futuro y ocupar un lugar central de la Estrategia Europea 2020.

²⁸ Existe ya un soft law que da soporte al nuevo escenario: 1.Comunicación La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles (COM (2007) 799 final), 2.Iniciativa emblemática de Europa 2020 - Unión por la innovación: convertir las ideas en empleo, crecimiento ecológico y progreso social (COM (2010) 546 final), 3.Comunicación “Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación” (COM (2011) 808 final), adoptada el 30 de Noviembre de 2011. 4.Reglamento UE 1290/2013, de 11 de diciembre, por el que se establecen normas de participación y difusión aplicables a Horizonte 2020. Una breve pero excelente reflexión sobre la evolución de la importancia de la innovación en la contratación pública puede consultarse en el trabajo de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *The relevance of promoting*

la citada Directiva, entiende que consiste “en la introducción de un producto o servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización de lugar del trabajo o las relaciones exteriores”²⁹.

Con este fin, la Directiva introduce la “asociación para la innovación”, un nuevo procedimiento especial para el desarrollo y la ulterior adquisición de productos, obras y servicios nuevos e innovadores, que, no obstante, deben suministrarse dentro de los niveles de prestaciones y de costes acordados³⁰. La nueva regulación mejora y simplifica el procedimiento de diálogo competitivo y facilita la contratación conjunta transfronteriza, un instrumento importante para realizar adquisiciones innovadoras. El objetivo fijado por la Comisión, consiste en tratar de llegar a “invertir” en Investigación y Desarrollo (en adelante

collaborative and joint cross border public procurement for buying innovative solutions, IUS PUBLICUM, núm. 1, 2017, 1-50.

²⁹ El término innovación, a los efectos de la Directiva, no sólo se refiere a lo que es nuevo –sea un producto, servicio o proceso–, sino también a lo que ha sido significativamente mejorado. Sobre el procedimiento y su justificación vid. M.A. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, *Un nuevo procedimiento de adjudicación de contratos públicos: la asociación para la innovación*, en el vol. col. J.M. GIMENO FELIU (Dir.), *Las nuevas Directivas de contratación pública*, Observatorio de Contratos públicos, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pag. 341.

³⁰ Especial interés tiene el estudio de T. MEDINA ARNÁIZ., *Comprando para asegurar nuestro futuro: La utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea*, Observatorio de Contratos Públicos 2010 (...), *op.cit.*, 43-101. Interesan también los trabajos de M. RODRIGUEZ BEAS, *La compra pública innovadora en la nueva Directiva de contratación pública*, en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 305-328 y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *The relevance of promoting collaborative and joint cross border public procurement for buying innovative solutions*, IUS PUBLICUM, núm. 1, 2017, 1-50.

I+D) un 3% del PIB de la Unión Europea de aquí a 2020 (lo que se puede realizar, por ejemplo, a través de contratos públicos)³¹.

El éxito de la contratación pública para la innovación requiere que los compradores públicos actúen como clientes con visión estratégica y planifiquen lo que van a necesitar comprar y cómo comprarlo. En ese sentido, uno de los primeros pasos a realizar es identificar qué sectores o ámbitos de actuación son los más apropiados o en los que resulta factible impulsar un procedimiento encaminado a la compra de innovación. Para ello deberán tenerse en cuenta las competencias políticas propias de actuación, las estrategias de especialización inteligente y los objetivos marcados por las autoridades de gestión.

Esta estrategia europea de compra pública innovación se articula a través de dos tipos de medidas: mediante un incremento en la demanda de productos y servicios innovadores, y a través de la llamada «contratación precomercial», entendida ésta como perteneciente a la fase de investigación y desarrollo (I+D) previa a la comercialización y que cubre actividades como la exploración de soluciones que son propias de las fases de

³¹ Los citados datos son los utilizados por la Comisión en su Comunicación *Iniciativa emblemática de Europa 2020 Unión por la innovación*, (COM (2010), 546), de 6 de octubre de 2010, p.4. Estas cifras pueden ser comparadas, siguiendo a P. ZAGAMÉ y L. SOETE, *The cost of a non-innovative Europe*, 2010, con las que actualmente destinan otros países, como Estados Unidos, cuyo gasto en innovación asciende al 2,6% de su PIB, o Japón que destina un 3,4 %. También se ofrecen cifras en la Comunicación *La contratación pre-comercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles* COM (2007) 799, de 14 de diciembre de 2007, donde se pone de manifiesto cómo los principales socios comerciales de la UE (Estados Unidos y Japón) ya han impulsado la innovación que utilizan como importante acicate de la innovación la contratación de I+D para responder a necesidades públicas para las que el mercado no ofrece soluciones. En este sentido, se recuerda que el sector público de Estados Unidos destina 50 000 millones de dólares anuales a la contratación de I+D, cantidad veinte veces superior a la europea y que representa aproximadamente la mitad de la diferencia global entre las inversiones en I+D de los Estados Unidos y Europa. Ello permitiría, a su vez, crear 3,7 millones de puestos de trabajo y aumentar el PIB anual en cerca de 800.000 millones de euros de aquí a 2025. Lo anterior, contribuiría, como decíamos, a volver a posicionar a la Unión Europea (en adelante UE) en una posición de liderazgo mundial a nivel económico y social.

diseño, creación de prototipo, productos de prueba y preproducción, deteniéndose antes de la producción comercial y venta³².

Una característica propia de la contratación precomercial (configurada como negocio excluido de la contratación pública al vincularse a el fomento de I+D) es el reparto de riesgos y beneficios según las condiciones de mercado, ya que el comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su uso en exclusiva, sino que comparte con las empresas los riesgos y los beneficios de la I+D necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las que hay disponibles en el mercado. En este caso, es decir, cuando la entidad del sector público efectúa el reparto de riesgos y beneficios a precios de mercado, los servicios de I+D pueden prestarse sin someterse a la normativa contractual en virtud de una de las exclusiones recogidas en las Directivas de la UE sobre contratación pública. Concretamente se trata del artículo 16.f) de la Directiva 2004/18/CE por el cual “La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios: (...) f) relativos a servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que el poder adjudicador remunere totalmente la prestación del servicio” y del artículo 24.e) de la Directiva 2004/17/CE que señala que “La presente Directiva no se aplicará a los contratos de servicios: [...] e) referentes a los servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia

³² Sobre la contratación precomercial resulta de interés la Comunicación de la Comisión La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles, COM (2007) 799, de 14 de diciembre de 2007 y la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de febrero de 2009 (2008/2139 (INI), publicada en el DOUE C 67E, de 18 de marzo de 2010. Acerca de su incidencia en la legislación española, CORTÉS MORENO, Á., *La contratación precomercial y la Ley de Contratos del Sector Público. Su reflejo en la Ley de Economía Sostenible, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 9, 2011, 1109 - 1119.

actividad, siempre que la entidad adjudicadora remunere totalmente la prestación del servicio”.

La principal novedad para la implementación de una estrategia de fomento de la innovación a través de la contratación pública es la regulación en la Directiva de un nuevo procedimiento para la adquisición de los resultados de la innovación. Este procedimiento específico y novedoso debe permitir a los poderes adjudicadores establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores (...) sin necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición³³. Aunque tiene ciertas semejanzas con el procedimiento negociado, su función permite afirmar que tiene autonomía y significado

³³ Este nuevo procedimiento no debe confundirse con la compra pre-comercial. La contratación pre-comercial se encuentra expresamente excluida del ámbito de aplicación de la normativa contractual comunitaria (art. 14 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública). La asociación para la innovación contiene un solo procedimiento dividido en dos fases principales (art. 31 de la referida Directiva). Por el contrario, el punto y final de la contratación pre-comercial en el diseño de los bienes o servicios reclamados por el órgano de contratación. Su producción o prestación se licitará en un procedimiento separado. Esta técnica es analizada en el Informe 2/2010, de 17 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón: características donde se advierte que estos contratos tienen ciertas singularidades: a) El interés público perseguido es la obtención de recursos y el fomento de la investigación. b) La regla general es la aleatoriedad del contrato, que no responde a una necesidad previa del ente público. c) El impulso e iniciativa del contrato procede de fuera de la Administración, por tanto no cabe promover concurrencia y la falta de ellos no compromete fines esencialmente administrativos. Como ha advertido A. LOPEZ MIÑO, que analiza de forma excelente las diferentes formas de compra innovadora, la falta de un marco jurídico europeo sobre compra pre-comercial acrecienta las posibilidades de imputación de ayudas públicas incompatibles, aprovechando el carácter variable y evanescente de los diferentes protocolos que la desarrollan caso a caso en los diferentes Estados miembros, de ahí que haya que extremar el cuidado en la elección de esta modalidad contractual, *La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública*” en J. PERNAS GARCÍA (Dir.) *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, 2013, 213-248.

propio. Y de ahí su distinción (lo que exige conocer bien como aplicar el procedimiento negociado)³⁴.

En la asociación para la innovación, al ser único el procedimiento, el socio que presente la mejor oferta tecnológica será el adjudicatario de la obra, suministro o servicio. En su primera fase (pre-comercial), la asociación se equipara a una contratación pre-comercial de grado mínimo, puesto que la tecnología buscada o ya existe –y pretende mejorarse– o es factible desarrollarla con éxito en breve plazo. Pero en su segunda etapa (comercial o contractual) la naturaleza del contrato vendrá determinada por el tipo de producto final requerido por el órgano de contratación («suministros, servicios u obras resultantes»; artículo 31.2 de la Directiva 2014/24).

La Directiva 2014/24/UE enfatiza el deber de motivación que incumbe a la autoridad contratante, y que afecta a tres elementos: la necesidad de los productos innovadores; la elección del procedimiento y los requisitos de participación en el mismo. Motivación que no puede ser sucinta y que debe acomodarse a los parámetros de razonabilidad y racionalidad (en el fondo, la elección del procedimiento se justifica, cuando de la asociación para la innovación se trata, en la necesidad de la tecnología y de los productos innovadores, y en la inexistencia de dicha tecnología o producto en el mercado).

En cuanto al procedimiento, el órgano de contratación iniciará el procedimiento mediante la publicación de la convocatoria de licitación. Es conveniente la consulta del mercado para obtener información sobre la estructura y la capacidad de un mercado

³⁴ Vid. I. GALLEGU CÓRCOLES, *Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública*, en el vol. col. (Dir. J.M. Gimeno), *Observatorio de los Contratos públicos* 2013, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, 165-232. También analiza el procedimiento de asociación para la innovación en la Directiva 2014/24/UE, M. RODRIGUEZ BEAS, *La compra pública innovadora en la nueva Directiva de contratación pública*, en el vol. Col. *Las nuevas Directivas de contratación pública*, *Observatorio de Contratos públicos* (núm. especial), Aranzadi, 2015, pag. 305.

(regulada en el artículo 40 de la Directiva 2014/24), al mismo tiempo que informa a los agentes del mercado sobre los proyectos y los requisitos de contratación de los compradores públicos. Sin embargo, los contactos preliminares con los participantes del mercado no deben dar lugar a ventajas desleales y falseamientos de la competencia³⁵.

La Directiva enfatiza el deber de motivación que incumbe a la autoridad contratante, y que afecta a tres elementos: la necesidad de los productos innovadores; la elección del procedimiento y la participación en el mismo. Motivación que no puede ser sucinta y que debe acomodarse a los parámetros de razonabilidad y racionalidad (en el fondo, la elección del procedimiento se justifica, cuando de la asociación para la innovación se trata, en la necesidad de la tecnología y de los productos innovadores).

En la documentación de la contratación el poder adjudicador precisará, en primer lugar, «la necesidad de productos, servicios y obra innovadores que no pueda ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios y obras ya disponibles en el mercado». Es decir, frente a la compra ordinaria, donde se determina un concreto objeto, en este procedimiento se prevé una necesidad. Motivo por el que no existe un PTT clásico, sino un

³⁵ Al respecto es interesante la descripción que se realiza en el trabajo ya citado de A. LOPEZ MIÑO, *La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública*, en J. PERNAS GARCÍA (Dir.) *op.cit.*, 229-237.

pliego de prescripciones funcionales³⁶. La consulta preliminar al mercado, previa al diseño y convocatoria del procedimiento de asociación para la innovación, debe servir para justificar la elección de dicho procedimiento. Si se lleva a cabo correctamente, la información obtenida en la consulta preliminar del mercado permitirá una respuesta razonada a la necesidad de utilizar la asociación de innovación para comprar productos innovadores, productos o servicios que aún no están disponibles en el mercado³⁷.

Los operadores económicos dispondrán de un plazo no inferior a treinta días para presentar sus solicitudes de participación, a contar desde la fecha de envío del anuncio de licitación.

Los criterios de selección son, al igual que en la Directiva 2004/18/ CE, la habilitación para ejercer la actividad profesional, la solvencia económica y financiera y la capacidad técnica y profesional aunque con la especialidad de que debe valorarse en la admisión de la experiencia de la empresa y de sus recursos humanos como criterio de

³⁶ Con fecha 20 de noviembre de 2013 se ha publicado una nueva Norma UNE-EN 16271:2013 Gestión del Valor. Expresión funcional de necesidades y pliego de especificaciones funcionales. Requisitos para la expresión y validación de las necesidades a satisfacer por un producto en el proceso de adquisición u obtención del mismo. Esta Norma es la versión oficial en español de la Norma Europea EN 16271:2012, y ha sido elaborada por el comité técnico AEN/CTN 144 Gestión del Valor. Análisis del Valor. Análisis Funcional, cuya Secretaría desempeña IAT. El PEF es compatible con las normas aplicables a contratos públicos y aporta gran valor en los mecanismos de Compra Pública Innovadora (CPI), actuación administrativa de fomento de la innovación orientada a potenciar el desarrollo de nuevos mercados innovadores desde el lado de la demanda, a través del instrumento de la contratación pública, en la medida en que en las licitaciones deben expresarse las necesidades requeridas en términos funcionales.

³⁷ Para una mayor comprensión de la funcionalidad de la consulta preliminar del Mercado en relación a la compra pública de innovación me remito a C. DE GUERRERO MANSO: *Las consultas preliminares del mercado: una herramienta para mejorar la eficiencia en la contratación pública*, op. cit., 2018, 1047-1072, y C. DE GUERRERO MANSO: *La necesaria revisión del artículo 115 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, op. cit., 2017, 143-173.

solvencia técnica y profesional. Se impone al órgano de contratación que priorice los criterios de selección relativos a la capacidad de los candidatos en el ámbito de la investigación y el desarrollo, así como en lo que se refiere al desarrollo y la aplicación de soluciones innovadoras. Y se prevé la posibilidad de reserva a favor de PYMES innovadoras, lo que nos ofrece la visión estratégica que debe tener este procedimiento.

Tras la selección se invita a presentar oferta (solo los seleccionados) y es posible determinar un número máximo de licitadores a invitar (mínimo de 3). A la hora de sustanciar la adjudicación del contrato, la Directiva se remite a las normas del procedimiento negociado. Y deben ser decisivos los aspectos técnicos, lo que exige formular las especificaciones técnicas de manera funcional para no limitar indebidamente las soluciones de innovación.

Por supuesto, la confidencialidad, principio inherente a toda contratación pública, debe ser especialmente vigilada por cuanto hay que evitar políticas de competencia desleal o uso indebido de la información obtenida en el procedimiento³⁸.

³⁸ Como recuerda la STJUE de 14 de febrero de 2008, VAREC, el órgano que conozca este recurso debe garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información. Muy especialmente deben respetarse las exigencias de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DOUE 15 junio de 2016). El artículo 2 de esta Directiva define el concepto de secreto comercial: se caracteriza por ser información desconocida para la generalidad de los círculos relevantes; que posea valor comercial; y que haya sido objeto de medidas para mantenerla en secreto, que si bien no alude a los secretos de carácter industrial nada impide entender que quedan excluidos, por lo que cabrá entender que el secreto empresarial engloba el comercial y el industrial. Sobre el principio de confidencialidad resulta de especial interés el trabajo de M. RAZQUIN LIZARRAGA, *El principio de confidencialidad en la contratación pública*, en libro colectivo (dir. J.M. Gimeno), Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, 867-898.

Una característica muy especial —y quizá difícil de asumir por los gestores poco iniciados— es que puede haber varios adjudicatarios del contrato —y de hecho la Directiva anima a que se seleccione a varios empresarios—, que desarrollarán en paralelo y de manera competitiva, las soluciones innovadoras. La valoración de la innovación exigirá tomar en consideración criterios distintos del precio. Resulta incompatible con la valoración de la innovación atribuir al precio una ponderación excesivamente amplia, puesto que, normalmente, las soluciones innovadoras pueden resultar más caras si atendemos al precio (que no implica que su coste sea mayor, por ejemplo, si la solución requiere un menor mantenimiento, o su vida útil es mayor). Por tanto, más que el precio (o junto a él), en las compras de innovación se deberá considerar no solo los costes actuales sino el conjunto de los costes del ciclo de vida del objeto del contrato, que incluye los costes del desarrollo del producto, su adquisición y posible transporte e instalación, los de mantenimiento y disposición sobre los productos o servicios, y los asociados a su eliminación, además de otros aspectos importantes tales como la calidad y el mérito técnico de la oferta. De esta manera resultará posible adjudicar la combinación óptima del conjunto de costes del ciclo de vida y las consideraciones de calidad, con relación al precio. Se trata en definitiva de dar más valor en términos relativos a los aspectos innovadores frente al precio.

Al finalizar cada una de las fases de investigación, y tras evaluar los resultados alcanzados por cada uno de los adjudicatarios, la entidad contratante podrá reducir el número de contratistas procediendo a la extinción de los contratos individuales de quienes no hayan alcanzado los objetivos fijados. También es posible que el órgano de contratación se reserve la posibilidad de ir reduciendo el número de socios. Obviamente, el uso de tal potestad deberá haberse contemplado previamente en la documentación del contrato, definiendo además el procedimiento para hacerla efectiva.

El valor y la duración del contrato para la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes deberán mantenerse dentro de los límites apropiados (sin las rigideces de la compra ordinaria), teniendo en cuenta la necesidad de recuperar los costes contraídos, en concreto los derivados del desarrollo de una solución innovadora, y de conseguir un beneficio razonable.

La nueva regulación comunitaria europea ha previsto, de forma lógica al fundamento y función de este procedimiento, la necesidad de regular el régimen aplicable a los derechos de propiedad intelectual durante la ejecución y al término de la asociación para la innovación. En aras del principio de igualdad de los licitadores, el órgano de contratación determinará dicho régimen en los documentos preparatorios de licitación, de manera que todos los candidatos tengan conocimiento del mismo en el momento de realizar sus ofertas. Es este un elemento clave pues del mismo depende el éxito de la asociación. Y en un procedimiento con riesgos, como es este, la seguridad del modo de retribución es una exigencia.

Con el objetivo de resolver con rapidez las incidencias surgidas en la ejecución de estos contratos puede resultar aconsejable prever la opción de arbitraje.

En todo caso, pese a la potencialidad de este nuevo procedimiento conviene advertir que existen ciertas resistencias: a) Desconocimiento beneficios económicos sociales, b) Falta de claridad jurídica sobre las posibilidades de realizar la compra de innovación, c) Falta de información y de herramientas, y aplicación de criterios no uniformes, d) Falta de un intercambio adecuado de experiencias. Ausencia de profesionalización, y e) Ausencia de apoyo político.

Para conseguir los objetivos de hacer de la compra pública de innovación una estrategia práctica es necesario mejorar la preparación de los técnicos de las unidades de contratación para que puedan demandar al mercado soluciones tecnológicas adecuadas a sus necesidades (resulta muy útil la “demanda temprana”). Un esquema de buenas prácticas en la compra pública de innovación sería el siguiente:

1) Mejorar los pliegos de prescripciones técnicas (necesidades funcionales) de las licitaciones con el fin de facilitar la participación de las empresas innovadoras en los procedimientos de adjudicación de compra pública de innovación;

2) Explorar posibilidades de compra conjunta/agregada: se limitan los riesgos del sector privado;

3) Hay que impulsar y analizar la difusión de buenas prácticas de compra de innovación en el sector público;

4) Comunicar al mercado los planes de compra a largo plazo con antelación, para dar tiempo al mismo de reaccionar y desarrollar soluciones innovadoras que respondan a la necesidad definida;

5) Disponer de un personal encargado de la contratación bien formado que sea capaz de gestionar la adquisición de soluciones innovadoras;

6) Identificar las soluciones innovadoras disponibles en el mercado consultando a potenciales proveedores siempre que se respete la transparencia y no se impida la competencia;

7) Hay que identificar y planificar los riesgos, ya que son inherentes en la compra de soluciones de innovación y es muy importante valorar su potencial impacto en el proyecto;

8) Decidir el reparto de riesgos entre la Administración y el contratista (hay que estimular la participación empresarial);

9) Determinar el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial que habitualmente se plantean cuando se desarrollan productos innovadores;

10) Incluir en el contrato incentivos por soluciones innovadoras adicionales;

11) Diseño de un régimen de gestión del contrato planificado e incluido en los Pliegos de Prescripciones Funcionales que se publican en la convocatoria de licitación, de manera que las partes conozcan claramente sus respectivas obligaciones;

12) Realizar un seguimiento y aprender de su aplicación: ello puede ayudar a apoyar futuras innovaciones;

13) Establecer procedimientos de evaluación para mejorar los conocimientos de innovación en los procedimientos de compra pública;

14) Valorar los sistemas de arbitraje en cuestiones de ejecución.

Como conclusión, podemos destacar la idea de que la visión estratégica de la contratación pública tiene una evidente incidencia en el diseño y efectividad de las políticas públicas de los Estados. Por ello se debe romper con la idea de “siempre se ha hecho así” y evitar la tendencia a la autocomplacencia y la estricta visión “administrativa” de la contratación pública. La nueva regulación europea es una oportunidad para consolidar un nuevo modelo de empresa que ponga en valor la innovación y que dinamice modelo PYMES innovadora.

Es una oportunidad para cambiar el modelo económico y la “visión de negocio”. La Administración acepta ofertas de nuevos productos o, ante la inexistencia de soluciones, solicita colaboración al mercado. Lo que exige un elevado nivel de especialización (en suma, de la profesionalización), para poder poner en valor en los poderes públicos la innovación³⁹.

³⁹ La opción de la Unión Europea sobre esta política de profesionalización de la contratación pública queda muy bien reflejada en la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública - Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública. (BOE de 7 de octubre). En esta importante Recomendación se recuerda que los Estados miembros deben elaborar y aplicar estrategias de profesionalización a largo plazo para la contratación pública,

El contexto normativo y económico es una oportunidad para revisar en profundidad nuestro modelo de aprovisionamiento público para avanzar de un modelo de compra burocrática a un modelo de compra pública estratégica, que fomente la compra de soluciones innovadoras. Esta profesionalización refiere, en primer lugar, a la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación para conseguir una mejor capacitación. Solo así se puede conseguir una nueva actitud de los gestores que permita abandonar una posición “pasiva” que permita “actuar” en el mercado con una visión de sus funciones que se alejan de lo burocrático e incluyen la planificación estratégica y la gestión de proyectos y riesgos (lo que exige cambios en la organización y prospectiva de actuación)⁴⁰. Además, y como consustancial a la idea de profesionalización, es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses, y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan⁴¹. Una adecuada profesionalización, y la consiguiente “descontaminación política” de decisiones estrictamente administrativas, permitirá garantizar que la evaluación de las necesidades es adecuada (desde un análisis de eficiencia en la decisión final, con el fin de optar por la más

adaptadas a sus necesidades, recursos y estructura administrativa, de manera autónomas o como parte de políticas más amplias de profesionalización de la administración pública. El objetivo es atraer, desarrollar y retener competencias, centrarse en el rendimiento y los resultados estratégicos y aprovechar al máximo las herramientas y técnicas disponibles. Para ello se insta a los Estados a elaborar programas adecuados de formación.

⁴⁰ J.M. GIMENO FELIU, *La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente*, en en libro colectivo (dir. J.M. Gimeno), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 127-132.

⁴¹ Comisión Nacional de la Competencia, *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>. También. A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la Contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 192-198.

racional desde dicha perspectiva), evitando la provisión innecesaria, mal planificada o deficientemente definida⁴².

Y es que, como ya advirtiera Albert Einstein, “no podemos pretender que las cosas cambien si siempre hacemos lo mismo”.

⁴² A. SANMARTIN MORA, advierte que la falta de personal cualificado puede dar lugar a una irresponsable delegación de gobernanza en el sector privado, y que sea el contratista quien defina el nivel de calidad de los objetos a contratar en lugar de la autoridad pública. Por ello, es necesario que los gestores cuenten no solo con conocimientos especializados relacionados con los aspectos legales, sino también con aquellos que se relacionan con la gestión de proyectos y de riesgos. Asimismo, es importante dotarlos de directrices éticas que les permitan evitar situaciones de conflicto de intereses, pero sin que ello suponga bloquear la eficiencia de la contratación. *La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europe*, libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos* 2011, Civitas, 2012, 408-409 (este trabajo desarrolla las distintas posibilidades de la “profesionalización” de la contratación pública, que debe ser el eje sobre el que construir un nuevo modelo estratégico y eficiente, respetuoso con el principio ético exigible a toda actuación administrativa). También. E. MALARET, *El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia*, Revista digital de Derecho Administrativo, nº 15, primer semestre/2016, 38 y ss.

**BELGIAN ADMINISTRATIVE JUSTICE ORGANISATION: WHEN
FEDERALISM OR DEVOLUTION BRINGS JUSTICE WITH IT, OR WHEN
REGIONALISM IS INVADING EUROPE?**

David RENDERS¹

INDEX

1. BACKGROUND: WHO IS WHO AND WHO DOES WHAT?

**2. A SITUATION CREATED AND LEGALLY ADMITTED: HOW AND
WHY?**

2.1. A glance on the allocation of competences in matters of justice

*2.2. A judgement of the constitutional court in apparent opposition with the
allocation of competences in matters of justice*

**3. CRITICISMS AND CONSEQUENCES OF THE SITUATION: WHAT
AND WHY?**

*3.1. A reasoning, which lends itself to criticism and endorses a political
strategy*

3.2. An enterprise without limits?

¹ Professor, Louvain University. Lawyer, Bar of Brussels (david.renders@uclouvain.be).

1. The wind of change, which is blowing on the organisation of Belgian administrative justice, should be of interest for other states in which federalism or devolution does exist. This is notably the case within the United Kingdom, between Westminster, on the one hand, and Wales, on the other. If certain studies are to be believed, these bodies experience situations in which some aspects are similar².

Since 2009, the Flemish Region, which is interested in grabbing more autonomy from the Belgian state for technical but also political reasons³, is organising and modelling, inch by inch, a regional administrative justice, which could upset the balance of the current Belgian administrative justice and imply its large reorganisation, if not in the short term, at least in the medium one.

On the basis of a background (I), it is all about displaying how the situation might have been created and legally admitted (II), in order to criticise its key milestones and to measure the afferent consequences of the running process (III).

² With respect to asymmetric devolution, see notably M. ELLIOTT - R. THOMAS, *Public Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2014, 271-308; with respect to administrative justice system within the asymmetric devolution framework set up in the United Kingdom, see notably H. PRITCHARD, *Building a Welsh Jurisdiction through administrative Justice*, in *Administrative Justice in Wales and Comparative Perspectives Conference*, Bangor University, September 2015.

³ See notably the Charter for Flanders proposed, in 2012, by the political parties of the Flemish governing coalition at the time and, in this respect, S. LAMBRECHT, *Handvest voor Vlaanderen*, T.v.C.R., 2013, 360-371, including the footnotes, the ten first witnessing that political autonomy is not a new purpose for the Flemish Region. See also, more recently, the project of Flemish Constitution called for, in 2016, by the current Minister-President of the Flemish Government (https://www.standaard.be/cnt/dmf20160306_02168410; <https://www.law.kuleuven.be/home/onderzoek/nieuws-onderzoek/prof-s-sottiaux-over-vlaamse-grondwet>).

In terms of conclusion, we ask the question whether equality can be an ultimate rampart against what might be seen as a progressive dismantling of a common justice in a society called a state.

1. BACKGROUND: WHO IS WHO AND WHO DOES WHAT?

2. Belgium is a Federal State composed of federated entities⁴. Since 1970 they have accumulated even more competences originally exercised by the National State, which then became the Federal one⁵.

Both the creation and organisation of justice have always been a competence entrusted to the National State since the country gained its independence⁶.

⁴ See Belgian Constitution, art 1.

⁵ See Belgian Constitution, art. 127 to 134 ; see also loi spéciale of 8 August 1980 « de réformes institutionnelles » (*Moniteur belge*, 15 August 1980), art. 4 to 16ter ; loi spéciale of 12 January 1989 « relative aux institutions bruxelloises » (*Moniteur belge*, 14 January 1989, *err. Moniteur belge*, 16 March 1989), art. 4 to 5ter ; loi of 31 December 1983 « sur la Communauté germanophone » (*Moniteur belge*, 18 January 1984), art. 4 and 5.

⁶ See notably, in this respect, Belgian Constitution, art. 144 to 161; D. DE BRUYN, *Les compétences implicites en matière d'organisation de juridictions*, obs. sous C.A., 14 février 2001, n° 19/2001 et C.A., 13 mars 2001, n° 33/2001, *Journal des tribunaux*, 2002/1, n° 6037, 4-8 ; X. DELGRANGE et N. LAGASSE, *La création de juridictions administratives par les communautés et les régions*, in H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Charte, 2007, 487-524 ; A.-S. BOUVY, *La place des juridictions administratives régionales et communautaires dans la Belgique fédérale*, *Revue belge de droit constitutionnel*, 2015/2, 215-264.

In a country in which the federal system is centrifugal as opposed to centripetal, it is not surprising to observe that certain federated entities could have a stray impulse to obtain the power to model and organise their own — regional or community — justice, rather than to remain subjected to a national justice system which settles every dispute, including the ones related to regional or community rules of law applications.

3. A significant issue with the situation described above is caused by the fact that not all the parts of Belgium demand new competences. A number of members wish to continue to share justice with the diverse members of the Federation.

Concretely, only Flemish Region and Community are particularly centrifugal while, at the same time, Walloon and Brussels Regions, as well as Francophone and German-speaking Communities, are predominantly centripetal⁷.

The singularity of the situation is solved by compromises reached between the different Belgian Federation members.

Until now, a significant number of competences were transferred to the federated entities covering cultural, educational, social, economical, environmental or even urban policies. However, in regard to the sovereign departments such as justice, army, police or foreign office, the competences still remain in the hands of the Federal State, which allows the most patriotic representatives and citizens to be assuaged.

4. As a result, Belgian law displays an organisational system in which a significant proportion of the provisions are created by federated entities while the litigation regarding any rule of law, including the ones adopted by the federated entities, are judged by a federal justice system.

⁷ See, however, Avis du Conseil d'Etat n° 55.237/AG/4, 10 March 2014, sur un avant-projet de décret « créant un Conseil du contentieux administratif wallon », cited by J. VAN NIEUWENHOVE, *Adviespraktijk Raad van State, Tijdschrift voor Wetgeving*, 2014/2, 162-164.

Without debating whether a transfer of competences could and would be operated for the benefit of the federated entities in terms of building and organising justice — which might be unsuccessful —, the Flemish Region has decided to create a specific administrative jurisdiction in planning urban law, for the purpose of settling disputes about individual planning permissions and permission refusals, decided by the Flemish administration⁸.

Notwithstanding the division of competences set up between the Federal and the federated entities, the Belgian constitutional court —, which notably judges whether or not the rules related to the allocation of competences between the Federation members have been followed⁹ — has decided to agree that the Flemish legislator was right¹⁰. From now on, federated entities may create and organise jurisdictions under certain conditions¹¹.

⁸ Decreet van de Vlaamse Overheid of 27 March 2009 « tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijke plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid », *Belgisch Staatsblad*, 15 May 2009.

⁹ See Belgian Constitution, art. 142 and loi spéciale of 6 January 1989 « sur la Cour constitutionnelle », *Moniteur belge*, 7 January 1980, art. 1st and 26.

¹⁰ C. const., arrêt n° 8/2011 of 27 January 2011. See notably, in this respect, J. VANPRAET, *Deelstatelijke administratieve rechtscollege: enkele beschouwingen bij het arrest nr. 8/2011 van het Grondwettelijk Hof*, *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen and Publiekrecht*, 2011/4, 195-201; J. MOLLIN, *De ruimte impliciete bevoegdheid van de deelgebieden om administratieve rechtscolleges op te richten*, obs. sous C. const., 27 janvier 2011, n° 8/2011, *Rechtskundig Weekblad*, 2011-2012/37, 1641-1645.

¹¹ *Ibidem*, B.8.6., B.8.7.2., B.8.8., B.8.9., B.8.10.1. et B.8.10.2.

2. A SITUATION CREATED AND LEGALLY ADMITTED: HOW AND WHY?

5. On 27 March 2009, the Flemish legislator decided to initiate its proper jurisdiction, to which it has entrusted the competence of annulling diverse individual administrative acts with regards to planning urban law¹². This new institution is called *le Conseil pour les contestations des autorisations*, in Dutch *de Raad voor de vergunningsbetwistingen*.

As an administrative jurisdiction, *de Raad* is responsible for judging the actions directed against several types of either permissions or permission refusals regarding building¹³.

2.1. A glance on the allocation of competences in matters of justice

6. If we consider the Belgian justice system at the foundation of the state, it is constitutionally quite simple. Upon being under French rule between 1800 and 1815, under Dutch rule between 1815 and 1830 and obtaining its independence from the Netherlands in 1830, the founding fathers of the nation decided to create only a unitary judicial system¹⁴.

¹² Decreet van de Vlaamse Overheid of 27 March 2009 « tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijke plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid », *op. cit.*

¹³ Art. 36 of the Decreet van de Vlaamse Overheid of 27 March 2009 « tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijke plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid », *op. cit.*

¹⁴ Belgian Constitution of 7 February 1831, art. 92 to 107.

At this time, that political choice was conceived as a strong principle built on the basis of a certain hostility towards France and the Netherlands which formed an administrative jurisdiction called *le Conseil d'Etat* (the Council of State), not independent and impartial from the rulers and, thus, strongly rejected at the crucial moment they shaped the constitutional organisation of the budding country¹⁵.

More precisely, the constituent authority decided to see jurisdictional litigation in two different forms: the disputes regarding civil subjective rights on the one hand and the disputes concerning political subjective rights on the other¹⁶.

Civil rights are entirely under the protection of the judiciary courts, while the political ones fall under the same protection, but solely on principle. In other words, the national legislator — at that time unique in its power — could create an administrative jurisdiction if it was considered — by definition at the margin — an absolute necessity to judge a particular sort of disputes involving such a kind of right¹⁷.

7. Notwithstanding the transformation of the Belgian state from a unitary structure to a federal one, the competence of modelling and organising the judiciary courts

¹⁵ See notably, in this respect, Ph. BOUVIER, *La naissance du Conseil d'Etat de Belgique: une histoire française ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 43 to 45.

¹⁶ See Belgian Constitution of 7 February 1831, art. 92 and 93.

¹⁷ See notably, in this respect, B. BLERO, *L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire*, in B. BLERO (ed.), *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 203-267 ; B. BLERO, *Du droit objectif aux droits politiques des administrés. Essai sur la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge de l'excès de pouvoir*, *Chroniques de Droit public*, 1998, 151 to 157.

is still, today, in principle in the hands of the federal legislator, as well as the creation and organisation of the administrative one¹⁸.

On this basis, many modifications have been made with regards to the judiciary courts¹⁹, while innumerable administrative jurisdictions were created, sometimes so discreetly that they do not play a substantial role in society²⁰, sometimes so fundamental that they have deeply changed the institutional landscape of Belgium²¹.

This is especially relevant in the case of the... Belgian *Conseil d'Etat*, which was born after World War II, from the acknowledgement that the judiciary courts were too reluctant over a long period to protect the citizen from the illicit acts and behaviour of the administration acting as a public power using the so called *imperium* powers²².

¹⁸ C. const., arrêt n° 25/97 of 30 April 1997, B.4. ; C. const., arrêt n° 8/2001 of 31 January 2001, B.9. ; C. const., arrêt n° 33/2001 of 13 March 2001, B.5.5.1.; C. const., arrêt n° 49/2003 of 30 April 2003, B.6. ; C. const., arrêt n° 91/2010 of 29 July 2010, B.3.3. ; C. const., arrêt n° 8/2011 of 27 January 2011, B.8.4. ; C. const., arrêt n° 139/2012 of 14 November 2012, B.4.3. ; C. const., arrêt n° 98/2014 of 30 June 2014, B.14.2.

¹⁹ For example, Loi of 17 May 2006 « instaurant des tribunaux d'application des peines », *Moniteur belge*, 15 June 2006; Loi of 30 July 2013 « portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *Moniteur belge*, 27 September 2013.

²⁰ For example, la Commission relative à l'indemnité en cas de détention préventive inopérante (art. 28, §4, of the loi of 13 March 1973 « relative à l'indemnité en cas de détention préventive inopérante », *Moniteur belge*, 10 April 1973); le Conseil d'Etablissement (Loi of 26 June 2002 « relative à l'instauration du Conseil d'Etablissement », *Moniteur belge*, 27 August 2002).

²¹ For example, le Conseil du contentieux des étrangers (Loi of 15 September 2006 « réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des Etrangers », *Moniteur belge*, 6 October 2006).

²² See notably, in this respect, Ph. BOUVIER, *La naissance du Conseil d'Etat de Belgique : une histoire française ?*, *op. cit.*, 109 -152.

2.2. A judgement of the constitutional court in apparent opposition with the allocation of competences in matters of justice

8. The Belgian constitutional court decided that the creation of the *Raad voor vergunningsbetwistingen*, created by the Flemish legislator, was compatible with the constitutional allocation of competences. The power of creating any court of justice is, in Belgium, confided to the federal legislator by the Constitution itself, but the Flemish legislator could create this body.

Unsurprisingly, the constitutional court begins its reasoning by recalling the constitutional provisions applicable to such a matter²³. As a result, it states without ambiguity that the Flemish legislator was not competent for adopting an act establishing a new administrative court²⁴.

However, the constitutional court continues its reasoning by mentioning the existence of a provision in a quasi-constitutional law in the margin of the Constitution itself, which stipulates that the regions and communities can legislate in matters in which they are not specifically competent, under certain conditions²⁵.

To make such a provision applicable, it is required:

— That the legislative act adopted by the region or the community at issue is *necessary* for the exercise of its own competences;

²³ C. const., arrêt n° 8/2011 of 27 January 2011, B.8.4.

²⁴ *Ibidem*, B.8.5.

²⁵ See art. 10 of the loi spéciale of 8 August 1980 « de réformes institutionnelles », *Moniteur belge*, 15 August 1980.

— That the matter can *be regulated differently* from a member of the Federation to another;

— And that the incidence of the adopted act on the considered matter is only *marginal*²⁶.

9. On application of the above-mentioned conditions, the constitutional court investigates firstly the criterion of *necessity*.

The usual technique implemented by the court is to check what the legislator has sought to do by the analysis of the preparatory documents leading to the adoption of the act at issue.

According to these documents, the shifting of the administrative appeal organised until that time, before the Flemish government, by a jurisdictional action introduced before *de Raad* takes place in the framework of a strong will: the one of no longer let the regional administration controlling the action of the local administration principally competent in matters of delivering or refusing urban permissions²⁷.

According to these documents, again, the decisions relating to permissions and refusals of them have to be subjected to a control in which the controller could only sanction the administrative action at the margin, considering good land planning. In the opinion of the Flemish legislator, the unique solution provided by law is to entrust a

²⁶ See notably, in this respect, D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2003, 277 to 282 ; C. const., arrêt n° 19/2001 of 14 February 2001 ; C. const., arrêt n° 33/2001 of 13 March 2001 ; C. const., arrêt n° 154/2003 of 26 November 2003 ; C. const., arrêt n° 171/2003 of 17 December 2003 ; C. const., arrêt n° 114/2005 of 30 June 2005 ; C. const., arrêt n° 57/2012 of 3 May 2012 ; C. const., arrêt n° 89/2012 of 12 July 2012 ; C. const., arrêt n° 91/2013 of 13 June 2013 ; C. const., arrêt n° 154/2013 of 13 November 2013 ; C. const., arrêt n° 169/2013 of 19 December 2013 ; C. const. n° 73/2016 of 25 May 2016.

²⁷ C. const., arrêt n° 8/2011 of 27 January 2011, B.8.7.1.

jurisdiction to exercise such a control instead of the administration. In its view, it is above all the case considering the fact the controller must have at one's disposal accurate skills in terms of good land planning, what only a judge can provide²⁸.

Reading the preparatory documents, the necessity for a quick assessment of the action is equally underlined by the legislator, what the court highlights²⁹.

To summarize the first criterion under examination, the constitutional court merely decided that the assessment of the legislator of necessity does not seem erroneous.

10. By application of the above-mentioned conditions, the constitutional court moves on to the criterion of *differentiated regulation*.

From the constitutional court point of view, this criterion is equally satisfied.

The court notices that, even if *de Raad* is called to judge disputes settled, till that time, by the *Conseil d'Etat*, it does exist — at the federal level either — some exceptions to the general competence of this jurisdiction which is instituted to be subsidiary to other jurisdictional controls created in a specific text if need be³⁰.

11. With regard to the last — but not least — criterion, which requests that the legislative intervention on the federal field overlaps only marginally, the constitutional court thinks that the condition is also fulfilled, since the competence of *de Raad* is limited to the control of some individual types of decisions regarding urban planning law³¹.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ C. const., arrêt n° 8/2011 of 27 January 2011, B.8.7.2.

³⁰ C. const., arrêt n° 8/2011 of 27 January 2011, B.8.8.

³¹ C. const., arrêt n° 8/2011 of 27 January 2011, B.8.9.

The court adds that, during the debates organised in view of adopting the text, which became the law submitted to the constitutional control, it has been explicitly confirmed that the *Conseil d'Etat* is competent as a judge of cassation. According to the court, this is the case, since the product of the *Raad* control has been an administrative jurisdictional judgment, which, like any other, is subjected to the control of the *Conseil d'Etat* acting, this time, not as the judge of administrative acts annulment, but as the Belgian administrative cassation judge³².

This precision has been considered in the case at issue as an important element in order to evaluate favourably the marginal character of the legislative measure submitted to the control of the constitutional court³³.

As a consequence of the fulfilling of the three conditions posed by the quasi-constitutional act, as interpreted by the Belgian constitutional court, the legislative act creating *de Raad* is judged conform to the Constitution³⁴.

³² C. const., arrêt n° 8/2011 of 27 January 2011, B.8.10.2.

³³ M. PAQUES, C. VERCHEVAL, *Section 1- Origine, réforme de l'Etat et répartition des compétences*, *Droit wallon de l'urbanisme*, Bruxelles, Larcier, 2015, 84 ; F. JUDO, *Hou me tegen, of ik doe een ongeluk ! De Raad van State naast- en tegenover- de deelstakelijke administratieve rechtscolleges*, in J. VANPRAET (ed.), *Administratieve rechtscollege – Recht en Regio/ Juridictions administratieves- Droit et Région*, Brugge, La Charte, 2014, 38 ; J. MOLLIN, *De ruimte impliciete bevoegheid van de deelgebieden om administratieve rechtscolleges op te richten*, *Rechtskundige Weekblad*, 2011-2012, 1645 ; A.-S. BOUVY, *La place des juridictions administratives régionales et communautaires dans la Belgique fédérale*, *Revue belge de droit constitutionnel*, 2015/2, 246-247 ; T. VANDENPUT, P. DE MAEYER, M. BERTRAND, *Les nouvelles juridictions administratives régionales compétentes en matière d'urbanisme et d'environnement*, in F. VISEUR, J. PHILIPPART (ed.), *La justice administrative*, Bruxelles, Larcier, 2015, 612 to 617.

³⁴ C. const., arrêt n° 8/2011 of 27 January 2011, B.8.11.

3. CRITICISMS AND CONSEQUENCES OF THE SITUATION: WHAT AND WHY?

12. The case law of the constitutional court is legally connected to the only legislative act deferred to the control of the court. But we can easily imagine that such a precedent has potentially serious consequences.

This precedent means that when a federated entity displays a logical purpose and limits the competence of the jurisdiction it wants to create at a certain type of dispute, the legislative act which institutes the new jurisdiction is safe from criticism in terms of competences repartition, as far as the *Conseil d'Etat* remains both a subsidiary judge of the administrative act annulment and the judge of the administrative cassation.

3.1. A reasoning, which lends itself to criticism and endorses a political strategy

13. To put it simply, such reasoning can be criticized on the grounds that none of the three conditions are truly satisfied.

As far as the *necessity* criterion is concerned, we can observe that the judge who is assigned to replace the administration could be the *Conseil d'Etat* and not a new Flemish judge.

That is probably why the justification is also based on the rapidity of the control instituted, at a time in which the *Conseil d'Etat* had a backlog, which is, now, not the case

anymore³⁵, ... contrary to *de Raad*, which has — and in any case has been³⁶ — serious flaws in this regard.

In the light of these considerations, it can be suggested that the *necessity* criterion has not truly been fulfilled.

14. The criterion of *differentiated regulation* raises questions.

If the *Conseil d'Etat* is the subsidiary judge of administrative acts annulment — which is true³⁷ —, it is in the sense that new, particular jurisdictions can be created, but in the measure that the latter is both instituted by the federal legislator and in a particular field.

The constitutional court seems to mix up two realities: a first on the basis of which diverse jurisdictions can be created beside the *Conseil d'Etat*, at a federal level, and a second according to which diverse jurisdictions could be instituted beside the *Conseil d'Etat* and vary from a federated entity to another. The real meaning of the *differentiated regulation* criterion rests on this second approach.

By applying the criterion in a confusing sense, the constitutional court omits to ask the correct question, which is: should we accept that a federated entity could create a federated judge, whereas other entities continue to be submitted, in the same field, to the federal judge, in other words the *Conseil d'Etat*?

³⁵ See notably Rapport d'activité du Conseil d'Etat de Belgique 2012-2013, 93 and 95, 2013-2014, 19, 21, 33, 51 and 52 ; and 2014-2015, 20, 22, 26, 30, 58, 59 and 60.

³⁶ See notably Raad voor Vergunningsbetwistingen, Jaarverslag 2009-2010, 30; Jaarsverslag 2011-2012, 5, 6, 17 and 76.

³⁷ See art. 14, §1er, *in limine*, des lois coordonnées « sur le Conseil d'Etat » of 12 January 1973, *Moniteur belge*, 21 March 1973.

15. The way in which the constitutional court implemented the *marginality* criterion in the case at issue is puzzling, too.

By considering that a federated entity can create a new administrative jurisdiction if the latter is entrusted with competences in a specific field, the temptation of creating different administrative jurisdictions with specific competences instead of a large one — which as a result is the same — could not be stopped...

16. ... This is precisely what the Flemish Region has done.

This Region has created a specific jurisdiction, not only in urban planning law, but also in local election law³⁸, in education³⁹ and environmental law⁴⁰, without being disturbed neither by the other members of the federation, nor by the constitutional court⁴¹.

In 2014, it took a big step and adopted a framework-act in order to provide a same set of organisational rules at the diverse administrative jurisdictions⁴².

³⁸ Decreet van de Vlaamse Overheid of 8 July 2011 « houdende de organisatie van de lokale en provinciale verkiezingen en houdende wijziging van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005, het Provinciedecreet van 9 december 2005 en het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn », *Belgisch Staatsblad*, 25 August 2011.

³⁹ Decreet van de Vlaamse Overheid of 19 March 2004 « betreffende de rechtspositieregeling van de student, de participatie in het hoger onderwijs, de integratie van bepaalde afdelingen van het hoger onderwijs voor sociale promotie in de hogescholen en de begeleiding van de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen », *Belgisch Staatsblad*, 10 June 2004.

⁴⁰ Decreet van de Vlaamse Overheid of 21 December 2007 « tot aanvulling van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid met een titel XVI 'Toezicht, handhaving en veiligheidsmaatregelen' », *Belgisch Staatsblad*, 29 February 2008.

⁴¹ See C. const., arrêt n° 152/2015 of 29 October 2015, obs. D. RENDERS - D. DE VALKENEER, *Où peut aller la justice administrative flamande, en particulier si la coupole n'est pas encore pleine ?*, *Administration publique*, 2016/4, 557-570.

Since that time, a First President has been appointed who rules and represents an institution composed of multiple branches originally presented as independent to each other⁴³, today implemented as a whole, sharing the same building and the same infrastructures⁴⁴.

The preparatory documents of the framework-act reveal that the purpose is clearly affirmed to legislate in order to shelter other administrative jurisdictions without having to recreate, every time, a new organisation from scratch⁴⁵.

As a result, we can expect an increasing absorption of the competences of the *Conseil d'Etat* in terms of annulment of Flemish administrative acts. This means, at a later stage, an imbalance of the Francophone and the Flemish magistrates of the supreme jurisdiction, capable of gradually diminishing the *Conseil d'Etat*'s attributions.

Behind the gradual building of new jurisdictions in the Flemish Region, we so see a clear weakening of one more federal institution and a no less clear weakening of the Belgian State, connected to the strategy of the Flemish autonomy.

⁴² Decreet van de Vlaamse Overheid of 4 April 2014 « betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges », *Belgisch Staatsblad*, 1 October 2014. For a detailed analysis of the Decreet, see notably A. MAES, « Het nieuwe DBRC-decreet : een eerste blik op de procedurele wijzigingen voor de Raad voor vergunningsbetwistingen », *Chroniques de Droit public — Publiekrechtelijke Kronieken*, 2015/3, 363-386

⁴³ Art. 5 and 9 of the décret of 4 April 2014 « betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges », *op. cit.*

⁴⁴ Art. 2 of the Besluit van de Vlaamse Regering of 16 May 2014 « houdende de rechtspleging voor sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges », *Belgisch Staatsblad*, 3 December 2014 (Bâtiment Ellips, Koning Albert II-laan 35, 1030 Brussel). It should also be noted that, from judicial year 2014-2015, the activity of all the Flemish administrative jurisdictions subject to the framework-act leads to one and only one annual report.

⁴⁵ Ontwerp van decreet « betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges », *Parl. doc.*, Vlaams Parlement, gew. zit. 2013-2014, n° 2383/1, 8.

3.2. *An enterprise without limits?*

17. If a strategy is indubitably implemented in order to de-federalize the administrative justice in Belgium, we could legitimately raise the question whether this enterprise, accomplished with the agreement of the constitutional court, is unlimited.

Facing this question, we can reasonably answer negatively, at least in the actual state of legal art.

18. A *first limit* seems to have been posed by the constitutional court in the judgement it delivered about the creation of *de Raad*.

In this judgement, the court stresses on the fact that an important reason why it considers that the *marginality* criterion has been satisfied is because the *Conseil d'Etat* remains the judge of cassation for the administrative judgements delivered by the new Flemish administrative jurisdiction.

This precision could mean that the compromise between the judges composing the constitutional court might have been to admit the existence of administrative jurisdictions as long as the *Conseil d'Etat* is preserved as a national jurisdiction in terms of administrative cassation.

But the following question arises: is it a definitive or a transitory compromise?

19. A *second limit* seems to have been posed by the constitutional court in two judgements: a first, concerning the validity of an amendment with respect to the procedure applicable before the *Raad* and a second, regarding to the aforementioned framework-act, intended to establish a same set of organisational rules for the diverse Flemish administrative jurisdictions.

The limit consists in declaring unconstitutional a range of provisions allowing the administration to modify in different respects a unilateral administrative act challenged

before a Flemish administrative jurisdiction in the course of the proceeding in progress before the latter⁴⁶.

Certain criticisms are not debated as a part of this paper, since they are connected with the device at issue in itself but not with the allocation of competences between the Federal State and the federated entities⁴⁷. However, one criticism must be highlighted for the reason it is precisely connected to this allocation⁴⁸.

This criticism lies in the following observation: by agreeing with the fact that the administration is entitled to operate an *a posteriori* modification of the motivation of its decision, meanwhile the content of the operative part of the latter must remain unchanged, the corrective mechanism in question breaches the legal standard provision of formal motivation⁴⁹. This provision, which demand to the authorities of preceding an administrative individual decision by a formal motivation, is still under federal jurisdiction and, in these circumstances, cannot be vicariously affected⁵⁰.

⁴⁶ C. const., arrêt n° 74/2014 of 8 May 2014 (see notably, in this respect, D. RENDERS, *La boucle administrative ne serait-elle pas bouclée ?*, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2014/25, 1201 to 1211; F. BELLEFLAMME, J. BOURTEMBOURG, *Requiem pour la boucle*, obs. sous C. const., 8 May 2014, n° 74/2014, *Journal des tribunaux*, 2014, 480 to 483 ; M. UYTENDAELE, *Sauver la boucle administrative*, obs. sous C. const., 8 May 2014, n° 74/2014, *Administration publique*, 2015, 40); C. const., arrêt n° 152/2015 of 29 October 2015.

⁴⁷ C. const., arrêt n° 74/2014 of 8 May 2014, B.7.2., B.8.4., B.8.5. ; C. const., arrêt n° 152/2015 of 29 October 2015, B.12.3. to B.13.4.

⁴⁸ C. const., arrêt n° 74/2014 of 8 May 2014, B.9.5. ; C. const., arrêt n° 152/2015 of 29 October 2015, B.14.3. to B.14.7.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

It follows that allocation of other competences than those directly related to the jurisdictional system in itself can influence the extent to the latter can be changed.

20. A *third limit* which can be mentioned deals with the status of the ordinary set of jurisdictions called in French *les cours et tribunaux*, in Dutch *de hoven en rechtbanken*, also responsible, in Belgian law, for delivering administrative justice to some significant degree, in particular in the field of public contracts and administration's extra-contractual liability.

The difference between the ordinary jurisdictions and the administrative jurisdictions lies in the fact that the earlier have been created and organised by the Constitution itself⁵¹, in contrast with the latter, which have been introduced by a mere law, except the *Conseil d'Etat*⁵².

This means that the room for manoeuvre in order to make them partly federated is narrower, if not bordering on inexistent.

On the whole, we so can state that de-federalizing the ordinary justice needs an amendment of the Constitution, which demands to launch a heavy procedure including the dissolution of the federal assemblies and the organisation of a new general election⁵³.

However, the federal character of the ordinary justice is fragile in the sense that such a public service needs money for being efficient. The latter is also even weaker by the fact that the judges belonging to this jurisdictional order are confronted to the obligation of

⁵¹ See Belgian Constitution, art. 146 to 159.

⁵² See Belgian Constitution, art. 160.

⁵³ See Belgian Constitution, art. 195. Regarding the amendment procedure of the Belgian Constitution, see notably F. DELPEREE (ed.), *La procédure de révision de la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

applying an increasing variety of regional and community rules, meaning that, if they exercise the same formal function, the material one is becoming substantially different.

*

21. In front of such a peculiar landscape, the question could be raised whether the current organisation of Belgian public justice remains compatible with the Napoleonic version of the principle of equality of citizens before the law and, here more precisely, with the principle of equality of persons subject to trial before justice.

In that respect, it should be noted that the Belgian Constitution lays down the principle of equality in general⁵⁴ and the principle of equality before the public justice service in particular⁵⁵. If equality in general might demand that the law sets up the same judge for resolving the same category of disputes⁵⁶, equality before the public justice

⁵⁴ See Belgian Constitution, art. 10 and 11.

⁵⁵ See Belgian Constitution, art. 13.

⁵⁶ See notably, in this respect, M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 413; D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, *op. cit.*, 89-91.

service barely imposes that the law would be equally observed, without prejudice to the content of the rule, which inducts possible differences established by the law⁵⁷.

22. However, in a Federal state even influenced by a Napoleonic approach, a basic principle needs that each member of the Federation — the Federal state as well as the federated entities — has the power to make an equal law as the one enacted by the others and might develop an autonomous approach of what it can decide⁵⁸.

From the time the law in general and the justice in particular are potentially ruled, even for a part, by the federated entities, equality before justice is a statement available in a range exactly equal to the number of the Federation members entitled to legislate in such a matter.

23. It follows from these considerations that, in practical terms, equality cannot constitute an ultimate rampart against a variety of justice systems within the same Federal state.

The true point is, thus, all about what human beings conceive to pool in this kind of structure. Everyone will measure that such an issue arises, at this time, in many more fields than in administrative justice and in many more states in Europe than in Belgium, not to mention the European Union itself.

So, should we not conclude that both the point and the solution in play are in the hands of the politicians, much more than in those of the lawyers?

⁵⁷ See notably, in this respect, M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, *op. cit.*, 412-413; D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, *op. cit.*, 90-91.

⁵⁸ See notably, in this respect, F. DELPEREE et S. DEPRE, *Le système constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1998, 115.

**THE LEGALITY PRINCIPLE UNDER THE ECHR APPLIED TO FREEDOM-
RESTRICTING PUBLIC ORDER POWERS: A CRITICAL ANALYSIS OF THE
BELGIAN PROHIBITION OF PLACE**

Liesbeth TODTS¹

INDEX

ABSTRACT

1. INTRODUCTION

2. PRINCIPLE OF LEGALITY UNDER THE ECHR

**3. BELGIAN SYSTEM OF PUBLIC ORDER ENFORCEMENT: BRIEF
OVERVIEW**

3.1. Situations in which a municipality can act to maintain public order

3.2. Public order powers at the disposal of a municipality

3.2.1. Municipal administrative sanctions

3.2.2. Police measures

**4. COMPATIBILITY OF FREEDOM-RESTRICTING PUBLIC ORDER
POWERS WITH THE LEGALITY PRINCIPLE**

4.1. Requirement of a legal basis

4.2. 'Quality of law' requirements

4.2.1. Accessibility of the legal basis

4.2.2. Foreseeability of the legal basis

5. CONCLUDING REMARKS AND RECOMMENDATIONS

¹ Liesbeth Todts is a PhD Candidate at the University of Antwerp, Research Group Government and Law (Belgium). The author would like to thank Yseult Marique for her comments on an earlier draft of this contribution.

ABSTRACT

This contribution looks into the principle of legality under the European Convention on Human Rights with regard to public order measures restricting the individual in his fundamental right to freedom of movement. Today, there is an increase in such freedom-restricting public order powers, such as the Belgian prohibition of place introduced in 2013, whilst the legality of such powers is generally not questioned. The legality principle is nevertheless an important principle, stemming from the rule of law and a key value in preventing arbitrary state interference, thus well deserving further examination. Therefore, this contribution gives an overview of the relevant Strasbourg Court's case law, compared to the decisions of the UN Human Rights Committee and the prevailing law in Belgium on the prohibition of place, where questions arise about its legality. In order to find some inspiration for the legality of the Belgian prohibition of place, but also for potential future legislation on new freedom-restricting public order powers, we will also compare where useful with the prevailing law on this issue in the Netherlands and the United Kingdom.

1. INTRODUCTION

Today's postmodern society is characterised by a need for safety and security and the maintenance of security has become increasingly important on the political agenda in many postmodern countries over the last twenty years.² This in turn translates into an increase in often far-reaching powers at the disposal of the executive and (criminal) judges that drastically restrict an individual in his free movement. These powers take a variety of forms and are imposed by all kinds of administrative and criminal authorities with the aim of maintaining public order. For example, in Belgium, a temporary curfew is possible, such as the curfew prohibiting juveniles to enter a local park after 10 pm imposed by a mayor in order to prevent loitering.³ Also a temporary prohibition to enter a football stadium (so-called 'football stadium ban') can be imposed, more specifically by a civil servant for three months to five years, in order to tackle football-related violence.⁴ Additionally, in 2013, a new Article 134sexies has been inserted in the Belgian New Municipality Act (NMA)⁵, which enables mayors to maintain public order by imposing a so-called 'temporary prohibition of place'.⁶ On this ground, a mayor can, in case of a disturbance of public order or nuisance, prohibit an individual to enter a certain public place, such as a street or a

² E. DEVROE, *A Swelling Culture of Control? De genese en toepassing van de wet op de administratieve sancties in België* (Maklu, 2012), 19-24 and references therein.

³ In Belgium, the maintenance of public order is primarily a competence of local administrative authorities, in particular a mayor. See, e.g. the curfew imposed by the former mayor of Mechelen (a city in Belgium) (Jmv, *Mechelen voert avondklok in voor hangjongeren*, www.destandaard.be).

⁴ Art.24 of the Law of 21 December 1998 on Safety at Football Matches (Belgium).

⁵ Via the Municipal Administrative Sanctions Act 2013 (Belgium).

⁶ This prohibition of place was already known in administrative law, but has now been enshrined generally in a statutory text for the first time. For a first analysis of this new power and its conditions, see L. TODTS, *Het gemeentelijk plaatsverbod: een eerste verkenning en toetsing aan het fundamentele recht op persoonlijke bewegingsvrijheid*, 8 Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiek Recht 2015, 432-448.

neighbourhood, for up to one month.⁷ Similar restrictions of an individual's free movement exist in Belgian criminal law. For instance, a criminal judge can impose a football stadium ban for three to even ten years in case of football violence, or may, in case of certain sexual offences, prohibit an individual to be in a certain place, such as the street of the victim, for up to twenty years.⁸

Despite differences in form and competent authority, the above-mentioned measures all pursue the same goal, namely maintaining public order by temporarily *restricting* an individual *in his free movement* regarding a *specific place or area* within a *particular state*. For this contribution, I will subsequently refer to such measures with the notion of '*area-based restrictions*'.

The above trend of increasing reliance on public order powers restricting the individual in his free movement is likely to continue in Belgium. After all, at present, there is an increase in dangerous situations and situations of threat, such as terrorism threat, which may in turn lead to a rise in far-going public order powers. The powers of the executive and judges to safeguard public order are nowhere listed in a limited way in Belgium, so that new forms of

⁷ Art.134sexies, § 2 of the New Municipality Act (NMA) (Belgium). A similar measure also exists in the United Kingdom, where a constable in uniform can impose a so-called 'direction to leave' (see Part 3 of the Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014; see also *infra*). Although both the Belgian prohibition of place and the UK direction to leave pursue the same goal, namely maintaining public order by prohibiting individuals to be in a certain public place for a certain period (in other words, by imposing area-based restrictions), they nevertheless slightly differ in the manner of doing so. The direction to leave can obligate the offender to leave the locality and not to return to it, in contrast to the Belgian prohibition of place, which only implies a prohibition to enter the locality. In order to avoid confusion, we therefore prefer not to use the English notion of 'direction to leave' for also the Belgian prohibition of place, but to give a (literal) translation of the measure as it exists in Belgian law, namely the notion of 'prohibition of place' (cf. the French notion in the French version of the Belgian Municipal Administrative Sanctions Act 2013 of '*interdiction de lieu*').

⁸ Art.41 of the Law of 21 December 1998 on Safety at Football Matches (Belgium) resp. Art.382bis, §4 of the Criminal Law Code (Belgium).

public order powers may well be introduced, for instance to tackle terrorism (threat). For example, in Belgium, the introduction of ‘administrative house arrest’ is proposed in the fight against terrorism as a measure that can be imposed by the National Security Council⁹ when the state of emergency is introduced in the Belgian legal system.¹⁰ However, further considerations as to its (potential) content are not given and no legislative proposals have yet been submitted. Note that, in France, similar measures were already introduced in the light of the 2015 Paris attacks and the subsequent implementation of the state of emergency.¹¹ In France, the Minister of Internal Affairs can, for instance, impose a so-called ‘assignation à résidence’ on a person suspected of posing a threat to public order and safety. This measure obligates the suspect to reside within a certain area for a certain period and can be combined with further restrictions, such as a home curfew. The suspect is then required to remain for a certain period within a specified residence, such as his own house (‘l’astreinte à domicile’).¹²

This trend towards more freedom-restricting powers to maintain public order raises some important legal questions. The above-mentioned area-based restrictions are situated at the boundary between allowable powers to maintain public order and impermissible restrictions of an individual’s fundamental rights and freedoms. They more specifically constitute serious restraints of the fundamental right to freedom of movement, as guaranteed in inter

⁹ A public body coordinating state action against terrorist threats.

¹⁰ As proposed by the New Flemish Alliance party (N-VA) – a centre-right Flemish nationalist party in the coalition – (see N-VA, “Niveau V”, September 2016, https://www.n-va.be/sites/default/files/generated/files/news-attachment/niveau_v_-_10092016.pdf [accessed 28 June 2017]). See also Dominique Fiers, “De Wever pleit opnieuw voor noodtoestand”, 22 March 2017, available at www.deredactie.be [accessed 28 June 2017].

¹¹ The state of emergency has been renewed in December 2016 and again extended until 15 July 2017.

¹² See Art.6, Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l’état d’urgence, as modified by Art.4 Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 and Art.2 Loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016.

alia Article 2 of the Fourth Additional Protocol of the European Convention on Human Rights (A2P4).¹³

The first paragraph of this Article reads as follows: ‘Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence’. This right prohibits national authorities to *restrict* the individual’s free movement in an arbitrary way. Importantly, according to the European Court of Human Rights’ case law, the right to freedom of movement in A2P4 must be clearly distinguished from the right to liberty and security in article 5 of the European Convention on Human Rights (ECHR). The latter contains the right of an individual not to arbitrarily lose all freedom of movement and thus not to be arbitrarily *deprived* of his liberty.¹⁴ The above-mentioned area-based restrictions are generally considered to be mere limitations of the individual’s free movement, without depriving him of all liberty. After all, these measures restrict an individual solely as regards one specific area. In other words, they still provide an individual with all free movement, save for the area covered by the restriction. Such measures are generally deemed to merely restrict an individual in his free movement, without depriving him of all liberty.¹⁵ Consequently, this contribution focuses on A2P4 and not on Article 5 of the ECHR.¹⁶

¹³ See also Art.13 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and Art.12 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).

¹⁴ See also Art.3 of the UDHR and Art.9 of the ICCPR.

¹⁵ However, some of these area-based restrictions are at the boundary between mere restrictions of the free movement and more far-going deprivations of liberty. For a more extended discussion, see L. TODTS, *Area-based Restrictions to Maintain Public Order: The Distinction Between Freedom-restricting and Liberty-depriving Public Order Powers in the European Legal Sphere*, (2017) 4 E.H.R.L.R. 376-386.

¹⁶ Given the fact that this contribution focuses on restrictions imposed within the territory of a particular state, it will not discuss the right to leave any country, as guaranteed in paragraph 2 of A2P4. Accordingly, it will mainly focus on the right to free movement in purely internal situations and not also the right to free movement between

The right to freedom of movement is not an absolute right and restrictions are possible, provided that they are not arbitrarily imposed. It is, however, not unconceivable that freedom-restricting measures, such as area-based restrictions, are used in an arbitrary way, for example to target certain groups in a society. In the United Kingdom, for instance, empirical research has already shown that this may be the case for the so-called ‘dispersal powers’, which are similar powers as to the Belgian prohibition of place. Dispersal powers were already introduced in 2003 via the Anti-social Behaviour Act¹⁷, which have recently been replaced by the so-called ‘direction to leave’ as introduced by the Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act (ACPA) in 2014.¹⁸ These powers enable a constable in uniform to give a direction to an individual requiring him to, for example, leave the locality and not to return to it for a certain period. According to empirical research, such dispersal powers may well lead to the criminalisation of (loitering) youth, based on mere feelings of fear and insecurity that the simple presence of groups of youths in public places may cause to others.¹⁹

Hence, it is of great importance to examine the conditions under which freedom-restricting measures can be imposed, in order to avoid that these restrictions are used in an arbitrary way. Knowing more about these conditions is essential to find a good balance between the need to maintain public order and the protection of an individual’s fundamental rights and freedoms, in particular the right to freedom of movement. This is even more true in view of

different EU States, as protected under EU law, nor the right to free movement of aliens in the context of migration law.

¹⁷ S.30.

¹⁸ See Part 3.

¹⁹ For a report of this research, see A. CRAWFORD, *Dispersal Powers and the Symbolic Role of Anti-Social Behaviour Legislation*, (2008) 71(5) *Modern Law Review*, 753-784.

the above-mentioned increase in freedom-restricting powers available to administrative and criminal authorities.

To be compliant with the right to freedom of movement, restrictions must be in accordance with the standard restriction requirements of *legality*, *legitimacy* and *proportionality*. Restrictions more specifically have to (i) be in accordance with the law, (ii) pursue a legitimate aim, such as the maintenance of public order and (iii) be necessary in a democratic society, i.e. proportionate.²⁰ This is similar to the conditions set out in Articles 8-11 of the ECHR.²¹ Freedom-restricting public order powers mostly pose problems with regard to the question whether they are necessary in a democratic society for the (public order) aim pursued, i.e. the proportionality requirement, whilst neither the legality nor the legitimacy of the measure is generally questioned.²²

As to the Belgian legislation introducing the prohibition of place, the Belgian Constitutional Court has already held in its judgement of 23 April 2015 that the prohibition of place must be considered as consistent with the right to free movement. After all, it pursues the legitimate aim of maintaining public order and must stand in fair proportion to

²⁰ Third paragraph of A2P4. See also Art.12(3) of the ICCPR. Note that the fourth paragraph of A2P4 provides another restriction ground, already enabling restrictions when they are ‘justified by the public interest in a democratic society’. However, and regardless of the applied restriction ground, the measure must always be at least proportionate (C. GRABENWARTER (ed), *European Convention on Human Rights. Commentary* (C.H. Beck, 2014), p.415).

²¹ C. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights. Commentary* (C.H. Beck, 2014), p.415; W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary* (OUP, 2015), p.402.

²² NURIA A. HIDALGO, “*Liberty of Movement Within the Territory of a State (Article 2 of Additional Protocol No. 4 ECHR)*” in J. G. ROCA and P. SANTOLAYA (eds), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Right* (Koninklijke Brill, 2012), pp.622-623. On the content of the proportionality principle as regards area-based restrictions, see L. TODTS, *The Legitimacy of Area-based Restrictions to Maintain Public Order: Giving Content to the Proportionality Principle from a European Legal Perspective*, in *Public Administration Yearbook*, Pedagogical University of Cracow, 2017(3), 128-155.

the public order aim pursued, though it is for the competent court to assess in a given case whether the imposed prohibition can be considered as proportionate.²³

However, one criterion did apparently fall outside the Court's attention and was not as such assessed by it, more specifically whether the prohibition of place is in accordance with the law, i.e. whether it is compliant with the *principle of legality*.²⁴ As we will see hereafter, this principle does not only require that the impugned measure is provided by law, in that it is based on a norm in domestic legislation. The legality principle implies much more than that. Being a key principle of the rule of law and fundamental in preventing arbitrary state interference, the legality principle also requires the norm at issue to meet some important *substantive* requirements. Whilst the prohibition of place is set up by a law (i.e. Article 134sexies of the Belgian NMA), thus being provided by law, one can wonder whether all the provisions of this Article are compliant with the substantive requirements resulting from the legality principle, as we will see below.

The question thus arises how we can ensure that a domestic system providing for the possibility of imposing freedom-restricting public order measures, such as the Belgian prohibition of place, complies with the principle of legality as interpreted under the ECHR. Therefore, this contribution aims to assess the legality of area-based restrictions to maintain public order, in particular the Belgian prohibition of place, in view of the ECHR. This is not only important for the relevant domestic legislation on the prohibition of place, in this way being able to reveal possible gaps and flaws in it and to subsequently formulate legislative recommendations. It is also relevant for the Belgian legislator when drafting

²³ Belgian Constitutional Court, 23 April 2015, No.44/2015, at [B.60.7] - [B.60.9].

²⁴ It should be noted that the Court did refer to the principle of legality, but only in relation to criminal matters. It considered that the prohibition of place is introduced as a preventive police measure, solely aiming at safeguarding public order, and not a penalty, so that the principle of legality in inter alia Article 7 of the ECHR is not applicable (see [B.57.8]). However, the principle of legality is not limited to only criminal matters. It applies to any restriction of any conditional right, such as the right to freedom of movement (see also *infra*).

legislation on *new* freedom-restricting public order powers, for instance in the fight against terrorism. In this way, the domestic legislator can be acquainted with the conditions that must be met, so that these powers are considered to be ‘in accordance with the law’ and thus compatible with an individual’s fundamental rights, notably the right to freedom of movement. Moreover, the results of this research may well be relevant for also other countries, insofar as freedom-restricting measures to maintain public order are concerned. After all, this research focuses on a fundamental human right, i.e. the right to freedom of movement, so that it can be applied, *mutatis mutandis*, to also other Contracting States to the ECHR. We will do so via an analysis of the criteria put forward in the relevant Strasbourg Court’s case law, compared to the decisions of the UN Human Rights Committee (HRC) and the prevailing law on this issue in Belgium. In order to find some inspiration, we will also look where useful into the prevailing law in this regard in the United Kingdom and the Netherlands. The Netherlands has a rich tradition on public order enforcement law, while in the United Kingdom, new freedom-restricting public order powers have recently been introduced and have already been assessed as regards their legality.

Before analysing in detail to what extent freedom-restricting public order powers such as the Belgian prohibition of place are compliant with the principle of legality, we must first clarify the content of this principle under the ECHR. This contribution then proceeds with briefly discussing Belgian public order enforcement law, in order to fully understand the domestic system of the prohibition of place. Subsequently, it investigates the compatibility of freedom-restricting public order powers with the legality principle. The contribution ends with some concluding remarks and recommendations.

2. PRINCIPLE OF LEGALITY UNDER THE ECHR

The principle of legality is an important principle. It is thought to be one of the key values emanating from the rule of law^{25,26}, which the European Court of Human Rights considers to be one of the fundamental principles of a democratic society and which is inherent in all the Articles of the Convention.²⁷ The rule of law is of key importance in the development of a liberal political state. It essentially indicates the idea that it is fundamental for the protection of individual liberties that the power of the state is restrained and controlled by subjecting it to ‘the law’.²⁸ It thus aims to protect individuals from any arbitrariness in the exercise of state power.²⁹ The rule of law is also closely linked to the

25 M. KRYGIER, *Rule of Law*, in Michel Rosenfeld and Adrás Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (OUP, 2012), p.237 and J. JOWELL, *The Rule of Law and its underlying values*, in Jeffrey Jowell, Dawn Oliver and Colm O’Cinneide (eds), *The Changing Constitution* (OUP, 2015), pp.20-24.

26 The concept of ‘rule of law’ is the notion used in Anglo-American tradition. In German tradition, this principle is referred to with the concept of ‘Rechtsstaat’, whereas in French tradition, the notion of ‘État de droit’ is used. Despite these different notions and (historically) different accents between these concepts, they nonetheless incorporate a number of common, fundamental principles (see L. PECH, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, in *Jean Monnet Working Paper Series* No.4/2009, 28 April 2009, available at <https://ssrn.com/abstract=1463242> [accessed 30 June 2017], p.22 and references therein and B. SORDI, *Révolution, Rechtsstaat and the Rule of Law: historical reflections on the emergence of administrative law in Europe*, in Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth and Blake Emerson (eds), *Comparative Administrative Law* (Edward Elgar, 2017), pp.23-35).

27 *Iatridis v Greece* [GC] (2000) 30 E.H.R.R. 97, at [58]. Moreover, the preamble of the European Convention expressly refers to the rule of law as a ‘common heritage’ of the Contracting States to the ECHR.

28 For a brief overview of the historical background of the rule of law, see e.g. D. MOECKLI, *Exclusion from Public Space. A Comparative Constitutional Analysis* (Cambridge, 2016), pp.119-120.

29 M. KRYGIER, *Rule of Law*, in Michel Rosenfeld and Adrás Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (OUP, 2012), pp.241-242 and J. JOWELL, *The Rule of Law and its underlying values*, in Jeffrey Jowell, Dawn Oliver and Colm O’Cinneide (eds), *The Changing Constitution* (OUP, 2015), pp.13-14.

idea of separation of powers, with an independent judiciary as a safeguard against the abuse of state power.³⁰ In addition, to give an individual adequate protection, it is also – and above all – vital that all state action is *legally authorised*, as is required by the principle of legality.³¹

The principle of legality is probably most known in criminal matters, flowing from the adage ‘*nullum crimen, nulla poena sine lege*’, meaning that only the law can define a crime and prescribe a penalty. It is a fundamental principle, anchored in inter alia Article 7(1) of the ECHR.^{32, 33} The Strasbourg Court applies a threefold test in order to assess whether a punishment is sufficiently prescribed by law, requiring that both the crime and the penalty (i) have a *legal basis*, which in turn must be (ii) adequately *accessible* and (iii) sufficiently precisely formulated, thus being reasonably *foreseeable* as to its effects.³⁴ The

30 D. MOECKLI, *Exclusion from Public Space. A Comparative Constitutional Analysis* (Cambridge, 2016), p.120.

31 J. JOWELL, *The Rule of Law and its underlying values*, in Jeffrey Jowell, Dawn Oliver and Colm O’Cinneide (eds), *The Changing Constitution* (OUP, 2015), pp.17-18.

32 According to this Article ‘[n]o one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed, [n]or shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.’ This Article is, however, not confined to only the retrospective application of criminal law to an accused’s disadvantage. It also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (see *Kafkaris v Cyprus* [GC] (2008) 49 E.H.R.R. 35, at [138]).

33 See also Art.11(2) of the UDHR, Art.15 of the ICCPR and Art.12, 2nd paragraph and 14 of the Belgian Constitution.

34 *Kafkaris v Cyprus* (2008) 49 E.H.R.R. 35, at [140] and *Del Río Prada v Spain* [GC] (2014) 58 E.H.R.R. 37, at [91]. See also Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks and Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights* (OUP, 2014), p.301 and Council of Europe, *Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights*, 30 April 2017, www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf, p.11.

latter two are known as the ‘quality of law’ requirements.³⁵ Hence, a punishment does not only have to be based on a legal norm. The legality principle also requires the norm to embody several substantive requirements, i.e. being sufficiently accessible and foreseeable. Via these requirements, the Strasbourg Court also gives expression to the principle of legal certainty, which is inherent in the provisions of the Convention.³⁶

However, Article 7 of the ECHR is only applicable to ‘criminal offences’ and ‘penalties’, terms which have an autonomous meaning.³⁷ In deciding whether a measure involves a penalty within the meaning of Article 7, the domestic legal classification of the measure may be relevant, though it is not decisive. The starting point should be whether the measure was ordered following a conviction for a ‘criminal offence’³⁸, but also other factors may be deemed relevant, such as the nature and aim of the measure – particularly its punitive aim – and its severity^{39 40}. The above indicates that the scope of Article 7 is not

³⁵ *Al-Nashif v Bulgaria* (App. 50963/99), judgement of 20 June 2002, at [121] and *Kafkaris* (2008) 49 E.H.R.R. 35, at [140].

³⁶ *Krasnodebska-Kazikowska and Luniewska v Poland* (App. No.26860/11), judgement of 6 October 2015, at [44]. See also P. POPELIER, *Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (2014-2015)*, (2016) 2 *Tijdschrift voor Wetgeving*, 104, 105.

³⁷ See, e.g. *Welch v the United Kingdom* (1995) 20 E.H.R.R. 24, at [27] and *Brown v United Kingdom* (App. No.38644/97), decision of 24 November 1998.

³⁸ Whether there is a ‘criminal offence’ is also interpreted in an autonomous way, whereby the same criteria are used to analyse whether there is a ‘criminal charge’ within the meaning of Art.6 of the ECHR (the so-called ‘Engel-criteria’, set out in *Engel v Netherlands* (1979–80) 1 E.H.R.R. 647, at [82]; see also *Brown v United Kingdom* (App. No.38644/97), decision of 24 November 1998). According to this case law, the domestic legal classification is a starting point, but not the most decisive criterion. More important are the nature of the offence and the nature and degree of severity of the measure.

³⁹ However, the severity of the measure is not decisive in itself, because many non-criminal measures of a preventive nature may have a substantial impact on the person concerned (*Del Río Prada v Spain* [GC] (2014) 58 E.H.R.R. 37, at [82]).

confined to only measures classified as a penalty under domestic law. Also other measures that do not involve a penalty according to domestic law, such as administrative sanctions, may well fall under its scope, for example because of their particularly punitive aim (see also *infra*).

The above does not imply that there is no principle of legality applicable at all to non-criminal or non-punitive measures. The legality principle is not limited to criminal matters. It applies to *any* restriction of *any* fundamental right – to the extent that restrictions are possible – such as the right to privacy and the right to freedom of assembly and association in Articles 8-11 of the ECHR, as well as for instance, the right to freedom of movement in A24P. These are relative or qualified rights, which means that restrictions are possible, including to maintain public order. As already discussed above, to be compatible with these fundamental rights, restrictions must not only pursue a legitimate aim, for example the maintenance of public order, and be proportionate to achieve that aim. They must also be in *accordance with the law*.⁴¹

In assessing whether an interference with the above-mentioned fundamental rights is in accordance with the law, the Strasbourg Court applies an approach which is essentially the same to that used to cases that fall under Article 7 of the ECHR.⁴² It more specifically

⁴⁰ *Welch v the United Kingdom* (1995) 20 E.H.R.R. 24, at [28]; *Del Río Prada v Spain* [GC] (2014) 58 E.H.R.R. 37, at [82] and Council of Europe, Guide on Article 7 of the ECHR, 30 April 2017, www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf, pp.6 and 7.

⁴¹ It should be noted that different notions are sometimes used in this regard (e.g. ‘in accordance with law’ in A2P4 and Art.8 of the ECHR versus ‘prescribed by law’ in Arts 9-11 of the ECHR and ‘provided by law’ in Art.12 of the ICCPR). However, there appears to be no substantial difference between these notions (see *The Sunday Times v the United Kingdom* (No.1) (1979) 2 E.H.R.R. 245, at [48]; Council of Europe, Doc. H (70) 7, Strasbourg, September 1970, at [128] and W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary* (OUP, 2015), 402.

⁴² As already indicated on several occasions by the Strasbourg Court; see, e.g. *Baskaya and Okcuoglu v Turkey* [GK] (1999) 31 E.H.R.R. 10, at [48] - [49]; *Achour v France* [GC] (2007) 45 E.H.R.R. 2, at [42]; *Kudrevicius and*

analyses whether: (i) the interference has a *legal basis*; (ii) the relevant legal basis is adequately *accessible* and; (iii) is sufficiently precisely formulated, thus being reasonably *foreseeable* as to its effects.⁴³ Hence, even if a restriction of a fundamental right is not a punitive sanction or penalty within the meaning of Article 7, there is nevertheless a legality test applicable, which is furthermore being interpreted in the same way. This identical content of the legality test flowing from Article 7 of the ECHR and the one resulting from other fundamental rights, such as Articles 8-11 of the ECHR and A2P4, can be approved. This enhances the clarity and uniformity of the Strasbourg Court's assessment and case law regarding the legality principle. It moreover prevents that states classify restrictions of fundamental rights as non-criminal or non-punitive in order to circumvent the requirements resulting from Article 7.

However, this does not mean that, in view of the legality principle, it would not be relevant *at all* to make a distinction between punitive sanctions or penalties within the meaning of Article 7 and restrictions of fundamental rights that are no such sanctions or penalties. Despite the identical content of the legality principle, there are nevertheless some differences possible, more specifically as regards the *intensity of review*. In certain cases, the Strasbourg Court will be more or less strict in assessing the legality of a norm, particularly when considering whether the norm in question is sufficiently accessible and foreseeable. The Court has already stated on several occasions that the extent to which a

others v Lithuania [GC] (2016) 62 E.H.R.R. 34, at [193]. See also B. RAINEY et al., *The European Convention on Human Rights* (OUP, 2014), 301.

⁴³ See, e.g. *Malone v the United Kingdom* (1984) 7 E.H.R.R. 14, at [66] - [68]; *Leander v Sweden* (1987) 9 E.H.R.R. 433, at [50]; *Silver and others v the United Kingdom* (1983) 5 E.H.R.R. 347, at [85] - [88]; *The Sunday Times v the United Kingdom (No.1)* (1979) 2 E.H.R.R. 245, at [47]-[49]; *Rotaru v Romania* [GC] (App. No.28341/95), judgement of 4 May 2000, at [52]. See also Bernadette Rainey et al., *The European Convention on Human Rights* (OUP, 2014), p.310. Cf. UN Commission on Human Rights, *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 28 September 1984, E/CN.4/1985/4, Annex, p.4, at [15] - [18].

norm must be accessible and foreseeable largely depends on, not only *the content of the norm* and *the persons to whom it is applicable*, but also – and most relevant for this contribution – *the field it is designed to cover*.⁴⁴

It is in this regard that the distinction between punitive sanctions or penalties and those which are not may well be important. Punitive sanctions or penalties can only be imposed in situations which are well-defined in law, i.e. in case of a (criminal) offence. Article 7 of the ECHR requires that both the crime and the penalty are defined and prescribed by law, as mentioned above. In certain other fields, on the contrary, the Court has already indicated that legislation is inevitably formulated in a more wide or vague way, but may nevertheless still be compliant with the legality principle.⁴⁵ This is for example the case for provisions enabling local authorities to take *preventive* action with the aim of safeguarding public order. In general, preventive public order powers can already be imposed in case of a (*potential*) *disturbance of public order*, without the necessity of an offence that has been committed, contrary to punitive sanctions or penalties.

For example, in *Landvreugd*, the Strasbourg Court had to consider the legality of the preventive powers used by the mayor of Amsterdam, already enabling him to intervene ‘whenever he deems it necessary in order to quell or prevent serious disturbances of public order’, without the necessity of an offence. The mayor used these powers to issue a temporary order prohibiting the individual to be in a certain area of the city, in attempts to

⁴⁴ See e.g. *Groppera Radio AG v Switzerland* (1990) 12 E.H.R.R. 321, at [68]; *Vogt v Germany* [GC] (1995) 21 E.H.R.R. 205, at [48]; *Rekvényi v Hungary* [GC] (2000) 30 E.H.R.R. 519, at [34]; *RTBF v Belgium* (App. No.50084/06), judgement of 29 March 2011, at [104]; *de Tommaso v Italy* [GC] (App. No.43395/09), judgement of 23 February 2017, at [108].

⁴⁵ See, e.g. *Barthold v Germany* (1985) 7 E.H.R.R. 383, at [47] - [49] (concerning professional codes for liberal professions); *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v Austria* (1995) 20 E.H.R.R. 56, at [31] (concerning provisions related to military discipline).

prevent drug-related disturbances of public order.⁴⁶ Although the Court acknowledged that the powers were formulated in general and open terms, it nevertheless found that, given the particular circumstances of the case, the prohibition order was in accordance with the law, as required by A2P4. The Court particularly took into account the fact that, at the relevant time, pertinent case law existed as well as practice from the competent authority, complementing the vague wordings of the norm at issue. The applicant was moreover informed in advance that any further disturbance of public order would entail such a prohibition order (see also *infra*).⁴⁷

The above indicates that the Strasbourg Court applies a relatively supple legality test regarding preventive public order measures that restrict an individual in his fundamental rights, such as the right to free movement. An explanation for this can be found in the very nature of these measures, being essentially *preventive* measures, applicable to a wide range of situations in which public order is (potentially) disturbed, without the necessity of an offence. In *Landvreugd*, for instance, the Court recognised that the circumstances in which a mayor may be called on to intervene in order to safeguard public order are so diverse that it would scarcely be possible to formulate a law covering every eventuality.⁴⁸ It is indeed rather difficult to determine in a formal act all situations in which local authorities must take preventive action in order to maintain public order and which measures can be subsequently imposed. It would be unrealistic to expect the domestic legislator to give an exhaustive, full and precise list of all possible behaviour that

⁴⁶ The area was previously designated by the mayor as constituting an ‘emergency area’ in respect of public trafficking and use of hard drugs.

⁴⁷ See *Landvreugd v the Netherlands* (2003) 36 E.H.R.R. 56, at [60] - [61]. Cf. *Oliveira v the Netherlands* (2003) 37 E.H.R.R. 32, at [53]-[59].

⁴⁸ *Landvreugd v the Netherlands* (2003) 36 E.H.R.R. 56, at [61]. Cf. *Oliveira v the Netherlands* (2003) 37 E.H.R.R. 32, at [54].

cause, or may cause, a public order disturbance and of the measures that can be subsequently imposed.⁴⁹

The above seems to indicate that the legality test is more lenient with regard to preventive measures, contrary to punitive sanctions or penalties, owing to their essentially preventive nature and (broad) field of application. However, this must be nuanced. It is not the *nature* of the measure as such that is decisive. Interpreting this otherwise would enable national authorities to classify measures as ‘preventive’ merely in attempts to avoid the stricter legality test applicable to punitive sanctions or penalties, which requires that both the (criminal) offence and the penalty is well-defined in the applicable law. One must always take into account the *field* that the norm in question is designed to cover, in combination with the content of the norm and the persons to whom it is addressed, as mentioned above. This brings along that preventive measures that have a more confined scope of application, even though they are preventive in nature, will nevertheless be subject to a stricter legality test. This will be the case for instance for the Belgian prohibition of place, as we will see hereafter.

The question arises, then, under which circumstances preventive measures to maintain public order that restrict an individual in his fundamental rights, such as the Belgian prohibition of place, are compatible with the principle of legality at the European human rights level. In other words, which criteria must be met, so that these measures can

⁴⁹ See, per analogy, Belgian disciplinary law for civil servants, where an exhaustive list of all possible disciplinary offences is not required, as this is deemed to be scarcely possible (Belgian Council of State, 29 June 2001, No.97.252; 14 July 2008, No.185.384; 16 December 2008, No.188.829; 25 January 2010, No.199.970; J. DUJARDIN, *Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettigheid door het Hof van Cassatie*, (2000-01) 21 *Rechtskundig weekblad* 785, 788-789). It should be noted, though, that (only) the disciplinary sanctions that are enumerated in the applicable disciplinary statute can be imposed (Belgian Council of State, 20 November 2003, No.125.537). The possible disciplinary sanctions are thus exhaustively listed, contrary to the disciplinary offences. For a more extended discussion and references, see Ingrid Opdebeek and Ann Coolsaet, *Algemene beginselen van ambtenarentucht recht* (die Keure, 2011), 47-49.

be considered as having a sufficient legal basis in domestic law that is, furthermore, sufficiently accessible and foreseeable as to its effects. Before analysing this question, we must first give a brief overview of the Belgian system of public order enforcement, in order to fully understand the Belgian prohibition of place.

3. BELGIAN SYSTEM OF PUBLIC ORDER ENFORCEMENT: BRIEF OVERVIEW

In Belgium, the maintenance of public order is primarily a competence of local administrative authorities (municipalities), in particular a mayor. Municipalities have all kinds of measures at their disposal in order to maintain public order. The public order enforcement powers par excellence are on the one hand (*municipal*) *administrative sanctions*, aimed at punishing an offender for the offence he committed, and on the other hand *police measures*, which primarily aim to safeguard public order, without punishing the offender.⁵⁰ This distinction has important legal consequences, in particular as regards the principle of legality, so that we will discuss these different public order powers more in detail below (3.2). However, to fully understand these public order powers, we must first analyse the situations in which a municipality can act to maintain public order (3.1).

3.1. Situations in which a municipality can act to maintain public order

In Belgium, municipalities are traditionally authorised to maintain ‘public order’. This follows from Article 135, § 2 of the Belgian New Municipal Act (NMA), which

⁵⁰ Cf. the distinction made in other (continental) legal systems in Europe, such as France (‘sanctions administratives’ and ‘mesures de police administrative’), Germany (‘Ordnungswidrigkeiten’ and ‘Polizeiliche Massnahmen’) and the Netherlands (punitive administrative sanctions and administrative reparatory sanctions). The United Kingdom, on the contrary, which is a common-law system, does not formally acknowledge the distinction between administrative sanctions and other, non-punitive administrative measures. Powers used to tackle problematic behaviour are generally considered to be civil orders, i.e. ones where the nature of the proceedings followed by the competent authority is civil and not criminal, as it is not necessary that a crime has been committed.

contains the general administrative police power of municipalities to maintain public order in general. According to this Article, '[...] municipalities [...] have the task of providing, in the interest of the residents, in good police, in particular in cleanliness, health, safety and tranquility on public roads and places and in public buildings'.

However, the notion of public order as such is not legally defined. What should be understood by 'public order' is difficult to determine. It is a very abstract and evolving concept, the content of which varies according to the circumstances of time and space and thus of social changes.⁵¹ In Belgian administrative law, more specifically within the context of administrative police powers, it is generally accepted as encompassing public health, public safety and public tranquility.⁵² According to the Belgian Council of State, Administrative Litigation Section⁵³, it is only applicable in cases involving a disturbance of *material* public order, i.e. visible disturbances of public order, such as night noise, alcohol abuse on public roads, fighting and destruction⁵⁴, and not also in case of disturbances relating to moral public order.⁵⁵ The latter merely refers to disturbances of ideas or feelings

⁵¹ Belgian House of Representatives, Belgian Police Bill – Explanatory memorandum, 4 June 1991, Doc. No.1637/1, p.6.

⁵² Belgian House of Representatives, Belgian Police Bill – Explanatory memorandum, 4 June 1991, Doc. No.1637/1, p.5.

⁵³ The Belgian Council of State is the highest administrative court in Belgium, divided into a Legislation Section and an Administrative Litigation Section. The Legislation Section is an advisory body in legislative and statutory matters, whereas the Administrative Litigation Section is empowered to suspend and/or annul any illegal administrative decision.

⁵⁴ Belgian Council of State, 20 September 2002, No.110.541; 10 June 2004, No.132.280; 19 July 2004, No.134.006 and 9 August 2006, No.162.080.

⁵⁵ Belgian Council of State, 8 November 1994, No.50.082; 11 January 2007, No.166.574 and 18 March 2010, No.202.037. See also Sven Brabants, "Geen gemeentelijke politiebevoegdheid voor de morele openbare orde, ook niet na de invoering van het begrip 'openbare overlast'" (2010) 3 Tijdschrift voor Gemeenterecht 205, 205 and references therein.

of individuals on what is ‘good’ or ‘bad’, such as the mere presence of minors in a dancing.⁵⁶

However, not all the types of behaviour that municipalities were faced with and that they wanted to tackle fell under this (material) concept of public order. Therefore, the legislator introduced a new category of behaviour in attempts to enlarge the power of municipalities to maintain public order, namely behaviour that is associated with forms of ‘public nuisance’.⁵⁷ This new category of behaviour has been inserted in the above-mentioned Article 135, § 2 of the Belgian NMA, via Article 7 of the Municipal Administrative Sanctions Act of 1999 (which has been replaced by the Municipal Administrative Sanctions Act of 2013). This Act enables local authorities to impose municipal administrative sanctions in case of infringements of by-laws, insofar as these infringements cause public nuisance (see *infra*). Additionally, municipalities now also have the competence based on the amended Article 135, § 2 ‘to take all necessary measures to counter all forms of public nuisance’.

However, the notion of public nuisance is nowhere legally defined.⁵⁸ According to the Administrative Litigation Section of the Belgian Council of State, it should be

⁵⁶ See, e.g. Belgian Council of State, 8 November 1994, No.50.082. See also S. BRABANTS, *Geen gemeentelijke politiebevoegdheid voor de morele openbare orde, ook niet na de invoering van het begrip ‘openbare overlast’*, (2010) 3 Tijdschrift voor Gemeenterecht 205, 205 and G. VAN HAEGENBORGH, *Hoofdstuk 7. De politionele bevoegdheden van de gemeenteraad in Jean Dujardin and Wim Somers* (eds.), Gemeenteraad. Bevoegdheden (die Keure, 2011), p.358 and references therein.

⁵⁷ Belgian House of Representatives, Municipal Administrative Sanctions Bill - Explanatory memorandum, 3 March 1999, Doc No.49-2031/1, pp.2-3.

⁵⁸ Although some definition can be found in the Ministerial circular No.OOP 30bis of 3 January 2005 (Belgium), stating that public nuisance concerns ‘mainly individual, material behaviour that can disturb the harmonious course of human activities and that can restrict the quality of life of inhabitants of a municipality, a neighbourhood, or a street, in such a way that it exceeds the normal pressure of social life’. However, this definition refers to concepts, such as the ‘quality of life’, which are as vague as the notion of public nuisance and

understood as a part of the concept of (material) public order, whereby the extent to which the order is disturbed is reduced to the level of ‘nuisance’.⁵⁹ Despite this clarification, the notion of public nuisance remains a vague concept. This is because public nuisance is – similar to the concept of public order – an evolving concept that can vary according to time and place.

3.2. Public order powers at the disposal of a municipality

In order to tackle disturbances of public order or public nuisance, municipalities have different types of powers at their disposal. In general, two categories of public order powers are distinguished, depending on their purpose, namely municipal administrative sanctions on the one hand (3.2.1.) and police measures on the other hand (3.2.2.).

3.2.1. Municipal administrative sanctions

Public order powers can be imposed as a municipal administrative sanction. Municipal administrative sanctions essentially aim to *punish* the offender for an *infringement* he committed. Hence, an infringement is always required for the imposition of such a sanction. Municipal administrative sanctions are therefore in essence a reaction to an infringement, so that they are mainly *punitive* in nature.⁶⁰

seem to even broaden its scope instead of reducing it (see A. DI RONCO and N. PERSAK, *Regulation of incivilities in the UK, Italy and Belgium: courts as potential safeguards against legislative vagueness and excessive use of penalising powers?* (2014) 42 Int. J. Law Crime Justice 340, 358).

⁵⁹ Belgian Council of State, 18 March 2010, No.202.037. See also S. BRABANTS, *Geen gemeentelijke politiebevoegdheid voor de morele openbare orde, ook niet na de invoering van het begrip ‘openbare overlast’* (2010) 3 Tijdschrift voor Gemeenterecht 205, 208.

⁶⁰ Belgian Council of State, 23 October 2009, No.197.212, at [8]; 8 May 2014, No.227.331, at [20]; 15 May 2014, No.227.421, at [7] and 29 July 2014, No.228.130, at [8]. See also Legislation Section of the Belgian Council of State, Advisory opinion on the Municipal Administrative Sanctions Bill 2013, 28 January 2013, Doc No.53-2712/001, pp.61-62.

The legal basis for these sanctions is Article 119*bis* of the above-mentioned Belgian New Municipality Act (NMA). This Article enables the city council – who is generally the competent authority for establishing local regulations – to determine municipal administrative sanctions for infringements of these regulations that cause public nuisance. The municipal administrative sanctions that can be subsequently imposed can be found in a separate Act, namely the Municipal Administrative Sanctions Act 2013 (MASA). This is a federal law providing a general framework, enabling municipalities to use the system of municipal administrative sanctions in case of infringements of their by-laws. It is by no means an obligation for municipalities to use municipal administrative sanctions. However, if municipalities decide to use this system, they must apply it in accordance with this federal Act.

The MASA provides only a *general* framework, within which municipalities can set their own accents.⁶¹ This respects the *subsidiarity principle*, as municipalities are best placed to determine what should be classified as nuisance and to indicate in their by-laws the behaviour that should be addressed by municipal administrative sanctions.⁶² After all, the content of nuisance may well vary from municipality to municipality. For example, cities such as Antwerp and Gent will have another perception of what is nuisance than smaller, rural municipalities with a small number of inhabitants.⁶³ These differences in

⁶¹ Belgian House of Representatives, Report on the Municipal Administrative Sanctions Bill 2013, 24 May 2013, Doc No.53-2712/006, 23.

⁶² *Ibid.*, p.18, as confirmed by the Belgian Constitutional Court in its judgement of 23 April 2015, No.44/2015, at [B.52.6].

⁶³ Frankie Schram and Joke Lievens, *Gemeentelijke Administratieve Sancties. Een antwoord op overlast?* (Vanden Broele, 2015), 28.

practice between municipalities also result from the acknowledgement of the fundamental *principle of municipal autonomy*, which is recognised by the Belgian Constitution.⁶⁴

Considering (inter alia) their essentially repressive purpose – primarily intended to punish an offender for the infringement he committed – municipal administrative sanctions must be regarded as sanctions with a punitive nature or penalties within the meaning of the Articles 6 and 7 of the ECHR.⁶⁵ As a consequence, the criminal principle of legality resulting from Article 7 is applicable to municipal administrative sanctions. Municipalities can only impose municipal administrative sanctions in certain well-defined situations, i.e. in case of an infringement of a local regulation. Thus, the conduct that may entail such a sanction is exhaustively listed in a by-law. Furthermore, the sanctions which can be subsequently imposed are also listed in an exhaustive way, more specifically in the Municipal Administrative Sanctions Act.⁶⁶

3.2.2. Police measures

Public order powers can also be imposed as an administrative *police measure*. Police measures mainly intend to safeguard the public from (potential) disturbances of

⁶⁴ Via Art.41 and 162. See also Belgian House of Representatives, Report on the Municipal Administrative Sanctions Bill 2013, 24 May 2013, Doc No.53-2712/006, 16 and 20. See also Const.Court (Belgium) 23 April 2015, No.44/2015, at [B.52.6].

⁶⁵ Legislation Section of the Belgian Council of State, Advisory opinion on the Municipal Administrative Sanctions Bill 1999, 3 February 1999, Doc No.49-2031/1, 15 and Belgian Constitutional Court, judgement of 23 April 2015, No.44/2015, at [B.17.2].

⁶⁶ These are: an administrative fine, an administrative suspension or withdrawal of a permission or license issued by the municipality and the administrative closure of an establishment (see Art.4, § 1).

public order and thus *to safeguard public order*.⁶⁷ Police measures do not aim to punish the offender for past actions, but only to maintain public order, without any punitive purpose. Therefore, it is not always necessary that an offence has already been committed. A public order disturbance or nuisance, or even the mere fear of a public order disturbance or nuisance may well suffice.⁶⁸ As a result, police measures are primarily *preventive* in nature.⁶⁹ As far as the Belgian prohibition of place is concerned, the Belgian legislator has clearly classified it as a police measure and not as a (municipal) administrative sanction or a penalty. After all, the prohibition of place can already be imposed with the aim of maintaining public order, without the necessity of an offence that has been committed.⁷⁰

For police measures, the aforementioned Article 135, § 2 of the NMA plays an essential role, in which we can find the general competence for municipalities to maintain public order in general. On this ground, municipalities are competent to take ‘all necessary measures’ in order to maintain public order. These are the so-called ‘police measures’. In addition to this *general* police power, municipalities also dispose of a number of *specific* police powers to safeguard public order, which we can find in Article 134*bis* and

⁶⁷ Belgian Council of State, 8 May 2014, No.227.331, at [20]; 15 May 2014, No.227.421, at [7] and 29 July 2014, No.228.130, at [8]. See also Legislation Section of the Belgian Council of State, Advisory opinion on the Municipal Administrative Sanctions Bill 2013, 28 January 2013, Doc No.53-2712/001, 61-62.

⁶⁸ See, e.g. Belgian Council of State, 23 October 2009, No.197.212, at [8]; 15 May 2014, No.227.421, at [9].

⁶⁹ Legislation Section of the Belgian Council of State, Advisory opinion on the Municipal Administrative Sanctions Bill 2013, 28 January 2013, Doc No.53-2712/001, pp.61-62. See also Belgian Council of State, 15 May 2014, No.227.421, at [7] and 29 July 2014, No.228.130, at [8].

⁷⁰ Belgian House of Representatives, Municipal Administrative Sanctions Bill - Explanatory memorandum, 19 March 2013, Doc No.53-2712/001, 5 and 28, as also confirmed by the Belgian Constitutional Court in its judgement of 23 April 2015, No.44/2015, at [B.57.7] - [B.57.8].

following.⁷¹ As we have already indicated above, a new police power has been added to this list in 2013 via a new Article 134sexies, i.e. the power to impose a prohibition of place.

Given the fact that police measures, such as the prohibition of place, are essentially preventive in purpose, they are generally not considered as sanctions with a punitive nature or penalties within the meaning of Articles 6 and 7 of the ECHR.⁷² The criminal principle of ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’ is thus not applicable to police measures. Contrary to municipal administrative sanctions, which can only be imposed in clearly defined situations (i.e. in case of an infringement of a by-law), police measures can already be imposed for any (potential) disturbance of public order or nuisance, without the necessity of an offence (infringement) that has been committed. Hence, the situations in which police measures can be imposed are not clearly outlined. Moreover, which police measures are subsequently possible is nowhere listed in an exhaustive way, in contrast to municipal administrative sanctions. Importantly, the classification as sanction or penalty within the meaning of Articles 6 and 7 is not *by definition* excluded for police measures. After all, as mentioned above, the legal classification at the domestic level is not decisive when considering whether a measure involves a sanction or penalty for the purposes of Articles 6 and 7. The real nature of the imposed police measure takes precedence, which always requires an *in concreto* assessment.

Moreover, this does not mean that there is no principle of legality applicable at all to police measures, such as the prohibition of place. The prohibition of place is an *area-based restriction*, interfering with an individual’s fundamental right to freedom of movement in A24P. Therefore, it must be in accordance with the principle of legality resulting from that Article. As already discussed above, the Strasbourg Court interpretes

⁷¹ E.g. the power to claim vacated buildings; the power to close any establishment in case of a public order disturbance caused by behaviour in this establishment; etc.

⁷² As also pointed out by the Belgian Constitutional Court (judgement of 23 April 2015, No.44/2015, at [B.57.7]).

this legality test in the same way as the test resulting from Article 7. However, the intensity of review may differ, depending on, amongst others, the scope of application of the norm in question. As far as the prohibition of place is concerned, the first paragraph of Article 134*sexies* of the NMA clarifies that it can only be applied in case of a disturbance of public order caused by individual or collective behaviours, or in case of repeated infringements of by-laws committed in the same place or on the occasion of similar events that bring along a disturbance of public order or nuisance. Article 134*sexies* thus has a relatively limited scope of application (see also *infra*). As a result, in our opinion, a stricter legality test is applicable.

In what follows, we will analyse the criteria under which preventive public order measures that restrict an individual in his free movement, especially the Belgian prohibition of place, can be considered as in accordance with the principle of legality at the European human rights level. Therefore, we will first discuss the requirement of having a legal basis, which is then followed by an analysis of the substantive or ‘quality of law’ requirements, i.e. the requirements of accessibility and foreseeability. We do not intend to give a general and complete overview of the Strasbourg Court’s case law on the legality principle. As this contribution concentrates on freedom-restricting public order powers, we will focus on case law with regard to the legality principle in view of A24P.

4. COMPATIBILITY OF FREEDOM-RESTRICTING PUBLIC ORDER POWERS WITH THE LEGALITY PRINCIPLE

4.1. Requirement of a legal basis

The principle of legality first requires that the imposed restriction has a legal basis, more specifically a basis in *domestic law*.⁷³ ‘Law’ must be interpreted in an extensive way,

⁷³ Rotaru v Romania [GC] (App. No.28341/95), judgement of 4 May 2000, at [52]; Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v Italy [GC] (App. No.38433/09), judgement of 7 June 2012, at [140] and de Tommaso v Italy [GC] (App. No.43395/09), judgement of 23 February 2017, at [106]. See also UN Commission on Human Rights, The

i.e. a substantive, non-formal way.⁷⁴ It covers *any* normative act and not only formal or parliamentary law in the strict sense and thus also, for instance, by-laws⁷⁵, implementation decrees⁷⁶, international law⁷⁷ and even unwritten law, such as case law^{78 79}. Hence, echoing

Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, 28 September 1984, E/CN.4/1985/4, Annex, p.4, at [15].

⁷⁴ *Kruslin v France* (1990) 12 E.H.R.R. 547, at [29] and *Huvig v France* (App. No.11105/84), judgement of 24 April 1990, at [28]. See also NURIA A. HIDALGO, *Liberty of Movement Within the Territory of a State (Article 2 of Additional Protocol No. 4 ECHR)*, in J. G. ROCA et al., *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Right* (Koninklijke Brill, 2012), 622.

⁷⁵ Council of Europe, Explanatory Report on Protocols Nos 2 to 5 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Doc. H (71) 11, 42.

⁷⁶ See, e.g. *DE WILDE, Ooms and Versyp v Belgium* (App. Nos 2832/66, 2835/66 and 2899/66), judgement of 18 June 1971, at [93]. See also J. VELU and R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme* (Bruylant, 2014), 391.

⁷⁷ See, e.g. *Jersild v Denmark* [GC] (App. No.15890/89), judgement of 23 September 1994, at [27] and HRC, *Sayadi and Vinck v Belgium*, Communication No.1472/2006, view of 29 December 2008, at [10.6].

⁷⁸ In both common-law and continental legal systems; see, e.g. *The Sunday Times v the United Kingdom* (No.1) (1979) 2 E.H.R.R. 245, at [47] and *Kruslin v France* (1990) 12 E.H.R.R. 547, at [29], resp.

⁷⁹ NURIA A. HIDALGO, *Liberty of Movement Within the Territory of a State (Article 2 of Additional Protocol No. 4 ECHR)*, in J. G. Roca et al., *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Right* (Koninklijke Brill, 2012), p.616. See also B. RAINEY et al., *The European Convention on Human Rights* (OUP, 2014), pp.310-311 and Velu et al., *Convention européenne*, fn.53 above, p.391. With regard to the ICCPR, see O. DELAS, *Article 12*, in Emmanuel Decaux (ed), *Le pacte international relatif aux droits civils et politiques* (Economica, 2011), p.297.

Hidalgo, ‘law’ refers to the set of rules in force at the domestic level, regardless of whether the origin is legislative, administrative or jurisprudential.⁸⁰

A restriction will not be regarded as having a basis in (domestic) law if there is no legal basis provided at all.⁸¹ In general, though, the legal basis requirement does not pose major problems. In most cases, the Strasbourg Court simply holds that the contested measure is based on a provision laid down in domestic law and therefore has a legal basis in domestic law.⁸² Importantly, the Strasbourg Court considers the domestic norm *as it is being interpreted and applied by national authorities*. After all, it is primarily for them – notably domestic courts – to interpret and apply national law.⁸³ In the above-mentioned case of *Landvreugd*, for example, the Strasbourg Court noted that the provisions in the Dutch Municipality Act – upon which the mayor of Amsterdam based the order prohibiting the individual to be in a certain area of the city – were already considered by the domestic courts as constituting a sufficient legal basis for imposing such prohibition orders. The

⁸⁰ NURIA A. HIDALGO, *Liberty of Movement Within the Territory of a State (Article 2 of Additional Protocol No. 4 ECHR)*, in Javier G. Roca et al., *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Right* (Koninklijke Brill, 2012), 616.

⁸¹ See, e.g. *Denizci and others v Cyprus* (App. Nos 25316-25321/94 and 27207/95), judgement of 23 May 2001, at [405]-[406]. Cf. HRC, *Ackla v Togo*, Communication No.505/1992, view of 25 March 1996, at [10].

⁸² See, e.g. *Lambert v France* (2000) 30 E.H.R.R. 346, at [23]-[24]; *Labita* [GC] (2008) 46 E.H.R.R. 50, at [194] and *de Tommaso v Italy* [GC] (App. No.43395/09), judgement of 23 February 2017, at [110]. Cf. HRC, *Peltonen v Finland*, Communication No.492/1992, view of 26 July 1994, at [8.4].

⁸³ *Vogt v Germany* [GC] (1995) 21 E.H.R.R. 205, at [48]; *Sissanis v Romania* (App. No.23468/02), judgement of 2 January 2007, at [75] and *de Tommaso v Italy* [GC] (App. No.43395/09), judgement of 23 February 2017, at [108].

Strasbourg Court subsequently conformed to this interpretation and held that the prohibition order must be considered as having a basis in domestic law.⁸⁴

As far as the Belgian prohibition of place is concerned, the power to impose it is explicitly laid down in Article 134*sexies* of the Belgian NMA, as mentioned above. It can be therefore considered as having a legal basis in domestic law. Importantly, the Belgian Constitutional Court has already clarified the scope of the prohibition of place on some points in the aforementioned judgement of 23 April 2015. The first paragraph of Article 134*sexies* circumscribes the situations in which a prohibition of place can be imposed. These are first, ‘in case of a disturbance of public order caused by individual or collective behaviours’ and second, ‘in case of repeated infringements of by-laws committed in the same place or on the occasion of similar events that bring along a disturbance of public order or nuisance’. The Constitutional Court indicated that repeated infringements of by-laws alone will not be sufficient for justifying the imposition of a prohibition of place. These repeated infringements must also involve a disturbance of public order or cause nuisance.⁸⁵

Additionally, the Constitutional Court has pointed out that the provided duration of one month is to be regarded as a maximum, so that prohibitions of a shorter duration are also possible.⁸⁶ It is important to note, though, that this duration is twice renewable, insofar

⁸⁴ *Landvreugd v the Netherlands* (2003) 36 E.H.R.R. 56, at [56]. Cf. *Oliveira v the Netherlands* (2003) 37 E.H.R.R. 32, at [49].

⁸⁵ Belgian Constitutional Court, 23 April 2015, No.44/2015, at [B.57.5].

⁸⁶ *Ibid.*, at [B.57.6].

as the established disturbance or nuisance persists.⁸⁷ A prohibition of place may thus well last longer than one month, more specifically three months in total.

National authorities should take into account the above clarifications provided by the Constitutional Court and impose a prohibition of place only when the repeated infringements cause a public order disturbance or nuisance and solely for a period of (maximum) one month and not, for instance, of three months already from the outset. If not, this would be at odds with the Constitutional Court's case law, with as a consequence that the imposed prohibition will not be regarded as 'in accordance with law', contrary to A2P4.⁸⁸

4.2. 'Quality of law' requirements

4.2.1. Accessibility of the legal basis

The legal basis authorising interferences with an individual's fundamental rights must be *adequately accessible*.⁸⁹ This means that the individual should be able to dispose in advance of sufficient indications of the legal rules that are applicable to the case in question.⁹⁰ Such access does not only enable the individual to regulate his conduct in

⁸⁷ Art.134sexies, § 1 of the NMA (Belgium); Belgian House of Representatives, Municipal Administrative Sanctions Bill - Explanatory memorandum, 19 March 2013, Doc No.53-2712/001, p.28 and Belgian Constitutional Court, 23 April 2015, No.44/2015, at [B.57.4].

⁸⁸ Cf. *Tatishvili v Russia* (2007) 45 E.H.R.R. 52, at [53] - [54].

⁸⁹ *The Sunday Times v the United Kingdom* (No.1) (1979) 2 E.H.R.R. 245, at [49]. See also UN Commission on Human Rights, The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, 28 September 1984, E/CN.4/1985/4, Annex, 4, at [17].

⁹⁰ *The Sunday Times v the United Kingdom* (No.1) (1979) 2 E.H.R.R. 245, at [49] and *Silver and others v the United Kingdom* (1983) 5 E.H.R.R. 347, at [87]. See also Ben Emmerson, Andrew Ashworth and Alison Macdonald, *Human Rights and Criminal Justice* (Sweet & Maxwell, 2012), 115.

accordance with the law, which is important in view of the foreseeability requirement (*infra*). It also allows him to verify the use made of the powers resulting from the norm at issue, thus constituting an important safeguard against arbitrary state interferences.⁹¹

The accessibility principle mainly requires that the relevant norm is published in advance, although a specific form or method of publicity is not required and the European Convention does not include any details as to the extent of publicity that should be given to the norm at stake.⁹² Moreover, the extent to which the relevant norm should be accessible may well vary, depending on the content of the norm, its scope of application and the persons to whom it is applicable, as already mentioned before. Nonetheless, in general, the accessibility requirement will not pose serious problems. The Strasbourg Court usually considers a norm already sufficiently accessible if it is duly published⁹³, for example as part of legislation that has appeared in an official publication such as the official journal of the state concerned or another well spread bulletin⁹⁴, or, in case of domestic case law, if it is sufficiently consultable, e.g. via domestic law reports.⁹⁵

⁹¹ See the almost identical Joint dissenting opinion of Judges Gaukur, Jörundsson, Türmen and Maruste in *Landvreugd v the Netherlands* (2003) 36 E.H.R.R. 56 and *Olivieira v the Netherlands* (2003) 37 E.H.R.R. 32.

⁹² *Špaček s.r.o. v Czech Republic* (1999) 30 E.H.R.R. 1010, at [57].

⁹³ *Vgt Verein gegen Tierfabriken v Switzerland* (2002) 34 E.H.R.R. 159, at [54].

⁹⁴ See, e.g. *Gillow v the United Kingdom* (1989) 11 E.H.R.R. 335, at [50]; *Špaček s.r.o. v Czech Republic* (1999) 30 E.H.R.R. 1010, at [57] - [59] and *Yoslun v Turkey* (App. No.2336/05), judgement of 10 February 2015. See also NURIA A. HIDALGO, *Liberty of Movement Within the Territory of a State (Article 2 of Additional Protocol No. 4 ECHR)*, in Javier G. Roca et al., *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Right* (Koninklijke Brill, 2012), 617.

⁹⁵ See, e.g. *Landvreugd v the Netherlands* (2003) 36 E.H.R.R. 56, at [58] and *Olivieira v the Netherlands* (2003) 37 E.H.R.R. 32, at [51]. Although the accessibility requirement does generally not involve any problems, it should be noted that it has recently become an issue in Poland, as the judgements of the Polish Constitutional Tribunal are no longer (automatically) published in the Official Journal since March 2016, in view of some recent serious

As to the Belgian prohibition of place, it is based on a provision laid down in the Belgian NMA, which has been published in advance in the Belgian Official Journal ('Moniteur belge' or 'Belgisch Staatsblad'). Additionally, the scope of this provision is further described in the domestic case law, more specifically in the above-mentioned judgement of the Belgian Constitutional Court of 23 April 2015, which has appeared in (published) domestic legal journals. Thus, it can be argued that an individual disposes of sufficient information on the rules that are applicable when a prohibition of place is imposed. Accordingly, the prohibition of place can be considered as based on a legal provision that is sufficiently accessible.

4.2.2. Foreseeability of the legal basis

The main element of the legality principle in the Strasbourg Court's case law is the element of *foreseeability*.⁹⁶ According to the Strasbourg Court's established case law, a norm cannot be regarded as 'law' unless it is formulated in such a sufficiently precise way that it enables the individual concerned to *reasonably foresee* – if necessary with

judicial reforms in Poland. According to the European Commission, this creates uncertainty as regards the legal effects of the Polish Constitutional Tribunal's judgements, since the publication of a judgment is a prerequisite for its taking effect in Poland. This in turn undermines the effectiveness of constitutional review and raises serious concerns in respect of the rule of law (see Commission Recommendation (EU) 2016/1374 of 27 July 2016 regarding the rule of law in Poland, OJ L 217, 12.8.2016, pp. 53-68; Commission Recommendation (EU) 2017/146 of 21 December 2016 regarding the rule of law in Poland complementary to Recommendation (EU) 2016/1374; OJ L 22, 27.1.2017, pp. 65-81; Commission Recommendation (EU) 2017/1520 of 26 July 2017 regarding the rule of law in Poland complementary to Recommendations (EU) 2016/1374 and (EU) 2017/146; OJ L 228, 2.9.2017, pp. 19-32 and Commission Recommendation (EU) C(2017) 9050 final of 20 December 2017 regarding the rule of law in Poland complementary to Recommendations (EU) 2016/1374, (EU) 2017/146 and (EU) 2017/1520 (available via <https://ec.europa.eu/>)).

⁹⁶ C. PERISTERIDOU, *The principle of legality in European criminal law* (Intersentia, 2015), p.95.

appropriate (legal) advice⁹⁷ – the consequences that may result from a given action, so that he can subsequently regulate his conduct in accordance with the law.⁹⁸ Hence, a legal basis providing for interferences with an individual's fundamental rights, such as the right to freedom of movement, should be formulated in such a way that it allows the individual to reasonably anticipate the effects of a specific behaviour, in this way protecting him from arbitrary state interference.⁹⁹ In the words used by the HRC, a law authorising restrictions on the right to freedom of movement should be sufficiently precise in its wordings, so that it constitutes an exception to the norm, as the relation between right and restriction, i.e. between norm and exception, must not be reversed.¹⁰⁰

A norm authorising interferences with an individual's fundamental rights should thus be constructed in sufficiently clear wordings. Nonetheless, the Strasbourg Court does not require *absolute* certainty and a level of uncertainty is accepted.¹⁰¹ After all, according to the Court, absolute certainty is not only unattainable, but also unnecessary. Absolute or

⁹⁷ The concept of 'appropriate advice' particularly refers to the possibility of taking legal advice (see, e.g. *Chauvy and Others v France* (App. No.64915/01), decision of 23 September 2003 and *Jorgic v Germany* (2008) 47 E.H.R.R. 6, at [113]).

⁹⁸ See, e.g. *The Sunday Times v the United Kingdom* (No.1) (1979) 2 E.H.R.R. 245, at [49]; *Landvreugd v the Netherlands* (2003) 36 E.H.R.R. 56, at [59]; *Sissanis v Romania* (App. No.23468/02), judgement of 2 January 2007, at [66] and *de Tommaso v Italy* [GC] (App. No.43395/09), judgement of 23 February 2017, at [107].

⁹⁹ *de Tommaso v Italy* [GC] (App. No.43395/09), judgement of 23 February 2017, at [109]. See also Nuria A. Hidalgo, "Liberty of Movement Within the Territory of a State (Article 2 of Additional Protocol No. 4 ECHR)" in Javier G. Roca et al., *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Right* (Koninklijke Brill, 2012), 617.

¹⁰⁰ HRC, CCPR General Comment No.27: Article 12 (Freedom of Movement), 2 November 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, at [13]. See also Olivier Delas, "Article 12" in Emmanuel Decaux (ed), *Le pacte international relatif aux droits civils et politiques* (Economica, 2011), 297.

¹⁰¹ C. PERISTERIDOU, *The principle of legality in European criminal law* (Intersentia, 2015), p.97.

complete certainty may bring along unnecessary and excessive rigidity, whilst the norm must be able to keep pace with changing circumstances.¹⁰² In addition, however clearly drafted a legal provision may be, there will always be an inevitable element of judicial interpretation. According to the Court, it is precisely the role of judicial decisions to dissolve remaining interpretational doubts in this regard.¹⁰³ As a result, the use of vague notions in domestic norms, of which the interpretation and application depend on practice, is sometimes inevitable.¹⁰⁴

Yet, a certain degree of certainty is still required and there are limits to the extent of vagueness accepted. After all, according to the HRC, provisions that are vaguely defined and open to numerous interpretations by national authorities are susceptible of abuse and may therefore be considered as imposing unreasonable restrictions on an individual.¹⁰⁵ However, the Convention does not give any details about how precise the norm at issue should be. Moreover, it appears from the Strasbourg Court's case law that the extent to which the norm at stake should be precise may well vary depending on the content of the

¹⁰² *The Sunday Times v the United Kingdom* (No.1) (1979) 2 E.H.R.R. 245, at [49]; *Rekvényi v Hungary* [GC] (2000) 30 E.H.R.R. 519, at [34]; *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v Italy* [GC] (App. No.38433/09), judgement of 7 June 2012, at [141] and *de Tommaso v Italy* [GC] (App. No.43395/09), judgement of 23 February 2017, at [107].

¹⁰³ *Cantoni v France* (App. No.17862/91), judgement of 11 November 1996, at [32]; *Rekvényi v Hungary* [GC] (2000) 30 E.H.R.R. 519, at [34]; *Kafkaris v Cyprus* [GC] (2008) 49 E.H.R.R. 35, at [141] and *Kudrevicius and others v Lithuania* [GC] (2016) 62 E.H.R.R. 34, at [110].

¹⁰⁴ See *The Sunday Times v the United Kingdom* (No.1) (1979) 2 E.H.R.R. 245, at [49]; *Rekvényi v Hungary* [GC] (2000) 30 E.H.R.R. 519, at [34]; *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v Italy* [GC] (App. No.38433/09), judgement of 7 June 2012, at [141] and *de Tommaso v Italy* [GC] (App. No.43395/09), judgement of 23 February 2017, at [107].

¹⁰⁵ HRC, Concluding observations of the Human Rights Committee. Belarus, 19 November 1997, CCPR/C/79/Add.86, at [12] and Olivier Delas, "Article 12" in Emmanuel Decaux (ed), *Le pacte international relatif aux droits civils et politiques* (Economica, 2011), 297.

norm, its scope of application and the persons to whom it is addressed, as already mentioned before.

The foreseeability requirement is of particular importance with regard to a norm conferring discretionary powers to national authorities, as is the case for public order enforcement powers, such as the Belgian prohibition of place. According to the Strasbourg Court's case law, such a norm is not in itself inconsistent with the foreseeability requirement, provided that the scope of the discretion and the manner of its exercise are indicated with sufficient clarity, so that an individual is given adequate protection against arbitrary state interference.¹⁰⁶ Similarly, according to the HRC, legislation that authorises interferences with the right to freedom of movement may not confer unconstrained discretion on those competent for implementing the norm at issue.¹⁰⁷ The degree of precision required will depend upon the particular subject matter.¹⁰⁸

As far as freedom-restricting public order powers are concerned, such as area-based restrictions, the Strasbourg Court has taken into account a number of criteria in order to assess whether and to what extent these powers can be regarded as sufficiently foreseeable under the Convention. The starting point is the formulation of the norm at issue. However, other criteria may also be deemed relevant when assessing the foreseeability of

¹⁰⁶ *Malone v the United Kingdom* (1984) 7 E.H.R.R. 14, at [68]; *Al-Nashif v Bulgaria* (App. 50963/99), judgement of 20 June 2002, at [119]; *Sissanis v Romania* (App. No.23468/02), judgement of 2 January 2007, at [66]; *de Tommaso v Italy* [GC] (App. No.43395/09), judgement of 23 February 2017, at [109].

¹⁰⁷ HRC, CCPR General Comment No.27: Article 12 (Freedom of Movement), 2 November 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, at [13]. However, the scope of the discretion and the manner of its exercise do not necessarily have to be incorporated in the norm itself, but may also be inferred from, for instance, the preparatory work to the norm (*Olsson v Sweden* (1988) 11 E.H.R.R. 259, at [62]) or domestic case law (*Vogt v Germany* [GC] (1995) 21 E.H.R.R. 205, at [48]).

¹⁰⁸ *Malone v the United Kingdom* (1984) 7 E.H.R.R. 14, at [68]; *Kruslin v France* (1990) 12 E.H.R.R. 547, at [30]; *Herczegfalvy v Austria* (1992) 15 E.H.R.R. 437, at [89].

the norm, in addition to its formulation, such as the existence of relevant domestic case law as well as practice of the competent national authority in applying the norm and whether a warning is issued in advance.¹⁰⁹ Hence, the precise scope of a norm does not necessarily have to be incorporated in the prevailing law on this issue and may also be inferred from relevant domestic *case law*, *practice* of the competent national authority or from a *prior warning*.

The existence of *relevant domestic case law* will be of key importance with regard to norms that are couched in rather general and broad wordings. After all, the Strasbourg Court stated that it is precisely the role of judicial decisions to dissolve remaining interpretational doubts, as mentioned above. As a result, even if the norm at issue is formulated in rather vague terms, it may well constitute a sufficient legal basis for the restriction imposed when its scope is further clarified in domestic case law, to the extent that it can be considered as sufficiently established.¹¹⁰ As to the Belgian prohibition of place, the Constitutional Court has clarified its scope on some points in its judgement of 23

¹⁰⁹ Landvreugd v the Netherlands (2003) 36 E.H.R.R. 56; Oliveira v the Netherlands (2003) 37 E.H.R.R. 32; NURIA A. HIDALGO, *Liberty of Movement Within the Territory of a State (Article 2 of Additional Protocol No. 4 ECHR)* in Javier G. Roca et al., *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Right* (Koninklijke Brill, 2012), p.618. It should be noted that, in addition to these criteria, it is essential in view of the rule of law that also certain procedural safeguards are provided in domestic law, in order to give an individual adequate protection against arbitrary state interferences, especially when wide discretionary powers are involved. There must be in particular a provision for judicial control of the exercise of the powers in question, so that an individual can defend himself against any abuse of it (see *Malone v the United Kingdom* (1984) 7 E.H.R.R. 14, at [67]-[68]; *Silver and others v the United Kingdom* (1983) 5 E.H.R.R. 347, at [90]; *Gillow v the United Kingdom* (1989) 11 E.H.R.R. 335, at [51] and *Sissanis v Romania* (App. No.23468/02), judgement of 2 January 2007, at [70]. Cf. UN Commission on Human Rights, *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 28 September 1984, E/CN.4/1985/4, Annex, p.4, at [18]).

¹¹⁰ *Steel and others v the United Kingdom* (1999) 28 E.H.R.R. 603, at [55]; *Laumont v France* (App. No.43626/98), judgement of 8 November 2001, at [51] and P. POPELIER, *Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens* (2001), (2002) 4 Tijdschrift voor Wetgeving 131, 133.

April 2015, as we have discussed above, but these clarifications were rather limited. In addition, up until now, only two prohibitions of place were brought before the Belgian Council of State¹¹¹, which is the competent authority to appeal against an imposed prohibition.¹¹² In both cases, however, the Council of State did not assess the conditions under which the prohibitions in question were imposed, as both appeals were already rejected for reasons of inadmissibility. Consequently, the domestic case law will offer only little to no help to further clarify its scope.

The same applies to possible *relevant practice or experience* from the competent national authority. There will probably be only little relevant practice existing yet within municipalities as regards the prohibition of place, as it is a relative newcomer. It is only introduced in 2013 and entered into force in 2014, with clarifications given on its scope by the Constitutional Court only in 2015. As a result, the practice of the competent (local) authorities, too, will probably offer only little guidance as to the specific forms of behaviour that may provoke the imposition of a prohibition of place.¹¹³

Giving prior notice may well play an important role in further clarifying the scope of the prohibition of place. Before analysing this additional criterion more in detail

¹¹¹ Judgements of 22 August 2014, No.228.217 and 25 March 2015, No.320.655.

¹¹² In addition to the possibility of suspension and/or annulment by the supervisory authority in the context of general administrative supervision.

¹¹³ Although this may vary from municipality to municipality. In Gent, for instance, there will rather be no relevant practice yet, as the city has indicated that they will not use the power of a mayor to impose a prohibition of place in practice (see Beleidsnota GAS-beleid in Gent, 13 April 2014, available at www.stad.gent.be, p.13). Other cities, such as Kortrijk and Dendermonde, have already imposed a prohibition of place several times (see e.g., K. VANHEE, *Stad legt knokkende bendeleden plaatsverbod op*, 14 September 2016, available at www.nieuwsblad.be and N. DOOMS, *Plaatsverbod legt stadsbende zwijgen op*, 17 maart 2017, available at www.hln.be [both accessed 30 June 2017]), so there may well exist some relevant practice in these cities. However, an analysis of this practice requires an empirical study, which falls outside the scope of this contribution.

(4.2.2.2), we first discuss the *formulation of the norm at issue*, which will be a vital criterion in assessing the legality of Article 134sexies of the Belgian NMA, as we will see further down (4.2.2.1).

4.2.2.1. Formulation of the norm at issue

The domestic norm enabling the domestic competent authority to impose a freedom-restricting measure should be formulated in a sufficiently precise way. Some guidance as to the criteria that should be taken into account in order to assess whether the norm is sufficiently precise is given in the recent Grand Chamber judgement *de Tommaso*.¹¹⁴ The applicant was deemed to present a danger to society and was therefore restrained in his free movement. He was subjected to several preventive measures, amongst which the obligation to reside in a specific district combined with an overnight home curfew. As to the foreseeability requirement, the Grand Chamber held that the applicable law should not only indicate in a sufficiently clear way (the content of) the measure that can be imposed on an individual (i), but also what kind of behaviour may result into the imposition of such a measure and thus the conditions under which it can be imposed (ii).¹¹⁵

(i) Content of the measure

The applicable law should indicate in a sufficiently clear way the content of the measure that may be imposed on an individual.¹¹⁶ It should not allow for the imposition of

¹¹⁴ *de Tommaso v Italy* [GC] (App. No.43395/09), judgement of 23 February 2017.

¹¹⁵ *Ibid.*, at [113]. See also the almost identical Joint dissenting opinion of Judges Gaukur, Jörundsson, Türmen and Maruste in *Landvreugd v the Netherlands* (2003) 36 E.H.R.R. 56 and *Oliveira v the Netherlands* (2003) 37 E.H.R.R. 32.

¹¹⁶ *de Tommaso v Italy* [GC] (App. No.43395/09), judgement of 23 February 2017, at [119]-[122]. Cf. Joint dissenting opinion of Judges Gaukur, Jörundsson, Türmen and Maruste in *Landvreugd v the Netherlands* (2003) 36 E.H.R.R. 56 and *Oliveira v the Netherlands* (2003) 37 E.H.R.R. 32.

measures involving absolute prohibitions, without any temporal or spatial limits, as this would leave the measure entirely to the discretion of the competent authority.¹¹⁷

As to the Belgian prohibition of place, Article 134*sexies* of the NMA clearly defines the content of the measure, namely a ‘temporary prohibition of place’, being ‘the prohibition to enter one or more clearly defined perimeters that are accessible for the public, located within a municipality, without covering the whole of its territory’.¹¹⁸ Article 134*sexies* thus enables a mayor to impose a prohibition of place for only one or more well defined perimeters and prohibits him to impose one that covers the whole of the territory of the municipality concerned. Moreover, the imposed prohibition of place may not include the individual’s place of residence, his work place or the place where his school or training institution is.¹¹⁹ Additionally, it may only last for maximum one month and can be renewed (twice) solely in case of persistent public order disturbance or nuisance, as already mentioned before. Hence, it is not a vague or absolute prohibition, but a prohibition that is clearly defined and limited in time and space, so that Article 134*sexies* can be considered as a norm indicating with sufficient clarity its content, in line with the Strasbourg Court’s case law.

(ii) Types of behaviour that may result in the imposition of the measure

The applicable law should also set forth with sufficient precision the conditions under which the measure may be imposed.¹²⁰ In the recent case of *de Tommaso*, the Grand

¹¹⁷ *de Tommaso v Italy* [GC] (App. No.43395/09), judgement of 23 February 2017, at [122]-[123].

¹¹⁸ Art.134*sexies*, § 2 of the NMA (Belgium).

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Sissanis v Romania* (App. No.23468/02), judgement of 2 January 2007, at [67] and *Gochev v Bulgaria* (App. No. 34383/03), judgement of 26 November 2009, at [46]. See also HRC, CCPR General Comment No.27: Article 12 (Freedom of Movement), 2 November 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, at [12].

Chamber indicated that it should include sufficiently detailed provisions on the *specific types of behaviour* that must be taken into account, in order to assess – in this case – the danger to society posed by the individual, which may in turn trigger the imposition of the measure.¹²¹

As far as the Belgian prohibition of place is concerned, it is a preventive police measure aiming at counteracting ‘disturbances of public order’.¹²² The first paragraph of Article 134sexies of the NMA concretises the situations in which public order is deemed to be disturbed and thus the conditions that must be met, so that a prohibition of place can be imposed. This is (i) when individual or collective behaviours disturb public order, or (ii) in case of repeated infringements of by-laws committed in the same place or on the occasion of similar events *and* that bring along a public order disturbance or nuisance.¹²³

One can wonder whether all the provisions of Article 134sexies of the NMA are sufficiently precise. As can be derived from above, a prohibition of place is not only possible in case of a ‘public order disturbance’, but also when public ‘nuisance’ is involved, so that the question arises what has to be understood by these two concepts. In what follows, we will first give a brief overview of the notions of public order and public nuisance in general, to then analyse the content of these notions in relation to Article 134sexies of the NMA. On this basis, we will subsequently give some recommendations in attempts to further clarify the scope of this Article.

¹²¹ de Tommaso v Italy [GC] (App. No.43395/09), judgement of 23 February 2017, at [117].

¹²² Belgian House of Representatives, Municipal Administrative Sanctions Bill - Explanatory memorandum, 19 March 2013, Doc No.53-2712/001, p.28.

¹²³ It should be noted that a mayor will not only be able to impose a prohibition of place when a public order disturbance or nuisance has actually occurred, but also – being a preventive, police measure – in case of an imminent disturbance of public order or nuisance (L. TODTS, *Het gemeentelijk plaatsverbod: een eerste verkenning en toetsing aan het fundamentele recht op persoonlijke bewegingsvrijheid*, 8 Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiek Recht 2015, 432, 441).

The notions 'public order' and 'public nuisance' in general

As we have discussed above, the notion of public order is traditionally interpreted as encompassing public health, public safety and public tranquility, although municipalities are only competent for maintaining *material* public order and not also moral public order. As far as the notion of public nuisance is concerned, the Belgian Council of State has clarified that it should be interpreted as being the lower limit in which (material) public order can be disturbed, thus being a part of the concept of (material) public order. Despite these clarifications, the notions of public order disturbance and public nuisance remain vague concepts, because they are evolving concepts that can vary according to time and place, as mentioned before. Moreover, public nuisance is also an inherently *subjective* concept. What can be considered as 'nuisance' largely depends on personal experiences of individuals as well as the tolerance level in a certain society, so that the concept is inherently subjective in nature.¹²⁴ This subjective nature in turn implies that public nuisance remains a rather difficult concept to define.¹²⁵

The vague nature of public nuisance has already been pointed out by the Legislation Section of the Belgian Council of State in its prior advisory opinion on the initial Municipal Administrative Sanctions Bill of 1999¹²⁶, which introduces the concept of public nuisance in Belgian administrative law, as mentioned above. Nonetheless, the notion was retained in the final Act of 1999, as well as in the new Municipal Administrative Sanctions Act of 2013. The latter replaces the 1999 Act, but leaves the concept of public

¹²⁴ F. SCHRAM and J. LIEVENS, *Gemeentelijke Administratieve Sancties. Een antwoord op overlast?* (Vanden Broele, 2015), 28-29.

¹²⁵ *Ibid.*, p.30.

¹²⁶ Belgian Council of State, Advisory opinion on the Municipal Administrative Sanctions Bill 1999, 3 February 1999, Doc No.49-2031/1, pp.19-20. See also A. DI RONCO et al., *Regulation of incivilities in the UK, Italy and Belgium: courts as potential safeguards against legislative vagueness and excessive use of penalising powers?*, in (2014) 42 Int. J. Law Crime Justice 340, 357-358.

nuisance as introduced by the 1999 Act untouched. The 2013 Act has been brought before the Belgian Constitutional Court. The applicants inter alia claimed that the vagueness of the notion of public nuisance is not compatible with the principle of legality in criminal matters. However, the Constitutional Court did not address this claim and did not assess the compatibility of this concept with the (criminal) principle of legality, as it is only possible with regard to a *specific legal provision* in a by-law to consider whether the wordings used in it are so vague that it must be regarded as being at odds with the legality principle.¹²⁷

The term public nuisance does not only appear in Belgian administrative law, but is also used in (Belgian) criminal law. This concept was introduced in Belgian criminal law for the first time in 2003 via the legislation on drugs. Article 11 of this legislation enabled the police to merely register anonymously a (major) person instead of informing the public prosecutor, when possession was established by that person of a quantity of cannabis for personal use that did not involve, amongst others, public nuisance. In this way, prosecution became de facto impossible.¹²⁸ The Article further clarified that the notion of public nuisance is to be understood in the same way as the one referred to in the New Municipality Act (NMA), as introduced by the Municipal Administrative Sanctions Act (MASA).¹²⁹ However, neither the NMA, nor the MASA provides a definition of this concept, as mentioned above. The relevant Article also gave some further indication as to the situations

¹²⁷ Belgian Constitutional Court, 23 April 2015, No.44/2014, at [B.20.2].

¹²⁸ See (former) Art.11 of the Law of 24 February 1921 on the traffic in poisonous, soporific, narcotic, psychotropic, disinfecting or antiseptic substances and substances that may be used for the illegal manufacture of narcotic and psychotropic substances (Belgium). This Article was introduced via the Law of 3 May 2003 amending the Law of 24 February 1921 on the traffic in poisonous, soporific, narcotic, psychotropic, disinfecting or antiseptic substances. See also A. DE NAUW, *De gewijzigde drugwet: hopeloos op zoek naar rechtszekerheid*, (2003-04) 30 Rechtskundig Weekblad 1161, 1164.

¹²⁹ As well as Art.3.5.g of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988. However, the Belgian Constitutional Court has rightly pointed out that ‘public nuisance’ is nowhere referred to in this Convention (Belgian Const.Court, 20 October 2004, No.158/2004, at [B.84]).

in which public nuisance is deemed to occur, more specifically in case of possession of cannabis in certain buildings, such as ‘the premises of a social service’, or in their immediate vicinity.

The Belgian legislation on drugs was questioned before the Belgian Constitutional Court, *inter alia* because of the use of vague and imprecise concepts, such as ‘public nuisance’, which was not compatible with the principle of legality in criminal matters according to the applicants. The Court followed the applicants’ arguments. It considered that the concept was nowhere legally defined and that the situations mentioned in the relevant Article in which public nuisance was deemed to occur were difficult to demarcate or too broadly formulated.¹³⁰ The Court therefore held that the concept of public nuisance, owing to its ambiguous nature, did not meet the requirements of the (criminal) principle of legality.¹³¹

The above indicates that the notion of public nuisance may well be problematic in view of the principle of legality, because of its vague nature. However, it is important to note that the above-mentioned cases concern the compatibility of the notion with the (criminal) principle of legality applied to administrative sanctions or penalties. The question arises whether and to what extent this notion is compatible with the legality principle in matters *not* involving administrative sanctions or penalties, in particular as regards the system of the Belgian prohibition of place, which also refers to this notion. The recent case of *de Tommaso* indicates that the applicable law should sufficiently make clear

¹³⁰ It *inter alia* held that it is difficult to see what is meant by ‘the premises of a social service’, or ‘immediate vicinity’.

¹³¹ Belgian Const.Court, 20 October 2004, No.158/2004, at [B.8.3] - [B.8.6]. See also A. DE NAUW, *De gewijzigde drugwet: hopeloos op zoek naar rechtszekerheid*, (2003-04) 30 Rechtskundig Weekblad 1161, 1164 and F. DHONDT and F. VANDER LAENEN, *De vernietiging van artikel 16 van de Wet van 3 mei 2003 tot wijziging van de Drugwet van 24 februari 1921: Kroniek van een aangekondigde vernietiging* [2005] Tijdschrift voor Strafrecht 36, 38-39.

which kind of conduct may trigger the imposition of the measure in question. One can wonder whether this is the case for Article 134sexies of the Belgian NMA.

The notions ‘public order’ and ‘public nuisance’ for the purposes of Article 134sexies of the NMA

Article 134sexies of the NMA distinguishes between two situations in which a prohibition of place can be imposed. These are, as already mentioned before, in case of a public order disturbance, or in case of repeated infringements of local regulations, insofar as they disturb public order or cause nuisance. In other words, a prohibition of place can be imposed when a *single* disturbance of (material) public order has occurred, or when multiple, *repeated* actions have been committed, constituting infringements of local regulations, to the extent that they subsequently cause a disturbance of (material) public order or nuisance.

It is essential to point out that ‘nuisance’ is only referred to in case of repeated infringements of by-laws. This appears to indicate that nuisance will only be sufficient to give rise to a prohibition of place if it is caused by actions that constitute an infringement of a local regulation *and* insofar as there are multiple, repeated infringements of this regulation. Accordingly, actions that cause nuisance, but that do not interfere with a by-law, or that only involve a one-off infringement of such a by-law, seem to be excluded from the scope of Article 134sexies.

Hence, minor disturbances, such as actions merely causing nuisance without interfering with a by-law, or only comprising a one-off infringement of such a by-law, appear to fall outside the scope of Article 134sexies. This is also apparent from the initial bill on the prohibition of place, which only enabled the imposition of it in case of a ‘public order disturbance’ or in ‘situations of severe nuisance’ in certain localities.¹³² Examples

¹³² Belgian Senate, Bill amending Art.119bis, § 2 of the New Municipality Act with regard to penalties and administrative sanctions, 25 March 2011, Doc No.5-900/1, p.4.

given are deliberately damaging or destroying someone else's property, repeatedly insulting persons in public places, deliberately damaging plants in public parks, installing caravans at places not provided for this purpose, etc.¹³³

However – and despite the fact that some indication on the scope of Article 134sexies of the NMA can be inferred from reading it together with the initial bill on the prohibition of place – the way in which Article 134sexies has been drafted still enables local authorities to apply it in a wide range of situations, thus conferring wide discretionary powers to them. After all, Article 134sexies does not give any further indication as to the *specific types of behaviour* that must be taken into consideration, in order to assess whether the individual has disturbed (material) public order or has caused (severe) nuisance. It more specifically does not clarify the forms of behaviour that are deemed to be serious enough to amount to a disturbance of (material) public order. Furthermore, it does not indicate the provisions of local regulations whose (repeated) infringements are considered to disturb public order or cause nuisance, nor does it define the circumstances in which these infringements are considered to be ‘repeated’.

Accordingly, in my opinion, this makes it very difficult for an individual to foresee what particular forms of behaviour are covered by Article 134sexies of the NMA and thus what action may trigger the imposition of a prohibition of place. This might be problematic in view of the legality requirement resulting from A24P. Nevertheless, the scope of the norm at issue can be fairly easily clarified¹³⁴, as we will see below.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ See also D. MOECKLI, *Exclusion from Public Space. A Comparative Constitutional Analysis* (Cambridge, 2016), pp.169-171.

Clarifying the scope of Article 134sexies of the NMA

One way of clarifying the scope of a norm is by indicating the *effects* that a given action should entail, so that the measure can be imposed. This is, for instance, the case in the United Kingdom with regard to the aforementioned dispersal powers, enabling constables in uniform to impose a ‘direction to leave’ on a person, who is subsequently required to leave a certain locality and not to return to it.¹³⁵ A direction to leave can already be imposed when an individual has engaged in, or is likely to engage in ‘anti-social behaviour’ in a certain public area. What must be understood by ‘anti-social behaviour’ is clarified in the Act itself, not by defining this behaviour, but by describing the consequences of it. It involves behaviour that contributes to, or is likely to contribute to ‘members of the public being harassed, alarmed or distressed’ [emphasis added].¹³⁶

According to Moeckli, such norms circumscribing the consequences of the behaviour, rather than defining the behaviour itself, appear to have a narrower scope of application and therefore look as if they are more precise than norms referring to vague concepts¹³⁷, such as Article 134sexies of the Belgian NMA referring to ‘public order’ and ‘nuisance’. They nevertheless lack specificity.¹³⁸ Moreover, the scope of application of such norms is inevitably subjective in nature. Whether a person can be considered as being harassed, alarmed or distressed by someone else’s behaviour mainly depends on the

¹³⁵ See Part 3 of the Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act (ACPA) 2014.

¹³⁶ s.35(2)(a) of the ACPA 2014. This definition is basically taken over from the previous Crime and Disorder Act 1998 and the Anti-social Behaviour Act 2003.

¹³⁷ D. MOECKLI, *Exclusion from Public Space. A Comparative Constitutional Analysis* (Cambridge, 2016), p.175.

¹³⁸ As indicated by the Home Office itself; see Home Office, “Defining and measuring anti-social behaviour”, 2004, available at www.gov.uk, p.3 [accessed 30 June 2017].

sensibility and perceptions of that person.¹³⁹ Given this subjective nature of the norm, it may be very difficult for an individual to foresee whether his behaviour will cause someone else feeling harassed, alarmed or distressed.¹⁴⁰

The subjective nature of these dispersal powers has already been pointed out in the Court of Appeal decision *Singh*, concerning a dispersal order based on the Anti-Social Behaviour Act 2003 imposed on a group of Sikh community members who were protesting against the staging of a play that they found grossly offensive to their religion.¹⁴¹ As to the content of ‘anti-social behaviour’ used in section 30 of the 2003 Act – a notion that is largely taken over in section 35 of the 2014 Act – Lady Justice Hallett indicated that the perceptions of some people may not be sufficient, as ‘[o]ne or two particularly sensitive members of the public may be alarmed or distressed by conduct that would not or should not offend others’.¹⁴² She added that the use of dispersal powers must be ‘properly justified on an objective basis’.¹⁴³ However, no further indications were given as to what this objective basis should be.¹⁴⁴

¹³⁹ A. CRAWFORD, *Dispersal Powers and the Symbolic Role of Anti-Social Behaviour Legislation*, (2008) 71(5) M.L.R. 753, 758 and Daniel Moeckli, *Exclusion from Public Space. A Comparative Constitutional Analysis* (Cambridge, 2016), p.175.

¹⁴⁰ See also D. MOECKLI, *Exclusion from Public Space. A Comparative Constitutional Analysis* (Cambridge, 2016), pp.175-176.

¹⁴¹ R (Singh) v Chief Constable of the West Midlands [2006] EWCA Civ 1118.

¹⁴² Ibid., at [89]. See also A. CRAWFORD, *Dispersal Powers and the Symbolic Role of Anti-Social Behaviour Legislation* (2008) 71(5) M.L.R. 753, 769.

¹⁴³ R (Singh) v Chief Constable of the West Midlands [2006] EWCA Civ 1118, at [90].

¹⁴⁴ See also. CRAWFORD, *Dispersal Powers and the Symbolic Role of Anti-Social Behaviour Legislation* (2008) 71(5) M.L.R. 753, 769.

In search of other (objective) ways to clarify the scope of a norm, some inspiration can be found in the Netherlands. Today, most of the imposed Dutch prohibition orders are not based on the aforementioned competence of a mayor under the Dutch Municipality Act, i.e. the competence to immediately intervene whenever necessary to maintain public order, but are based on a local regulation. According to Dutch case law, a local regulation is preferred, because it is established by a democratically legitimised legislator (i.e. the city council). Moreover, local regulations can be considered as better known to citizens than *ad hoc* decisions of a mayor based on his very broad competence to immediately intervene ‘whenever necessary to maintain public order’.¹⁴⁵

In this case, a prohibition order is imposed because of an *infringement* of a certain legal provision. The provisions whose infringement may incite the use of a prohibition order are mostly listed in the local regulation itself. These are, for instance, street prostitution, drug trafficking on the street, fighting, or abuse of alcohol on a public road. In addition, also certain crimes, provided in for instance the Dutch Criminal Code or the Dutch Weapons and Munition Act, may give rise to the imposition of a prohibition order.¹⁴⁶ Hence, in this case, the scope of the norm authorising the imposition of a prohibition order (the by-law), is further defined by clearly indicating the *specific types of behaviour* that may trigger the use of such an order, more specifically in the norm (the by-law) itself.

This way of clarifying the scope of the applicable norm can be approved, not only in terms of democratic legitimacy and better knowability to citizens, but also in view of the foreseeability requirement resulting from the Strasbourg court’s case law. Prohibition orders based on such by-laws can be regarded as being defined in a sufficiently clear and

¹⁴⁵ Dutch Supreme Court, 11 March 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4096.

¹⁴⁶ See, e.g. Art.2:78(1) of the By-law Westvoorne 2017. See also the ‘Model by-law’ (‘Model-APV’) drafted by the Association of Dutch Municipalities (‘VNG’), 10 July 2014, available at www.vng.nl, p.3 [accessed 27 June 2017] and J. J.G. BROUWER en J. A.E. SCHILDER, *Gebiedsontzeggingen in het systeem van het openbare-orderecht* (2007) Jurisprudentie Bestuursrecht Plus 154, 162-163.

detailed way. After all, they allow individuals who may be subject to a prohibition order to be acquainted with the behaviour that can entail the imposition of it *in advance*, thus being able to regulate their conduct, in line with the Strasbourg Court's case law.¹⁴⁷

As to the Belgian prohibition of place, the legal basis for imposing it is Article 134sexies of the NMA and not a by-law. However, this does not impede municipalities – more specifically the city council – to include this power in their regulations as well, insofar as the municipality concerned intends to apply this Article.¹⁴⁸ Via these regulations, which are publicly and freely accessible to every citizen via the official municipal website¹⁴⁹, the scope of Article 134sexies can be further specified. It is in particular recommended that municipalities who intend to apply Article 134sexies indicate in these regulations the *specific forms of behaviour* that they will take into account when considering whether a prohibition of place should be imposed, similar to the above-mentioned Dutch by-laws. They more specifically should specify the actions that are taken into account to assess whether a public order disturbance has occurred and/or the provisions of local regulations whose (repeated) infringements are considered to cause a public order disturbance or nuisance and define when these infringements are regarded as 'repeated'.

¹⁴⁷ As already confirmed by the Dutch Council of State (judgement of 7 July 2004, ECLI:NL: RVS:2004: AP8138).

¹⁴⁸ Some municipalities already refer in their local regulations to the possibility to impose a prohibition of place, in accordance with Article 134sexies of the NMA; see, e.g. Art.37 of the By-law Turnhout 2016, p.203; Art.1.8.1 of the By-law Rijkevorsel 2017, p.18 and Art.4 of the By-law Temse 2017, p.44. This is also recommended by the Ministerial circular to the Municipal Administrative Sanctions Act 2013, especially when the municipality concerned intends to sanction the individual who does not comply with an imposed prohibition of place with a municipal administrative sanction (see Ministerial circular explaining the new legislation concerning the municipal administrative sanctions, 22 July 2014, at [44]).

¹⁴⁹ Art.186 of the Municipal Decree (Belgium).

By way of example, reference can be made to some (Belgian) municipalities who have already further confined the scope of Article 134^{sexies} in their by-laws. For instance, some municipalities enable a mayor to impose a prohibition of place in case of disturbances of public order caused by (only) serious criminal offences, as provided in the Belgian Criminal Code.¹⁵⁰ In other municipalities, a prohibition of place can be imposed in case of (repeated) infringements of certain provisions which are specified in the by-law itself, e.g. when an individual is present outside the fixed opening hours in certain public places, such as public parks, sports or recreation centers¹⁵¹ or in certain cases of alcohol abuse on public roads.¹⁵² In addition, these by-laws also clarify when infringements are considered as 'repeated'. According to the by-law of Kasterlee, for example, a prohibition of place can already be imposed 'in case of a new infringement within four months after the date of a previous infringement' of certain provisions laid down in the by-law itself [emphasis added].¹⁵³ Via these clarifications, municipalities restrict themselves as regards the power to impose a prohibition of place. According to the adage 'patere legem quam ipse fecisti' municipalities are bound by their own regulations¹⁵⁴ and thus also by the specifications made in it, for instance regarding the system of the prohibition of place. As a result, in this case, a prohibition of place can only be imposed in the situations specified in the local regulation.

¹⁵⁰ Art.37 of the By-law Turnhout 2016, p.203. Cf. Art.37 of the By-law Kasterlee 2015, p.195 and Art.1.8.2 of the By-law Rijkevorsel 2017, 18.

¹⁵¹ Art.9 of the By-law Kasterlee 2015, 166-167.

¹⁵² Art.1.8.1 of the By-law Rijkevorsel 2017, 18.

¹⁵³ Art.9 of the By-law Kasterlee 2015, p.166. See in the same sense Arts 7 and 9 of the By-law Turnhout 2016, pp.170 and 175 and Art.1.8.1 of the By-law Rijkevorsel 2017, 18.

¹⁵⁴ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE (eds), *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht* (Kluwer, 2014), 18.

It is true that, by allowing municipalities (i.e. the city council) to determine whether and what forms of behaviour they want to tackle with a prohibition of place, various situations can occur and the types of behaviour envisaged may well vary, depending on the municipality in question.¹⁵⁵ However, this leaves room for the fundamental principle of municipal autonomy, thus enabling local authorities to adjust Article 134sexies of the NMA to local concerns and issues, whilst the general conditions and safeguards are still regulated in the overarching Article 134sexies.

Importantly, identifying the scope of the relevant norm via clearly defining the specific types of behaviour that it encompasses is not only relevant in view of Article 134sexies of the NMA. This is also essential for potential future legislation on freedom-restricting public order powers, so that it can be considered as compatible with the principle of legality and thus with an individual's fundamental rights and freedoms, notably the right to freedom of movement. Future legislation should more specifically formulate the specific forms of behaviour that it contemplates and this, for instance, in the norm itself, as is the case in the Netherlands, or, for reasons of municipal autonomy, via local regulations complementing the norm, similar to some Belgian municipalities.

4.2.2.2. Warning issued in advance

In the above-mentioned case of *Landvreugd*, the Strasbourg Court attached particular importance to the fact that the applicant had been warned in advance. In this case, the applicant was already subject to several eight-hour prohibition orders due to the multiple, previous public order disturbances he had caused, more specifically by using or having hard drugs in his possession in a particular area. He was warned that if he committed such acts again in the near future, the mayor would be empowered to impose a

¹⁵⁵ Cf. J. J.G. BROUWER – J. A.E. SCHILDER, *Wijken voor orde: over nieuwe geboden en verboden* (2008) 3 RegelMaat 88, 92 (concerning the differences between the several Dutch by-laws).

fourteen-day prohibition order on him.¹⁵⁶ As a result, the Court found that the applicant was sufficiently able to foresee the consequences of his acts, the domestic norm thus being sufficiently precise.¹⁵⁷

The above indicates that the norm at issue may well be further clarified via prior warnings or notices. In this way, national authorities can indicate to the individual the circumstances in which an area-based restriction may be imposed, so that he is aware of the behaviour that may trigger the imposition of it. It can be argued that this will be especially important when there is only little to no relevant case law or practice (yet) from which further guidelines can be derived, as is the case for the Belgian prohibition of place. After all, in this case, the individual disposes of hardly any guidance from the norm itself, nor from any case law or practice, so that informing him via prior notices of the actions that may give rise to the measure will be vital in view of the foreseeability requirement. For example, as far as the prohibition of place is concerned, a mayor can specify via such prior notices to the individual the circumstances in which he is deemed to disturb (material) public order or cause (severe) nuisance, thus triggering the imposition of it. In this way, the individual can be considered as being able to foresee the consequences of his acts and to regulate his conduct, in line with the Strasbourg Court's case law.

However, the above approach of the Strasbourg Court is, in our opinion, not without criticism, as it may have major consequences. First, national authorities will not be able to use prior notices in *all* situations. This is especially true in the context of preventive police measures, such as the Belgian prohibition of place. Given their essentially preventive

¹⁵⁶ *Landvreugd v the Netherlands* (2003) 36 E.H.R.R. 56, at [64].

¹⁵⁷ *Ibid.*, at [65]. Cf. *Oliveira v the Netherlands* (2003) 37 E.H.R.R. 32, at [57]-[58]. See also J.A.E. SCHILDER – J. J.G. BROUWER, *Recht op bewegingsvrijheid, kenbaarheidseis en voorzienbaarheidseis*, [2003] *Administratiefrechtelijke Beslissingen* 15, 17. Cf. *Gillow v the United Kingdom* (1989) 11 E.H.R.R. 335, at [51], whereby the Strasbourg Court took into account the fact that the practice of the relevant national authority – in this case the Housing authority – was fully explained to the applicants in advance, more specifically via several letters.

nature, police measures are generally imposed to *immediately* intervene in attempts to avoid an urgent (threat of a) public order disturbance or nuisance. In this case, giving prior notice may not be possible, having regard to the urgency of the situation. As far as the Belgian prohibition of place is concerned, the norm itself provides for an exception in case of an emergency. Giving prior notice is explicitly stipulated in Article 134sexies as an *obligation*. A mayor must give warning to an individual before imposing a prohibition of place. However, there is one exception, more specifically ‘with a view to maintaining [public] order’. According to the Belgian Constitutional Court this exception alludes to situations in which public order enforcement requires a mayor to act *immediately*, without the possibility to inform the individual in advance.¹⁵⁸ In other words, when a situation is so urgent that immediate action is required, a mayor does not have to give a prior notice.

This exception can be approved. After all, requiring the competent authority to clarify the scope of the applicable norm via a warning, also in emergency situations, would drastically change the purpose of police measures, such as the prohibition of place. Municipalities would then be no longer able to immediately intervene whenever necessary to safeguard public order. Hence, giving prior notice cannot always compensate for vague provisions and exceptions to it must remain possible, especially in case of an emergency.

Second, clarifying vague norms through prior warnings will not only be sometimes impossible, it is also not always *desirable*. This could in fact mean that the foreseeability requirement is of only relative importance. After all – as already stated by Schilder and Brouwer – a legal provision does not have to be *in itself* sufficiently precisely formulated, as the competent national authorities are able to compensate for the lack of foreseeability of the norm by specifying it in a prior notice given to the individual.¹⁵⁹ However, this would

¹⁵⁸ Judgement of 23 April 2015, No.44/2015, at [B.65.6].

¹⁵⁹ J. A.E. SCHILDER - J.L. J.G. BROUWER, *Recht op bewegingsvrijheid, kenbaarheidseis en voorzienbaarheidseis* [2003] Administratiefrechtelijke Beslissingen 15, 17.

bring along a key role to be played by these national authorities, especially when there is only little to no relevant existing case law or previous practice concerning the interpretation and application of the vague norm. In the end, it rests upon them to ensure that, when they impose freedom-restricting public order measures, the vague provisions are made up for via prior notices given to the individual. This neither can, nor should be the task of national authorities competent for imposing such measures. It is primarily for the domestic legislator to indicate when and under which conditions national authorities may act and to ensure that these provisions are sufficiently clear.¹⁶⁰

The importance given to prior notices in view of the legality principle must therefore be nuanced. Prior notices cannot be used at all times to compensate for any broadly formulated legal provision. The scope of the norm at issue – more specifically the specific types of behaviour that are covered by it – should, above all, be clearly defined in the norm itself, as discussed above. For reasons of municipal autonomy, these behaviours may also be clarified in local regulations complementing the norm, which will be particularly relevant for the already existing Belgian prohibition of place. As a result, prior notices should be used to complement vague norms *only in exceptional circumstances*. National authorities should use such prior notices in view of the legality principle only in situations where there is little to no case law or practice yet from which further guidance can be inferred and where the norm cannot be clarified via the normal law-making procedure. This will be for instance the case when the normal legislative procedure cannot be awaited. It should be noted, though, that the situation may not be so urgent that the competent national authority must *immediately* act. In this case, the authority will not even be able to give a prior notice, let alone to clarify the scope of the norm in it. Consequently, specifying the scope in the norm itself (or via local regulations complementing the norm) must be the rule, clarifying it through prior notices the exception.

¹⁶⁰ See also D. MOECKLI, *Exclusion from Public Space. A Comparative Constitutional Analysis* (Cambridge, 2016), p.156.

5. CONCLUDING REMARKS AND RECOMMENDATIONS

This contribution aimed to assess the principle of legality under the ECHR concerning public order powers that restrict the individual in his right to freedom of movement, notably the Belgian prohibition of place. The applicable legality test will be a stricter one, given the relatively limited field of application of this prohibition. Questions particularly rise as regards the vague and open notions of ‘public order (disturbance)’ and ‘nuisance’. Vague provisions are not necessarily inconsistent with the European Convention, as the use of vague notions in domestic norms is sometimes inevitable, but there are nonetheless limits as to the extent of vagueness accepted. More specifically, the applicable law should sufficiently indicate the types of conduct that are covered by it.

However, the Strasbourg Court’s case law indicates that the Court generally interpretes the legality principle in a rather flexible way, also accepting clarification of the norm’s scope of application via domestic case law, relevant practice or even prior warnings given to the individual. We argued that this may have major consequences. After all, what will be decisive is not so much whether a norm as such is sufficiently precisely and clearly formulated, but whether its rather vague wordings can be compensated for, e.g. via prior warnings. As far as the Belgian prohibition of place is concerned, there is little to no relevant domestic case law or practice yet from which further guidelines can be concluded to assess whether an individual has disturbed (material) public order or caused (severe) nuisance. Some compensation can be offered via prior notices. However, the latter implies too great a role to be played by national authorities competent for imposing freedom-restricting public order powers, such as the prohibition of place. They would then become the authority responsible for ensuring that vague legal provisions are compensated for via prior notices, whilst it is primarily the task of the domestic legislator to make sure that the relevant legislation is sufficiently precise.

Therefore, one may not attach too great importance to prior notices in view of the legality principle. The domestic legislator should, when introducing *new* legislation on freedom-restricting public order powers, identify the specific forms of behaviour that are covered by it in the norm itself. For reasons of municipal autonomy, this can also be

indicated via local regulations complementing the norm, which is in particular recommended for the already existing Belgian prohibition of place and which is already the case here and there in practice. This in turn brings along *legal certainty*, not only for the individual, being able to know the circumstances in which national authorities may legally interfere with his fundamental rights. This is also essential for national authorities competent for imposing freedom-restricting public order measures, in this way being acquainted with the situations in which they are legally authorised to do so.

**VIII CONGRESO INTERNACIONAL DE LA RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (REDOEDA)**

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA*

**PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LAS UNIVERSIDADES Y LAS
INSTITUCIONES DE INVESTIGACIÓN**

Sergio FOÀ*

INDEX

- 1. UNIFORMIDAD ANTI-CORRUPCIÓN VS. LIBERTAD ACADÉMICA
Y AUTONOMÍA UNIVERSITARIA.**
- 2. LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y ACTIVIDADES DE
INVESTIGACIÓN.**
- 3. CÓDIGO DE CONDUCTA DE PROFESORES E INVESTIGADORES.**
- 4. DESCONFIANZA DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA.**
- 5. CONCLUSIONES.**

* <http://saladeprensa.usal.es/files/REDODA-2018.pdf>

* Professore Ordinario di Diritto Amministrativo dell'Università degli Studi di Torino

1. UNIFORMIDAD ANTI-CORRUPCIÓN VS. LIBERTAD ACADÉMICA Y AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

Esta ponencia se propone examinar, con particular atención al caso italiano, a las universidades e instituciones de investigación en el campo de la prevención de la corrupción.

La Autoridad Nacional Anticorrupción Italiana (ANAC) actualizó en 2017, el Plan Nacional Anticorrupción (PNA) de 2016. Este Plan es una directriz o recomendación, de tres años de duración, para las administraciones y otras entidades jurídicas, con la finalidad de aplicar la legislación de prevención de la corrupción¹.

El Plan Nacional identifica, en relación con el tamaño y los diversos sectores de actividad de las instituciones, los principales riesgos de corrupción y los recursos destinados a este fin. La Autoridad Nacional ha identificado en este Plan los sectores específicos, en los que centrar su atención: en particular, en algunas administraciones caracterizadas por sus “notables peculiaridades organizativas y funcionales”, entre las cuales se incluyen las instituciones universitarias (curiosamente tratadas en la misma actualización, aunque con diferentes medidas, junto con las autoridades del sistema portuario!).

La Autoridad Nacional especifica que las medidas previstas son sugeridas y no normas imperativas y que son "Ejemplos" para evitar el riesgo de corrupción, pero, en algunos casos, no contienen detalles al respecto. Lo mismo Plan Nacional Anticorrupción se considera como "herramienta de dirección y apoyo" al gobierno, con el objetivo de fortalecer y orientar el cumplimiento sustancial de las normas de prevención de la

¹ Vid. R. CANTONE, F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione* (Torino), 2015.

Corrupción². En este sentido, depende de cada administración identificar y aclarar estas y otras medidas, y determinar la forma en la que se adaptan al contexto de cada organización específica, para evitar los riesgos de corrupción identificados en la gestión de procesos de análisis de riesgo, necesarios para el desarrollo de planes de prevención de tres años.

El documento de consulta del Plan fue criticado por su interferencia en las áreas reservadas a la autonomía de las universidades³.

El Plan Nacional indica a los sujetos del sistema cómo proceder en la identificación de los riesgos de corrupción, de mala administración o de conflicto de intereses y sugiere algunas medidas posibles, organizacionales y de procedimiento, para prevenir la corrupción.

Según la Autoridad la “configuración efectiva y final” de estas medidas es “naturalmente remesas” en la misma Universidad y otras entidades jurídicas a quienes se dirige el documento. El Plan Nacional siempre está “marcado por el reconocimiento de la autonomía organizacional de las administraciones; tanto más por la autonomía constitucionalmente concedida a las Universidades”.

La universidad y la investigación se caracterizan por los principios constitucionales de la libertad de la ciencia, la investigación y de la cultura superior⁴. En

² Art. 1, párrafo 2 bis de la Ley núm. 190, 2012

³ Vid. S. FOÀ, *Giornata della trasparenza dell'Università di Torino* (2017), (<https://media.unito.it/?content=8355>, desde el minuto 24).

⁴ Art. 33 Constitución italiana: “Son libres el arte y la ciencia y será libre su enseñanza. La República dictará normas generales sobre la instrucción y establecerá escuelas estatales para todas las ramas y grados. Tanto las entidades como los individuos tendrán derecho a fundar escuelas e institutos de educación, sin gravamen alguno a cargo del Estado. Al determinar los derechos y las obligaciones de las escuelas no estatales que soliciten la paridad, la ley deberá garantizar a éstas plena libertad y a sus alumnos un trato académico equivalente al de los alumnos de escuelas estatales. Se instituye un examen de Estado para la admisión en las diversas ramas y grados de escuelas o

particular “Los establecimientos de cultura superior, universidades y academias tendrán derecho a regirse por estatutos autónomos dentro de los límites fijados por las leyes del Estado”.

La necesidad de introducir una mayor rendición de cuentas por los resultados obtenidos y un nuevo enfoque en la eficiencia y la eficiencia económica fue la base de medidas legislativas, dictadas principalmente por razones de contención del gasto público, que atribuían al gobierno central el poder de influir significativamente en las opciones de cada Universidad.

La orientación autonómica disminuyó gradualmente a favor de medidas relativas, respectivamente, a la evaluación, a la docencia, al reclutamiento de profesores y, aunque en menor medida, a la *governance* de las universidades.

El marco normativo más coherente se refería a la actividad de evaluación y se llevó a cabo mediante la obligación de la Universidad de adoptar programas trienales coherentes con las directrices gubernamentales (Ley N° 43 de 2005); el establecimiento de la ANVUR, organismo adjunto a la evaluación del sistema universitario y de investigación (Decreto Presidencial No. 64 de 2008), que puso fin a un proceso que comenzó en los años 90 y se consolidó gradualmente a lo largo de los años 2000; el decreto legislativo n. 74 de 25 de mayo de 2017, que contiene "Enmiendas al Decreto Legislativo 27 de octubre de 2009, n. 150", atribuyó definitivamente a la ANVUR las funciones de gestión y direccionamiento del sistema nacional para evaluar el rendimiento (*performance*) del sector; finalmente, la distribución de una porción del fondo de financiamiento ordinario (FFO) de acuerdo con los criterios de mérito.

para la terminación de las mismas así como para la habilitación en orden al ejercicio profesional. Los establecimientos de cultura superior, universidades y academias tendrán derecho a regirse por estatutos autónomos dentro de los límites fijados por las leyes del Estado”.

La Ley de 30 de diciembre de 2010, n. 240, de reorganización de la disciplina afirma que "las universidades son el centro primario de investigación y libre formación dentro de los sistemas respectivos y son el lugar de aprendizaje y elaboración crítica del conocimiento; trabajan combinando investigación y educación de una manera orgánica para el progreso cultural, civil y económico de la República" (Artículo 1).

La autonomía legislativa se refiere a definir el ejercicio de las funciones fundamentales, como la investigación y la educación; la autonomía organizacional y funcional. En definitiva, es una proyección de la garantía de libertad individual, docencia e investigación, de profesores universitarios e investigadores. Por lo tanto, las comunidades científicas de las instituciones universitarias tienen derechos garantizados constitucionalmente (en la medida que se dotan de ordenamientos autónomos), que se ejercen dentro de los límites legales del Estado.

En este sentido, el Estado tiene el poder tanto de establecer los principios generales de organización y mantener el poder de establecer o reconocer las instituciones universitarias públicas y privadas, como también el poder de verificar los resultados logrados en la provisión del servicio público relacionado⁵.

Las medidas anticorrupción dedicadas a las universidades no se extienden automáticamente al complejo sistema de las instituciones de investigación (veintiuna instituciones en total). Estas últimas, con autonomía estatutaria, se han regulado mediante el Decreto Legislativo n. 218 de 2016, el cual por primera vez en Italia unifica la referencias normativas y elimina algunas restricciones de gestión previstas para otras administraciones públicas⁶.

⁵ Vid. F. COSTANTINO, *Libertà di scienza tra autonomia universitaria e centralizzazione amministrativa*, (Napoli) 2018; G. AJANI, R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *L'Università: un'amministrazione pubblica particolare*, in *Federalismi*, (2017).

⁶ Vid. E. D'ALTERIO, *La nuova disciplina per gli enti pubblici di ricerca*, in *Quotidiano giuridico*, (2016).

ANAC especifica que las mismas instituciones pueden aplicar las medidas previstas para las universidades, especialmente las relacionadas con actividades de investigación científica, dentro de los límites de compatibilidad.

Esto siempre teniendo en cuenta los propios límites materiales del Plan Nacional de Anticorrupción, puesto que el mismo no es el lugar adecuado para formular propuestas de reforma del sistema legislativo. Si las medidas sugeridas pueden abordarse mediante "actos apropiados no legislativos", los problemas críticos exorbitantes pueden inspirar "orientaciones del sistema" (así definidas literalmente): entre ellas, por ejemplo, la posibilidad de un código de la disciplina de investigación, como códigos análogos, también considerados oportunos, sobre educación y universidad.

Cabe señalar que la Autoridad Nacional, a los efectos de la implementación del Plan Nacional Anticorrupción, tiene poderes de supervisión sobre la calidad de los Planes adoptados por las administraciones públicas, lo que puede conducir a la emisión de recomendaciones (es decir, en los casos más graves, el ejercicio del poder de orden) a las administraciones para que lleven a cabo las actividades previstas por el propio Plan (desde las actividades cognitivas hasta la identificación de medidas concretas de prevención). Por último, ANAC tiene poderes de sanción en casos de no adopción del propio Plan o una falta tan grave como para ser equivalente a la no adopción⁷.

2. LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN.

Esta ponencia no trata de los procedimientos de selección del profesorado, que se refieren tanto al nivel nacional en el caso de los candidatos que son evaluados con el fin de

⁷ Vid. I. NICOTRA, *'torità nazionale anti corruzione Tra prevenzione e attività reolatoria*, (Torino), 2016.

obtener la calificación científica nacional como al local en el que las distintas universidades administran las candidaturas presentadas por orden de llamada en lugares disponibles en el Ateneo⁸.

También se examinan los riesgos de la corrupción con relación a las actividades de investigación y enseñanza, por lo que el interés público en la prevención de malas prácticas y la mala gestión supera los derechos de libertad protegidos por la Constitución.

Con referencia a la investigación, las autoridades reguladoras y el Ministerio han analizado cuatro fases: planificación; evaluación de proyectos y su financiación; desarrollo de las investigaciones; publicación de los resultados.

La fase "más sensible a sufrir interferencias indebidas" se refiere a la financiación y a la evaluación de la investigación.

La crítica se centra en la fragmentación de las fuentes de financiación y de los proveedores de fondos, que causa, en la fase de evaluación del proyecto, la falta de homogeneidad de los procedimientos de adhesión, los métodos para preparar y presentar los proyectos, los criterios de selección, los parámetros y las modalidades de evaluación *ex ante* de los proyectos mismos.

Los riesgos informados se refieren a los procedimientos de selección de los evaluadores, a menudo confiados a los criterios de autoafirmación. Las medidas propuestas prevén la reconstrucción de una imagen global, en la que se garantiza la máxima circulación de la información y la homogeneidad de los procedimientos; soluciones organizativas para favorecer, en la selección de los evaluadores, criterios de transparencia como la rotación de las tareas y el contraste a posibles conflictos de intereses. El Ministerio debe definir un *benchmark* sobre los requisitos de procedimiento para la asignación

⁸ Vid. R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, C. BARBATI (editors), *Il reclutamento universitario in Europa*, (Napoli), 2016.

uniforme de fondos. Otra medida se refiere a la formación de una organización de bases de datos de proyectos de investigación, a fin de garantizar un mayor reconocimiento de la financiación de la investigación. El Ministerio podría preparar una colección central de datos sobre la financiación ya dispuesta, a fin de evitar la duplicación de fondos de múltiples fuentes y permitir una orientación más consciente de las líneas estratégicas de investigación.

En la selección de los evaluadores, ANAC sugiere al Ministerio que establezca la obligatoriedad de que los investigadores se inscriban en las listas de evaluadores nacionales de proyectos, como requisito previo para la participación futura en las convocatorias de financiación.

También sugiere a las universidades proporcionar el registro obligatorio como condición previa para la participación en la comisión de reclutamiento local de profesores o investigadores; también la posibilidad de crear incentivos para la participación de los individuos y de las estructuras de pertenencia (universidades y departamentos).

Otra medida difícil de implementar, especialmente debido a la sensibilidad de la solicitud, se refiere a la publicación *ex post* de la lista general de los nombres de los auditores, las revisiones realizadas y la indicación del área científica en la que ocurrieron (sin publicar las opiniones individuales expresadas), por tener una "idea aproximada" del trabajo realizado por los auditores. Obviamente, se debe garantizar el anonimato de los juicios sobre proyectos individuales.

La invitación es integrar los códigos éticos/de comportamiento de las universidades con disposiciones específicas sobre la disciplina en cuestión, con la indicación de sanciones específicas en relación con la transgresión de los principios de

transparencia, corrección, imparcialidad, abstención en caso de conflicto de intereses e incompatibilidades aplicadas a la evaluación⁹

ANAC también se pronuncia sobre la cuestión de la investigación, al tiempo que destaca la limitación de los derechos y libertades de los miembros de los grupos. Los fenómenos de mala administración pueden referirse a los métodos para identificar al coordinador de la investigación, los miembros del grupo y los métodos para gestionar las relaciones dentro del grupo de investigación, así como las formas en que se utilizan los resultados de la investigación. Se trata de un problema complejo, en el que la invasión del control puede contrastar con la libertad de investigación, especialmente en los campos técnicos y científicos, arriesgándose a dificultar el equilibrio entre la transparencia y el secreto de una investigación en el curso de su desarrollo. Además, incluso en la realización de la actividad de investigación, es necesario determinar que no existen formas de conflicto de intereses en relación con el tipo de actividad experimentada. Por ejemplo, en la constitución de los spin-off universitarios, es necesario verificar la ausencia de conflictos de intereses entre los miembros del mismo y las actividades de formación, investigación y consultoría, llevadas a cabo por los miembros del departamento universitario pertinente. También en este caso, la Autoridad Anticorrupción sugiere proporcionar los casos relevantes en una sección específica de los códigos éticos / de comportamiento de las universidades.

Otra sugerencia se refiere a los sistemas de evaluación *ex post* de la investigación: la implementación del sistema de *Open Access* para todos los resultados producidos después de las investigaciones financiadas con recursos públicos, que ya son obligatorias en Europa; la creación de una página web de proyecto, que permanece como una documentación de lo que se ha hecho; la verificación, por parte del comitente, si no está prevista, de la efectiva realización de la investigación en el tiempo previsto como condición

⁹ Vid. S. NERI, *Il rilievo giuridico dei codici di comportamento nel settore pubblico in relazione alle varie forme di responsabilità dei pubblici funzionari*, in *Amm. in cammino*, 2016.

necesaria para la presentación de las solicitudes relacionadas con proyectos futuros y nueva financiación.

En la evaluación de la calidad de la investigación, llevada a cabo por las universidades (e institutos públicos de investigación), introducida en Italia en 1993 y reforzada en 2013, el ANAC pide una “mejor definición de roles” entre los que preparan las reglas, los que son llamados a implementarlas y a designar a los miembros de los organismos de evaluación, y aquellos que deben llevar a cabo los controles apropiados.

La fase técnica de la evaluación es llevada a cabo por la Agencia Nacional de Evaluación (ANVUR) en sesiones específicas denominadas Evaluación de la calidad de la investigación (VQR); el ejercicio está subdividido por áreas de investigación, en cada una de las cuales se identifica un Grupo de Expertos de Evaluación (GEV) con el presidente correspondiente y al Ministerio al que pertenecen las directrices estratégicas. También es aconsejable supervisar las actividades desarrolladas en esta fase para que se lleven a cabo sobre la base de criterios, parámetros y procedimientos preestablecidos, a fin de reducir el espacio para juicios que no son objetivos o están contaminados por conflictos de intereses. Un área de riesgo potencial reside en el método de designación de los miembros del GEV y los comités que operan dentro del ANVUR, que siempre deben seleccionarse a través de avisos públicos, como ocurrió recientemente, para los GEV del ejercicio VQR 2011-2014.

Otro riesgo se refiere a la posición de quienes han ocupado puestos importantes en autoridades, organismos, ministerios, etc. que trabajan en el campo de la Universidad e Investigación y pueden entonces, sin interrupción, ser llamados para ocupar cargos en instituciones públicas (universidades y otras entidades, que operan en el campo de la educación y la investigación), que recientemente han sido objeto de sus decisiones (una especie de “*pantouflage* interno”).

Las medidas indicadas para combatir la coexistencia en varios procesos de toma de decisiones y situaciones de conflicto de intereses son: proporcionar períodos de enfriamiento en los estatutos; introducir hipótesis más estrictas de incompatibilidad y prohibición de la acumulación de roles y asignaciones entre las funciones llevadas a cabo

en el Ministerio, Agencia de Evaluación, Consejo Universitario Nacional y otros organismos, que operan en el ámbito de la investigación y los que se realizan dentro de su propia universidad; entre varias oficinas en la universidad o en universidades que no sean las propias; exigir al evaluador, como ya es el caso en Italia y en la práctica internacional, que haga una declaración de ausencia de conflicto de intereses (incluso científicos) con respecto al producto a evaluar.

En este sentido, el contenido de tales declaraciones debería proporcionar hipótesis desde los límites más amplios de aquellos ya incluidos en el conflicto de interés, con respecto a la hipótesis de la asociación profesional extracurricular, sin perjuicio de las hipótesis legítimas de la colegialidad académica. Para la formación de los Grupos de Evaluación, se requiere mayor precaución para excluir situaciones de conflicto de interés; consolidar el principio de rotación ya aplicado, según el cual los componentes se renuevan, al menos en un 80%, entre un año y el siguiente, a fin de garantizar la imparcialidad y reducir al mínimo necesario la conservación de un elemento que asegura la continuidad y estabilidad de los procedimientos y la transmisión de la experiencia.

3. CÓDIGO DE CONDUCTA DE PROFESORES E INVESTIGADORES.

Con referencia al comportamiento de los docentes, la Autoridad Anticorrupción ha sugerido ampliar el contenido de los códigos éticos con pronósticos destinados a evitar malas conductas por parte de los profesores (por ejemplo, interferencia de los intereses personales del docente en el desempeño de sus tareas institucionales y de investigación, situaciones de conflicto de interés en la realización de exámenes u otras funciones educativas también como un componente de comisiones) y hacer que los Jefes de departamento monitoreen el comportamiento de los profesores, incluso a través de disposiciones regulatorias específicas.

La Ley sobre organización universitaria requiere que las universidades adopten un código ético para la comunidad formado por el personal docente e investigador, por el personal técnico administrativo y por los estudiantes de la universidad (Artículo 2, párrafo 4, No. 240 de 2010); y que este código determine los valores fundamentales de la

comunidad universitaria, promoviendo el reconocimiento y respeto de los derechos individuales, así como la aceptación de deberes y responsabilidades hacia la institución de pertenencia, también dictando las reglas de conducta dentro de la comunidad, además de las sanciones que se impondrán en caso de violaciones del código en sí.

A menudo hay un problema de coordinación entre el código ético y el código de conducta, así que es deseable la reformulación y la integración de estos textos, los cuales posiblemente deberían formar parte del nuevo código. Esto permitiría a las administraciones no solo seguir un método uniforme y riguroso de redacción y aplicación de los códigos, sino, sobre todo, tener en cuenta los requisitos del nuevo código de conducta relacionados con la prevención de la corrupción.

Por lo tanto, las universidades han sido "invitadas" a: adoptar un documento único que combine los objetivos del código ético y los del código de conducta; identificar en los códigos unificados dos niveles distintos de relevancia: deberes que implican sanciones disciplinarias; y deberes que implican sanciones no disciplinarias, por violación de preceptos éticos y deontológicos.

Los códigos unificados deben incorporar los deberes del personal docente en relación con la enseñanza y la investigación, así como a los deberes de los estudiantes.

Las medidas adoptadas se pueden relacionar, entre otros, con el abuso de posición, el plagio, los conflictos de interés en la investigación científica, el favoritismo personal o la introducción de la noción de nepotismo; identificar otras áreas en las que es razonable predecir la ocurrencia de fenómenos de mala administración, que pueden encontrar una reconciliación en el contexto del código de conducta mediante la adopción de medidas específicas.

4. DESCONFIANZA DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. CONCLUSIONES.

Por fin, es necesario registrar una mayor desconfianza hacia la actividad universitaria que se ha planteado en Italia a nivel político. En el capítulo "Universidad e investigación" del contrato gubernamental firmado por Lega y M5S, leemos: "Es necesario insertar un sistema de verificación vinculante sobre el rendimiento real, por parte del profesor, de las tareas de enseñanza, investigación y tutoría para los estudiantes".

La declaración es inapropiada porque supone que no existen reglas sobre la conducción de la investigación y la enseñanza en la universidad. La necesidad de introducir una "verificación vinculante" sobre las tareas de los docentes demuestra ignorancia en la clase política.

El profesor debe indicar el lugar, la fecha, la hora y el tema de cada clase en los registros oficiales que, al final del curso, están firmados por el titular del curso y entregados al centro docente al que se pertenece. El registro es refrendado por el Presidente de la Escuela que, de esta manera, certifica su corrección. Para cada curso individual, se recopila anualmente la opinión de los estudiantes sobre el curso, los contenidos y la capacidad de presentación del profesor y se le pide que declare qué parte del curso ha sido llevada a cabo por el profesor. El coordinador del curso tiene acceso a estas evaluaciones y se requiere que intervenga directamente con el docente en casos críticos.

Con referencia a la investigación, durante varios años la Universidad y la Agencia de Evaluación de Investigación (ANVUR) solicita periódicamente a los docentes y departamentos, que presenten sus actividades a tiempo¹⁰.

Las universidades recopilan anualmente información sobre la producción científica de docentes y la utilizan en la distribución de recursos para investigación. En la actividad

¹⁰ Vid. G. VESPERINI, ' *NVUR nella overnan e del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 431 ss.

de doctorado, entonces, la verificación de la calidad científica de los colegios de profesores (que no existe en España) es un requisito para obtener de la Agencia de Evaluación de Investigación la acreditación anual necesaria si quiere proseguir su actividad.

Por lo tanto, las universidades parecen tener todas las herramientas necesarias para la "verificación obligatoria" y, de hecho, están obligadas a utilizarlas tanto para el autogobierno como para el acceso al fondo de financiación ordinario. En todo caso, estas herramientas deberían simplificarse, pero esta es otra historia. Si abunda una crítica, es precisamente hacia la obstinación paramétrica y la "recopilación obsesiva de información" sobre las actividades de enseñanza e investigación del profesor y de las universidades.

El diseño que transpira a nivel político parece revelar la intolerancia hacia la autonomía universitaria, aumentando las intervenciones de regulación externa (ANAC) y las acciones ministeriales, cada vez más penetrantes en áreas de organización universitaria. El Ministerio tiene el poder de indicar "objetivos y direcciones estratégicas para el sistema (universitario) y sus componentes", pero siempre "con respecto a la libertad de enseñanza y la autonomía de las universidades"¹¹.

Como conclusión se puede decir que el modelo configurado hace prevalecer la necesidad de uniformidad de medidas efectivas para prevenir la corrupción sobre la autonomía organizacional, garantizada constitucionalmente, de las administraciones para definir las características de su organización.

La interferencia de la Ley anti-corrupción con la realización de disposiciones constitucionales es destinada a levantar conflictos entre las fuentes jurídicas examinadas.

¹¹ Artículo 1, párrafo 4, Ley 240/2010; para una aplicación reciente en materia de concursos: Consejo de Estado, Sección VI, decisión n. 507/2018.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AJANI, R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *L'Università: un'amministrazione pubblica particolare*, in *Federalismi*, 2017.
- S. AMOROSINO, *Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto di indirizzo e coordinamento amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 2014, 21 ss.
- R. CALVANO, *La legge e l'Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Jovene, (Napoli), 2012.
- R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015.
- R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, C. BARBATI (editors), *Il reclutamento universitario in Europa*, (Napoli) 2016.
- F. COSTANTINO, *Libertà di scienza tra autonomia universitaria e centralizzazione amministrativa*, (Napoli), 2018.
- E. D'ALTERIO, *La nuova disciplina per gli enti pubblici di ricerca*, in *Quotidiano giuridico*, 2016.
- S. FOÀ, *Giornata della trasparenza dell'Università di Torino*, 2017, in <https://media.unito.it/?content=8355>.
- S. FOÀ, *La credibilità dell'apparato amministrativo come valore costituzionale e riferimento per il dibattito sulle riforme istituzionali*, in *Federalismi*, 2018.
- W. GASPARRI, *Conoscenza e decisione nella valutazione della ricerca scientifica. Esperienze giuridiche europee a confronto*, in *Diritto pubblico*, 2008, 197 ss.
- G. GRASSO, *Ricerca (valutazione della)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Vol. 6 Aggiornamento, UTET giuridica, Milano, 2015.
- F. MERLONI - L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010.
- S. NERI, *Il rilievo giuridico dei codici di comportamento nel settore pubblico in relazione alle varie forme di responsabilità dei pubblici funzionari*, in *Amm. in cammino*, 2016.
- I. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016.
- G. VESPERINI, *L'ANVUR nella governance del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 431 ss.

IS GAMIFICATION MAKING CITIES SMARTER¹?

Gianluca SGUEO²

INDEX

- 1. TECHNOLOGY, DATA, EFFICIENCY, OR INCLUSIVITY: WHAT MAKES A CITY SMART?**
 - 2. DIMENSIONAL, REGULATORY, FINANCIAL, AND RELATIONAL CHALLENGES TO INCLUSIVE URBAN MANAGEMENT**
 - 3. CAN SMART CITIES BE INCLUSIVE?**
 - 4. SEVEN CASES OF GAMIFIED URBAN GOVERNANCE**
 - 5. THE PNYX AND THE AGORA**
 - 6. POINTS, BADGES AND SCOREBOARDS**
 - 7. GAMIFIED URBAN GOVERNANCE AND CIVIC CONSCIOUSNESS**
 - 8. SYNERGIES BETWEEN IDEAS AND COMPETENCES**
 - 9. THE MYTH OF INCLUSIVE TECHNOLOGY**
 - 10. THE ILLUSION OF THE DEMOCRATIC POTENTIAL OF GAMES**
 - 11. THE DRAWBACKS OF REGULATORY EXPERIMENTALISM.**
 - 12. CONCLUDING REMARKS. RE-IMAGINING THE CONCEPT OF CIVIC ENGAGEMENT IN SMART CITIES.**
-

¹ Some of the ideas and opinions presented in this article partly draw on the content of my last book *Games, Powers & Democracies*, Bocconi University Press (2018).

² GIANLUCA SGUEO (PHD Public Law; LLM European Public Law; JD Law) is a Research Associate – Centre for social studies, University of Coimbra; Global Media Seminar Professor – New York University Florence; Professor *Gamification in Politics, Business and Communication* – Vrije University Brussels. Contact: SGUEO@NYU.EDU.

1. TECHNOLOGY, DATA, EFFICIENCY, OR INCLUSIVITY : WHAT MAKES A CITY SMART ?

Streets embedded with sensors to manage traffic congestion, public spaces monitored by high-tech command centres to detect suspicious activities, real-time and publicly accessible data on energy, transportation and waste management – in academia, there is still no generally agreed definition of ‘smart cities’. But in the collective imagination, the connotations are clear: smart cities are seen as efficient machines governed by algorithms³.

For decades, the combination of technology and data has been a key feature of smart urban management. Under this scheme, what branded a city as smart was the efficiency of (digital) public services. Private companies – to which public functions were outsourced – implemented digital technologies to solve urban problems⁴. Over time, concerns have grown over this privatization of public services. Who owns the data processed by private companies? Who guarantees that data are treated ethically? How inclusive are the public services provided by increasingly privatised smart cities? In a now-famous article published at the turn of the century, Brinton Milward and Keith Provan coined the expression ‘hollowing of the state’ to define the progressive replacement of the

³ A.M. TOWNSEND, *‘Smart Cities: Big Data, Civic Hackers, and the Quest for a New Utopia’*, Norton 2013; A. COCCHIA, *‘Smart and Digital City: A Systematic Literature Review’*, Springer 2014.

⁴ S. RANCHORDAS, *‘Cities as corporations? The privatization of cities and the automation of local law’*, AdminLaw Blog, 2018.

public sector with a network of third-party providers and services and to highlight issues around the (perceived) legitimacy of the public sector⁵.

In response to such criticism, urban management has progressively shifted the focus from the efficiency of public services to citizens' concerns⁶. This new approach puts inclusiveness at the centre of public services design. Citizens are actively engaged in all phases of urban management, from planning to service provision⁷. Seoul, with the 'Sharing City' initiative⁸, and Barcelona, with the 'Fab initiative'⁹ have been at the forefront of efforts

⁵ H.B. MILWARD & K.G. PROVAN, 'Governing the hollow state', *Journal of Public Administration Research and Theory*, 10, 359-379 (2000).

⁶ McKinsey Global Institute, 'Smart Cities: Digital Solutions For a More Liveable Future', 2018. See also G. SGUEO, M. ALLULLI, *Interessi comuni? L'inclusione di attori privati nelle politiche locali, tra lobbying e partecipazione*, in *IV/V Comuni d'Italia*, 2013.

⁷ At the Techfestival in 2017, an annual event dedicated to the relationship between technology and humanity, 150 practitioners (including technologists, designers, philosophers, educators, and artists) came together for 48 hours and drafted a document they titled 'The Copenhagen Letter'. The letter mirrors their commitment, starting a conversation on the values and principles that guide technology. One of the principles endorsed by the letter suggests moving from "human-centred" to "humanity-centred" design. In academic discourses on urban management, the concept of "Citizens planners" epitomises the idea that urban planning practices should engage trained professionals as well as ordinary citizens. See V.A. BEARD, 'Citizen Planners: From Self-Help to Political Transformation', in R. CRANE, R. WEBER (eds.), *The Oxford Handbook for Urban Planning*, 2012. On the evolution of urban planning See P. EVANS, 'Liveable Cities? Urban Struggle for Livelihood and Sustainability', University of California Press, 2002.

⁸ The 'Sharing City Seoul Project' was launched in 2012 to create new economic opportunities, to restore citizen-to-citizen relationships, and to reduce the wasting of resources. Sharing City includes 50 projects that provide people with an alternative to owning things they rarely use, and given grants to a number of these projects. For a brief overview See NESTA UK, 'Sharing City Seoul', available at: <https://www.nesta.org.uk/feature/10-people-centred-smart-city-initiatives/sharing-city-seoul/>. In 2016 the municipality of Seoul published its vision for becoming the world's leading digital city by 2020. The strategy has two core components: the first is empowering residents to be connected through technological devices; the second concerns the encouragement of city engagement through a voting system app.

to incorporate collaborative and distributed decision-making processes to catalyse innovative solutions to urban problems. Similar efforts have also been made in Chicago. In a recent publication with the “Innovation for Successful Societies” at Princeton University, Gabriel Kuris discusses some of the approaches that the municipality of Chicago, which in 2018 had won acclaim as a smarter city, developed to address challenges of fairness, and manage the societal implications of cutting-edge technologies¹⁰. These included the creation of civic, academic, and private-sector partnerships, and the favour for open-source data and software, which could be used and redistributed freely in order to lower barriers to collaboration and enable people outside government to independently pursue projects that used the data.

2. DIMENSIONAL, REGULATORY, FINANCIAL, AND RELATIONAL CHALLENGES TO INCLUSIVE URBAN MANAGEMENT

However, the quest for inclusive urban management is confronted by four challenges. The first is dimensional, the second regulatory, the third financial, and the fourth relational. From a dimensional perspective, inclusiveness is confronted by urban sprawl. In little over a century the number of people living in cities has tripled¹¹. In response, urban architects have taken steps to develop spatial structures within cities that support sustainability. However contemporary megalopolises remain characterised by

⁹ The Fab City Global Initiative (<https://fab.city/#intro>) is a distributed community of civic leaders, makers, urbanists and innovators working on shifting the industrial urban paradigm to one that better supports life on Earth. The roadmap was launched in 2011 in the city of Barcelona. In 2014 the municipality of Barcelona launched the FAB City project.

¹⁰ G. KURIS, ‘*Making a Smart city a Fairer City: Chicago’s Technologists Address Issues of Privacy, Ethics, and Equity 2011-2018*’, Innovations for Successful Societies, 2018, available at: https://successfulsocieties.princeton.edu/sites/successfulsocieties/files/Chicago_Smart%20Cities_Final%20SET_2_0.pdf.

¹¹ UN-HABITAT, ‘*World Cities Report 2016*’, available at: <http://wcr.unhabitat.org>.

profound cultural, social and economic tensions among residents. Reformist ideas – “new urbanism”, “compact city”, “smart growth” – have been proposed to encourage harmonious and inclusive urban development; but in reality, a unitary and transferable model for inclusive urban management sounds, at the very least, visionary. As noted in the 2018 Cities in Motion Index¹², the smartest cities in the world are grappling with the issue of social cohesion. In fact, when ranked on this specific benchmark, these cities place in the bottom of the ranking. Hence, the challenge for city managers: how to escalate civic engagement beyond the neighbourhood-level?

The dimensional perspective has regulatory implications. Urbanisation has scaled up city issues, making them more complex. Traditional bureaucratic problem solving is too slow, and not adequately designed, to address them on its own. In order to cope with regulatory issues, municipal bureaucracies have to be dynamic and adaptive, and capable of developing synergies between ideas and competences. Yet paradoxically, the replacement of traditional regulatory means with more innovative tools of urban governance has made regulatory outcomes less predictable. Commentators have pointed out the risk that new forms of inequality could arise. Digitally illiterate citizens and marginalised communities, for instance, are at risk of exclusion from participation. Here lies the problem: how to encourage innovation and avoid regulatory failure?

A third challenge is financial in nature. On the one hand, budgetary pressures, with public sector staff capacity at a historic low, have sped up the process of replacement of out-dated existing resource-intensive models with innovative tools of governance. Yet, innovative policy-making does not come without a cost. This includes the expense associated with designing, attracting experts, sampling, and communication. In a spending review rationale, promoting innovative forms of urban management to engage citizens in

¹² Center For Globalization And Strategy – Iese Business School, Cities in Motion Index, Barcelona 2018, available at <http://www.ieseinsight.com/doc.aspx?id=2124&ar=&idi=2&idioma=2>.

local decision-making may clash with the need to cut expenses. So the question arises: is low-budget innovation possible?

The fourth and last challenge to inclusive urban governance is relational. It is well known that the spread of electronic devices has radically lowered social interaction costs. A communication technology such as the Internet allows anyone to communicate information from any location simultaneously¹³. Technological progress has allowed citizens to interact via networks, reciprocate favours, build trust, engage in ‘connective action¹⁴’, and eventually turn into ‘communities of practice’ or ‘trust communities¹⁵’. Increased convergence, however, translates into higher expectations. Contemporary audiences are demanding, and public regulators struggle to keep pace with their requests. We have reached the point where government leaders blame citizens’ expectations as a key reason for the lack of trust in governments, complaining that the public expect them to solve all their problems.

3. CAN SMART CITIES BE INCLUSIVE?

The moment we combine these four challenges together, uncertainty arises: can a smart city be inclusive at the same time? It goes beyond the scope of this article to thoroughly delve into this question. My aim is to contribute to reflections on where the quest for inclusiveness is leading smart urban management. To this end, this article focuses on one specific form of innovative urban management: a combination of technology and fun design described as ‘gamification’.

¹³ A. LUPIA & G. SIN, ‘Which public goods are endangered? How evolving communication technologies affect the logic of collective action’, *Public Choice*, 117, 315-331 (2003).

¹⁴ On the concept of ‘connective action’, See L.W. BENNETT & A. SEGERBERG, ‘*The Logic of Connective Action Digital Media and the Personalization of Contentious Politics*’, Cambridge University Press, 2013.

¹⁵ I. WU, ‘*Forging Trust Communities. How Technology Changes Politics*’, Johns Hopkins University Press, 2015.

One may ask: why gamification and not another form of innovative urban governance? Two reasons motivate this choice: one realistic, the other ideological. Realistically speaking, the attention paid by public regulators (local, national, and supranational) to the motivational and behavioural effects of game mechanisms, and their ‘proceduralisation’ in policy-making, is unprecedented. The records show a dramatic expansion of gamification within the public sector. When the phenomena was first acknowledged by research and advisory firm Gartner in 2012, it forecasted that, within two years, more than 70% of the top 2,000 public organisations worldwide would have at least one gamified application in place¹⁶. Since 2013, the company has included gamification among their top-ranking prospects in the ‘Hype Cycle for Digital Government Technology’ – a cycle that identifies promising technologies for future social innovations¹⁷.

The second reason for highlighting gamification in testing the inclusiveness of smart cities is ideological. In the eyes of urban managers, gamification seems to offer an easy, inexpensive and potentially highly remunerative way of engaging demanding audiences while maintaining high levels of trust in the institutions. Obviously, it is a lot more problematic than it looks. The introduction of gamification in urban policy-making embodies a number of weaknesses, both practical and theoretical in nature. Gamification is a perfect exemplar of an ideologically charged policy-tool, which has benefited from (still) poor empirical testing. It is worth remembering that gamified governance’s legal, societal, political and cultural challenges remain unexplored. Few studies have attempted to determine what kind of capabilities public regulators must develop to leverage the benefits of gamification and deliver public outcomes effectively.

¹⁶ B. BURKE, ‘Gamification 2020: What Is the Future of Gamification?’, Gartner, 2012.

¹⁷ According to the 2014 Hype Cycle for Emerging Technologies, gamification has surpassed the ‘Peak of Inflated Expectations’ and is expected to reach the ‘Plateau of Productivity’ in the next five to ten years. Together with robotics, artificial intelligence, biometrics and data, (serious-) games are recognised among the technological paradigms that are shaping the evolution of public administrations.

The following paragraphs will review the use of gamification at the municipal level. After describing seven case studies of gamified urban governance, we will analyse three shared traits of these initiatives, namely: the structure, the design, and the purposes. This will give us the opportunity to discuss the (potential) benefits and (actual) drawbacks of gamification in urban environments. We will conclude by assessing the contribution that gamification is making to the evolution of smart cities. It will be argued that gamification offers a meaningful solution to more inclusive urban decision-making. But it will also warn about three common misconceptions in discourses on the future of smart cities. The first is the myth of inclusive technology; the second consists of the illusion of the democratic potential of games; finally, the third points at the downsides of regulatory experimentalism.

4. SEVEN CASES OF GAMIFIED URBAN GOVERNANCE

Our journey begins in the United States, in Raleigh, the capital of North Carolina. With a population of nearly 500,000, Raleigh is one of the fastest-growing cities in the United States¹⁸. In 2017, the municipality released a web-based 3D visualisation tool named InVision Raleigh. This tool allows urban designers and planners to develop and envision a variety of development scenarios within the urban environment. Users of InVision Raleigh can add potential buildings by defining location, height, width and orientation, and observe the resulting changes to the physical characteristics of city streets, shadow patterns and density. By using simple navigation tools, users can see how development (or other changes) in the use of land would impact the city. InVision Raleigh, currently in beta, has a stated goal: to lower the bar of citizen participation. To this end, the team of developers is currently at work to engage users with enhanced storytelling features about what the future urban environment could be designed to be¹⁹.

¹⁸ United States Census Bureau, '2017 Population Estimates', available at: https://factfinder.census.gov/faces/nav/jsf/pages/community_facts.xhtml#.

¹⁹ K. SIRK, 'Guest Blog: InVision Raleigh', Next Century City, 2017, available at <https://nextcenturycities.org/guest-blog-on-raleighs-invision-raleigh/>.

The second case – Macon Money – is located in Macon, the fourth-largest city of Georgia. Macon Money was initiated in 2011. Few simple rules governed this initiative. Over \$65,000 in free local currency was distributed among residents. This money, however, was locked in bonds – namely, the ‘money of Macon’ – redeemable for an unknown value between \$10 and \$100. The virtual currency depicted symbols of communal value, such as a picture of Otis Redding, a native of the town, and could only be spent at local businesses. Interestingly, each bond had been cut in half prior to circulation. Those who wished to cash their bonds were required to first find the missing half, held by an unknown community member. The organisers of the initiative had intentionally distributed the two halves of the bonds on opposite ends of the city, and across neighbourhoods with different socio-economic status. The idea was to encourage the residents of Macon, who would not normally interact, to rethink social boundaries, get to know each other, and to collaborate for a common purpose. Players could find each other and liaise through a dedicated website, or via social media platforms²⁰.

Third case: CityScore, in Boston, aggregates key performance metrics about the city into a single numerical score²¹. There are twenty-four metrics covering almost every aspect of city life, including energy consumption, crime, Wi-Fi availability, traffic and trash collection. It is not only cabinet chiefs, department heads, and city employees who are involved: the general public is also engaged in the process of improving CityScore, through sharing data and information they have, and with suggestions for additional metrics. Albeit Cityscore aims at positively impacting the entire urban area of Boston, it is strategically designed to arouse citizens’ interest at the neighbourhood level. Bostonians are encouraged to share the information they have about the areas of the city they know better, either

²⁰ S. VERHULST, ‘*Macon Money: A serious game for civic engagement*’, GovLab Digest, 2014.

²¹ For further details, See City Of Boston, CityScore, available at: <https://www.boston.gov/cityscore>.

because they live there, or because they work or spend their leisure time in those areas²². Since CityScore's public launch in January 2016, the city has held monthly performance meetings with the mayor to address issues highlighted by the scores. Improvements have followed – e.g. an 18% increase in streetlight outage repairs.

The fourth case, Bike Angels, was implemented in New York in 2015 (and later in Los Angeles) to solve a common issue of bike-sharing initiatives: the shortage of bicycles during rush hours. Asymmetric traffic demand causes imbalances in the availability of bikes, with bike-sharing stations empty or full, and customers unable to rent or return bikes. Typically, municipalities use trucks to redistribute the vehicles across stations. This solution, however, is slow at matching demand with offer, and it also impacts negatively on traffic congestion and air pollution. Through Bike Angels cyclists earn points by using or returning bikes at certain high-need stations. High scores are posted on a leader board. Points earned may be added up to free rides and other prizes. An algorithm continually updates the pattern of stations of which users earn points²³.

Moving on to South America. The fifth case is Gallinazo Avisa ('Vultures Warn')²⁴. Gallinazo Avisa was ideated in 2014, during the COP20 climate change summit held in Lima. The nearly nine million residents of Lima produce more than 8,000 tons of trash a day, totalling 240,000 tons each year. The city landfills are unable to accommodate

²² Something similar to CityScore has been experimented with in Chicago with the Array of Things initiative. Launched in 2016, the project consists of a network of interactive sensor boxes mounted on lamp posts to collect real-time data on Chicago's environmental surroundings and urban activity. When fully implemented, Array of Things will consist of 500 sensor boxes installed around the city. The data will be made available to anyone who is interested (residents, researchers, urban managers) who will be able to proactively monitor and engage with the data.

²³ H. CHUNG, D. FREUND, D.B. SHMOYS, '*Bike Angels: An Analysis of City Bike's Incentive Program*', COMPASS '18 Proceedings of the 1st ACM SIGCAS Conference on Computing and Sustainable Societies, 2018.

²⁴ For further details, See the official website of the initiative: www.galinazoavisa.pe.

such large amounts of waste. As a result, they only around 20% of waste is processed, with the rest ending up on the street or polluting the air and water. According to the World Health Organization Lima holds the unenviable record of worst air pollution of all Latin American cities. Gallinazo Avisá was created by the Peruvian Ministry of Environment, in cooperation with the US Agency for International Development, to respond to this critical situation. Ten vultures were equipped with a solar-powered GPS device and a GoPro camera attached to their chests. They were trained to track down garbage scattered throughout the streets of Lima. The pictures taken, together with the locations, were then published on an online map. Thanks to this initiative, the residents of Lima were informed about the pollution problem of their city; and they were encouraged to report areas with illegal dumping. Not long after the beginning of the initiative, citizens started to take their own photos and post it on the website of the initiative.

Our next cases take us to Europe and Russia, respectively. In 2017 the municipality of Turin, in Italy, inaugurated a web portal named ‘Decidi Torino’ (‘You choose Turin’). Based on the open-source software ‘Decide’ (developed by the municipality of Madrid²⁵), Decidi Torino is a participatory platform aimed at, first, fostering the direct engagement of the citizens of Turin in local decision-making and, second, at improving the transparency of the municipal administration²⁶. The platform is divided in three areas. The first one is dedicated to residents’ proposals. Once registered, users of the platform can present their ideas on issues regarding local public services, or about improving community life, and rate those of others by supporting or opposing them. Ideas that gather the support of at least 5,000 registered users are moved to the attention of the municipal administration for a cost-benefits analysis, prior to implementation (for which is

²⁵ Interestingly, also the municipality of Buenos Aires has used the same software to create Buenos Aires Elige. According to the city’s mayor, since its creation in 2017 more than 26,000 ideas have been proposed on the platform.

²⁶ The official website of the initiative is available at www.dedicitorino.it.

due political consensus in the municipal Council). Registered users may also participate in debates. Interestingly, the mechanism through which they can support or oppose ideas under debate are reminiscent of the Facebook ‘like’ and ‘dislike’ buttons. The third section of Decidi Torino consists of consultations on projects promoted by the municipal administration.

Seventh and last case is the Active Citizen app promoted by the Municipality of Moscow. Initiated in 2014 by the Moscow Mayor Sergey Sobyanin, Active Citizen allows Muscovites to vote on non-political city decisions, such as naming a new subway station, expanding bike lanes, supporting a band to play in a park, or setting the speed limits in urban areas. Under the motto “The city entrusts you to decide” the platform awards points for every vote casted by its users. Points can be redeemed with prizes available on an online store. The mechanism is simple: the more votes, the higher number of points (with city-wide votes afforded more points than district-level ones), and therefore the better prizes, including tickets for a ballet performance, a bestseller book, branded merchandise, or a breakfast with Moscow’s mayor. According to data released by the municipality of Moscow, thus far Active Citizen has worked successfully. Since its launch it has hosted nearly 2,800 polls, gathering 1,9 million users – with the most popular polls attracting an average of 500,000 citizens. At the end of 2017 the municipality of Moscow announced a pilot project to migrate the Active Citizen’s voting system to the blockchain. With the new system citizens’ answers will be threatened as a transaction, stored and sent to the network. A government-controlled node would be the sole authority voting on the validity of transactions within blocks. In a system that uses cell phone numbers to verify user identity, and in the case of a highly important poll, requires voters to provide certain passport data and to go through identification via state and municipal services platform, users’ anonymity will be protected through an unique ID assigned to each user.

5. THE PNYX AND THE AGORA

The seven cases of urban governance illustrated above have clear differences in duration, scopes, and outreach; they share, however, three common traits. The first is structural. The second relates to design, and more precisely with the use of fun-design

elements. This will be analysed in Paragraph 4. The third common feature (to be discussed in Paragraphs 5 and 6) concerns the two purposes of these initiatives: first, eliciting greater citizen responsiveness; and, second, collecting citizens' expertise to co-ideate solutions to urban issues.

In structural terms, all cases illustrated above present two, overlapping, virtual spaces. The first prepares citizens for debate – a function that in ancient Greece was performed by the agora²⁷. Typically, this is the task conferred on a forum for discussion incorporated in most participatory platforms, where citizens are encouraged to share their ideas on improving the city. Alternatively, this function may be performed by a blog. It is the case of Bike Angels. On the official blog of this initiative there is a space for users' profiles, a section dedicated to news, and a community space.

To be promoted to the phase of implementation, however, ideas need to be widely supported. This is served by the second virtual space: the Pnyx. In ancient Greece, this was a physical location with the scope of organising the visual attention required for decision-making. In the cases analysed in this article, it is exemplified metaphorically by the voting systems hosted by the respective websites. The Pnyx space can have different degrees of sophistication. In its most rudimentary form it comes with a section where users can share contents. Think as an example at the section of the website of Gallinazo Avisá that hosts the photographs taken by residents of Lima. The more elaborated the Pnyx space becomes, the more options are made available to citizens to interact, support ideas, and vote.

The combination of the functions performed by the two virtual spaces is aimed at fostering virtuous interaction among residents, and consequently making the municipal administration more accountable, and its policies more legitimate. Interestingly, this is the same approach that inspires Graham Smith's 'democratic innovations' theory. Democratic

²⁷ A. KAASA, J. BINGHAM-HALL & E. PIETROSTEFANI (eds.), *'Designing Politics: The Limits of Design'*, London School of Economics, 2016.

innovations, explains Smith, are institutions ‘that have been specifically designed to increase and deepen citizen participation in the political decision-making process²⁸’. The innovation is consequential to the fact that these institutions represent a departure from the traditional institutional architecture of advanced industrial democracies. Participatory budgeting, citizens’ assemblies, town meetings, online citizen forums, and direct legislation are all classifiable as democratic innovations, according to Smith’s taxonomy. Yet, to be classified as democratically innovative, concludes Smith, these institutions must possess two key features: the first is that they are designed to democratically engage non-organised or partisan citizens; the second is that they consist of institutionalised forms of participation, that is, they provide citizens with a formal role in policy, legislative or constitutional decision-making.

There are no doubts about the innovative potential of the initiatives described in this article; and about the fact that they incorporate democratically designed features. Yet the institutionalisation element is missing. Initiatives like City Score or Bike Angels pursue scopes that are ancillary to participation: informing citizens, for instance, or promoting civic culture. Even in cases where the goal of local administration seems to be that of fostering civic participation – as, for example, with Decidi Torino or Active Citizen – it may well be the opposite. In other words, these initiatives may serve the scope of “filtering”, or containing, further pressure from civic actors. We will discuss this point in the remainder of this article. For now, it is important to keep in mind the similarities, but also the differences, between innovative urban management and Smith’s democratic innovations.

6. POINTS, BADGES AND SCOREBOARDS

A second common feature of the initiatives analysed in this article concerns the design. In addition to the two virtual spaces for discussion and for deliberation, all seven

²⁸ G. SMITH, ‘*Democratic Innovations*’, Cambridge University Press, 2009.

cases make use of game-design elements. These include badges, points, levels, rankings, challenges, and virtual currencies. Fun-design elements are entrenched into the respective initiatives with the scope of making them more enjoyable, and therefore participated²⁹. According to some authors, the sense of playfulness occurs under three conditions: first, the perception of a non-trivial goal that can be reasonably pursued; second, the desire to pursue that goal under behavioural rules that differ from the behavioural rules that one would normally apply; third, the voluntariness of the decision to pursue that goal³⁰. Other scholars claim that a gameful system must contain at least some of the nine key features of games – namely: player, environment, rule, challenge, interaction, goal, emotional experience, quantifiable outcome, negotiable consequence³¹.

²⁹ S. DETERDING, D. DIXON, R. KHALED & L. NACKE, *'From game design elements to gamefulness: defining gamification'* in Proceedings of the 15th International Academic MindTrek Conference: Envisioning Future Media Environments, ACM Press, 2011; B. BURKE, *'Gamify: How Gamification Motivates People to Do Extraordinary Things'*, Bibliomotion, 2014.

³⁰ R.N. LANDERS, E.M. AUER, A.B. COLLMUS, M.B. ARMSTRONG, *'Gamification Science, Its History and Future: Definition and Research Agenda'*, 1 Simulations & Gaming 2018.

³¹ A.R. YOANNIS, *'Defining gamification: from lexical meaning and process viewpoint towards a gameful reality'*. Paper presented at the 2014 International Conference on Information Technology Systems and Innovation, Indonesia 2014.

The gamification of urban management combines the approach of ‘games with a purpose’ – i.e. systems that invite individuals to collaborate in performing tasks that require skills that humans possess better than computers (as, for instance, with the practice known as ‘image recognition’) – with the methodology of ‘serious games’ – that is, games aimed at teaching or training individuals to perform particular tasks. The balance between the two components, however, may vary. The users of Decidi Torino or Active Citizen, for example, are engaged as much to contribute to policy-making as to be informed about the initiatives promoted by their municipalities. With Macon Money, Bike Angels or Galinazo Avisá, on the contrary, the informational/training component is prevalent.

This clarified, it is important to keep gamified urban management separated from initiatives that pursue the same aim – i.e. citizens’ engagement – without using game-design elements. The New York University GovLab has listed one hundred examples of local legislatures and national parliaments that are experimenting with web-based initiatives to involve the public in legislative drafting and decision-making. The GovLab labels these initiatives ‘crowdlaw³²’. Some of the cases analysed in this article could be labelled as crowdlaw initiatives – Active Citizen is a case in point. Crowdlaw and gamified urban management, however, are not necessarily the same thing. The difference between the two lies precisely in the design approach.

To substantiate this point, let us look in more detail at a few non-gamified platforms: Parlement & Citoyens, Mi Senado, and Urna de Cristal. The French-speaking platform Parlement & Citoyens and the Colombian Mi Senado are based on the same logic. Users can provide inputs for legislative drafting, take part in one-time consultations (Parlement & Citoyens) or react and vote on parliamentary sessions in real-time (Mi

³² According to the GovLab, crowdlaw is distinct from any and all form of online engagement in that it focuses primarily on legislative bodies. Crowdlaw can refer to the full gamut of law-making activity, including legislation, regulation, constitution and even policy-making. For further details, see www.thegovlab.org/project-crowdlaw.html.

Senado). Through Urna de Cristal Colombian citizens can participate in online consultations, but also notify the government of grievances pertaining to any government department or agency. All these examples remain excellent cases of digitalised and innovative policy-making, but they lack a gamified approach. The rating system they incorporate, taken alone, does not sufficiently qualify. In properly gamified platforms there are several fun-design elements combined together. Take the examples of this article: we find a ranking system, a competition among participants, a sort of progression across “levels”, and prizes. It is due to these elements that we can classify these cases as gamified urban management.

7. GAMIFIED URBAN GOVERNANCE AND CIVIC CONSCIOUSNESS

The third and last common trait uniting the initiatives analysed in this article are the goals pursued by municipal actors. When experimenting with gamification, urban managers pursue two scopes: the first is to elicit greater citizen civic consciousness, the second consists of gathering citizens’ expertise into policy-making.

Let us begin with civic consciousness. We know that political participation and civic engagement are decreasing in all Western democracies. Approval ratings for democratic institutions are at near-record lows in several European and non-European countries. Analysts consider this ‘democratic recession’, as Larry Diamond called it³³, the new reality of democracies, rather than a momentary disruption of existing patterns. According to many, we have entered ‘the era of disbelief’, to quote a famous Washington Post article³⁴. Research shows that, compared with their national counterparts, local administrations are performing better on citizens’ trust. This is likely because of the direct

³³ L. DIAMOND, ‘Facing up to democratic recession’, *Journal of Democracy*, 26 (2015).

³⁴ ROBERT J. SAMUELSON, We entered the era of disbelief, *Washington Post*, February 26 2017, https://www.washingtonpost.com/opinions/the-era-of-disbelief/2017/02/26/e4fa3786-faac-11e6-be05-1a3817ac21a5_story.html?utm_term=.8410cc0aa953

interaction between residents and city council members³⁵. Yet local administrations are not strangers to the challenge of engaging local communities. According to a 2016 survey run by *Governing* magazine and *Living Cities* many cities struggle with following up on their efforts to engage residents with tech tools³⁶. Although 90% of the surveyed cities reported that they were using some kind of citizen engagement technology, 40% admitted that they needed to improve the ways they use that input. And even when citizens' inputs are actually used, 41% of respondents said that they lack regular communicative efforts to let residents know they made a difference³⁷.

Hence, the experiments with gamification in urban management. City managers look to redesign participatory processes in such a way that they become more captivating – thus fostering civil society engagement, tackle the decline of trust in the public sphere, and possibly even revive democratic legitimacy. Question in point: are we denying what we said few pages before, when we explained that local administrators with gamification may be aimed at limiting participation? Not necessarily. We could compare the hypothesis of gamified urban governance used to limit civic participation to Ricardo Blaug's 'incumbent democracy' – a form of democracy that is primarily interested in channelling, simplifying, and rationalising participatory inputs. This, in Blaug's vision, is opposed to 'critical

³⁵ J. MCCARTHY, 'Americans Still More Trusting in Local Over State Government', Gallup 2016, available at: <https://news.gallup.com/poll/195656/americans-trusting-local-state-government.aspx>.

³⁶ GOVERNING, 'Equip to Innovate', available at: <http://www.governing.com/equipt>

³⁷ Decide Madrid (the platform that the municipality of Madrid uses to consult residents, and that contains gamified elements) is a case in point. Since its launch, in 2014, the platform gathered thousands of policy proposals from residents; yet only two moved forward to be considered by the city council. For this reason, out of the 482 Madrileños surveyed by the municipality among those who had not registered on the platform, 11% judged participation in Decide Madrid pointless. See Municipality Of Madrid, *Acción de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid* (2015–2019), available at: www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/UDCMedios/noticias/2016/07Julio/05%20Martes/NotasdePrensa/DebateEstadoCiudad/ficheros/ACCIÓN%20DE%20GOBIERNO.pdf.

democracy’, which is characterised by increased participation and empowerment³⁸. Our claim is that such “distractive” forms of gamified urban governance do not completely exclude participation; they rather try to keep it under control. Local administrations are interested in fostering civic responsiveness, but are less willing to automatically translate citizens’ ideas and opinions into actual policies.

Graham Smith is clear on this point, when he explains that exclusion pervades much of democratic practices; and this is not necessarily due to design principles of innovation, he adds, but rather to the manner that sponsoring authorities enact democratic practices³⁹. The reasons for these choices, we claim, are very pragmatic. To reduce costs is one. Budgetary constraints limit public administrators’ freedom of action. Another reason may be efficiency, that is, to ensure that the number of participants in a certain policy-making process is manageable. A third, related, reason may consist of the attempt to attract only certain types of participants. Why would urban managers want to do that? The answer lies, again, in resource scarcity. Due to constraints in time and resources, public regulators cannot possibly speak to every interest group. A study authored by Thomas Bryer, Terry Cooper and Jack Meek supports this assumption. Bryer, Cooper and Meek explain that greater engagement of citizens drain resources from professional administrative work⁴⁰. The consequence is straightforward; regulators need to figure out which group most closely approximates the targeted constituency, and provide the most accurate representation of the interests and preferences of this particular societal segment.

³⁸ R. BLAUG, ‘*Engineering democracy*’, *Political Studies*, 50, 102-122 (2002).

³⁹ SMITH, *Democratic Innovations*.

⁴⁰ T.L. COOPER, T.A. BRYER & J.W. MEEK, ‘*Citizen-centered collaborative public management*’, *Public Administration Review*, 66 (2006).

One last question before moving to the second aim of gamified urban governance: does this ‘participatory makeover’ work⁴¹? Albeit some might criticise the notion that the legitimacy of democracies depends on real links between the public and public policies⁴², the majority of academics answers in the affirmative. A strong body of academic work points out the benefit that friendly and captivating designs may bring to civic engagement⁴³. With regard to gamification, Juho Hamari and Jonna Koivisto select three. The first is ‘utilitarianistic’ – users have an external goal and the purpose of the gamified service is to make the goal more efficiently attainable. The second is ‘hedonistic’: users are intrinsically motivated because they feel stimulated in their autonomy, competence and relatedness. A third consists of harnessing the ‘social benefits’ that are produced by interactions among users⁴⁴.

8. SYNERGIES BETWEEN IDEAS AND COMPETENCES

There is a second reason that motivates city managers to experiment with gamification: gathering the knowledge and skills provided by citizens and use it to deliver more informed decisions. The practice, known as policy-crowdsourcing, has developed only recently in the public sector. Crowdsourcing is an umbrella concept used to describe a model of distributed problem-solving and production that leverages the collective efforts of

⁴¹ The expression ‘participatory makeover’ was coined by C. HENDRICKS & A. KAY, ‘*From “opening up” to democratic renewal: Deepening public engagement in legislative committees*’, *Government and Opposition*, 1-27 (2017).

⁴² C.H. ACHEN & L.M. BARTELS, *Democracy for Realists: Why Elections Do Not Produce Responsive Government*, Princeton University Press, 2015.

⁴³ In particular, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (ed.), *Democratizing Democracy: Beyond the Liberal Democratic Canon*, Verso, 2005.

⁴⁴ J. HAMARI & J. KOIVISTO, ‘*Why do people use gamification services?*’ *International Journal of Information Management*, 35, 419-431 (2015).

online communities for specific purposes set forth by a crowdsourcing organisation, be it public or private⁴⁵. The primary general goals of crowdsourcing are cost saving and efficiency. Put simply, crowdsourcing helps organisations to handle tasks that would be difficult to perform without collective support.

Experiments with crowdsourcing in the public sector rely on the incentives that collective participation can produce. Expected benefits include better crisis management and enhanced fundraising for public investments. Not surprisingly, later experiments with crowdsourcing in policy-making included gamified elements, as an attempt was made to redirect the motivations of crowdsourcees from rational gain-seeking to self-purposeful and intrinsically motivating⁴⁶.

To better understand the motivations of citizens that are offered the opportunity to provide their expertise into urban management, we will refer to the concept of prosumerism and collective intelligence. The theory of prosumerism was coined in the 1980s to describe an emerging trend in consumers' choices. In a market in which the basic needs of consumers were already satisfied by mass production, companies initiated processes of mass personalisation through mass-producing highly personalised products⁴⁷. Prosumers participate both in the design (as producers) and in the consumption (as consumers) of products through mass customisation. All things being equal, prosumers of public policies contribute to the 'creation' of policies, the same policies that will affect their individual spheres.

⁴⁵ D.C. BRABHAM, 'Crowdsourcing as a model for problem-solving: An introduction and cases, *Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies*, 14.1, 75-90 (2008). See also J. HOWE, 'The rise of crowdsourcing', *Wired Magazine*, 1 June 2006.

⁴⁶ B. MORSCHHEUSER, J. HAMARI, J. KOIVISTO & A. MAEDCHE, 'Gamified crowdsourcing: Conceptualization literature review, and future agenda', *International Journal of Human-Computer Studies*, 106, 26-43 (2017).

⁴⁷ A. TOFFLER, *The Third Wave*, Bantam Books, 1984.

Co-creation develops through the active flow and exchange of ideas and information between and across citizens and public administrators. This flow facilitates both engagement and empowerment of civic actors in all stages of policy-making. To exemplify the case of prosumerism one can look at two examples. The first is called Making Sense. This is a European Union funded Project that has been experimented in Amsterdam, Barcelona and Pristina⁴⁸. The idea of Making Sense is to empower citizens through personal digital manufacturing and co-designing. Citizens affected by environmental issues, for example, produce sensors to collect data about pollution, and in a latter stage are used to coordinate collective action and awareness interventions. The second example is KStat, developed by the municipality of Kansas City to measure the city's progress towards achieving a citywide business plan. Citizens are involved in the monitoring of the progresses made by the administration on each of the performance indicators, and are enabled to suggest the use of additional data.

The concept of crowdsourcing is strictly related with that of collective intelligence⁴⁹. Public institutions that experiment in crowdsourcing, in fact, rely on the collective intelligence of experiment participants. Collective intelligence suggests that large groups of contributors that are appropriately independent, motivated and informed can collectively make better judgments than the individuals that make them up. Actually, the larger is the crowd, the better the chances of finding the correct solution to a problem. In 2010, a team of researchers in Zurich estimated that if a million individuals were to

⁴⁸ For further information, See the website of the initiative: <http://making-sense.eu>

⁴⁹ On collective intelligence, See J.B. SMITH, *'Collective Intelligence in Computer-Based Collaboration'*, Laurence Erlbaum Associates, 1994; C.R. SUNSTEIN, *'Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge'*, Oxford University Press, 2006.

contribute towards answering a problem via crowdsourcing, they would have a 97.7% likelihood of solving it correctly⁵⁰.

A number of empirical studies have assessed the idea of collective intelligence (or wisdom of the crowd) in deliberative processes. John Dryzek, for instance, writes of ‘citizen competence’ in his studies on citizen deliberation⁵¹. James Fishkin describes individuals composing citizens’ panels as ‘better informed and good at taking decisions’⁵². Similar conclusions are drawn by research conducted by John Gastil⁵³. Another author, Pierre Lévy, describes collective intelligence as an alternative source of power⁵⁴. Collective intelligence, according to Lévy, allows grassroots communities to respond effectively to public powers. In collective intelligence, explains Lévy, everyone knows something and nobody knows everything, thus it is the group as a whole that can tap into what any one person knows.

⁵⁰ T. BUECHELER, J.H. SIEG, R.M. FUECHSLIN & R. PFEIFER, ‘Crowdsourcing, open innovation and collective intelligence in the scientific method: A research agenda and operational framework’ in H. FELLERMANN ET AL. (eds.), *Artificial Life XII: Proceedings of the Twelfth International Conference on the Synthesis and Simulation of Living Systems*, MIT Press, 2010.

⁵¹ J.S. DRYZEK, A. BACHTIGER & K. MILEWICZ, ‘Toward a deliberative global citizens’ assembly’, *Global Policy*, 2 (2011).

⁵² J.S. FISHKIN, *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford University Press, 2011.

⁵³ J. GASTIL, *By Popular Demand: Revitalizing Representative Democracy Through Deliberative Elections*, University of California Press, 2000.

⁵⁴ P. LEVY, *Collective Intelligence: Man’s Emerging World in Cyberspace*, Plenum Trade, 1997.

9. THE MYTH OF INCLUSIVE TECHNOLOGY

We began this article with a question: can smart cities be inclusive? To answer, we first described seven cases of gamified urban management. We then reviewed the common traits of these initiatives, and explored the (expected) benefits that might arise from them. These benefits include enhanced attractiveness for residents to participate in urban governance, and in consequence the improved quality of urban policies due to the inputs provided by citizens. Our initial question, however, remains unanswered. In this concluding section, we move to analysing the most pressing issues related to the use of gamification in urban governance. There are three: the first includes the interdependent issues of digital division and exclusion; the second concerns the democratic potential of games; the third consists of the drawbacks of regulatory experimentalism. With these issues defined, we will go back to the questions raised in the introduction, and determine whether gamification is actually making cities smarter and more inclusive at the same time.

The first set of issues relates to technology. We previously mentioned the multiplication of opportunities for public institutions to communicate with their constituencies for brought about by new technologies. A large sector of academia has extolled the benefits of technology for democratic systems. Promoters of e-participation assumed that ‘going online’ would have lowered the threshold of political participation, with the consequence of more citizens participating to civic and political actions held online. Speculations were made on how quickly dictatorships would have been eradicated and cultures homogenised. Roger Cohen of the New York Times, for instance, declared Facebook founder Mark Zuckerberg to be the true leader of the protests spreading in North Africa⁵⁵.

⁵⁵ R. COHEN, ‘Facebook and Arab dignity’, New York Times, 24 January 2011, available at: www.nytimes.com/2011/01/25/opinion/25iht-edcohen25.html.

But technology can also be a source of risks for urban regulators experimenting with innovative tools of governance. There are two risks that are particularly important. The first is digital division. The second regards digital exclusion. Let us begin with the risks of digital division. Biases in availability may limit participation only to those with appropriate technologies, while leaving those without access out in the cold – a problem that scholars describe in terms of a ‘digital divide’⁵⁶. None of the cases of gamified policies are designed to engage both online and offline communities. Only Macon Money had a substantial base on offline activities. More generally in the field of gamified urban management, it is rare to encounter cases that are not entirely digitalised. Manor Labs provides an example of best practice. In 2009 the City of Manor, in Texas, partnered with the University of Stanford to foster the use of persuasive social and mobile technologies to increase constructive collaboration between citizens and the local government. Manor Labs received input from over 800 participants on its ideation platform and evaluated eighty ideas, of which five were implemented. Participants of Manor Labs were awarded with ‘Innobucks’, another type of virtual commodity. Just like the bonds distributed in Macon, the Innobucks could be used to receive discounts from local shops and restaurants, as well as more enjoyable activities, like a police ride-along, or a day as mayor of the city. To engage locals of all ages and without access to the Internet, the leader boards with the most voted proposals were published in local newspapers.

Indeed, as Internet penetration improves worldwide, concerns about the digital inequalities will become less pressing. At present, however, access to the Internet is far from being universal. Differences in access may reinforce existing political inequalities

⁵⁶ On digital divide, see P. NORRIS, *Democratic Phoenix: Reinventing Political Activism*, Cambridge University Press, 2003; B. BARBER, *Three scenarios for the future of technology and strong democracy*, *Political Quarterly*, 113:4, 573-589 (1998); L.E. CEDERMAN & P.A. KRAUS, *Transnational communication and the European demos* in R. LATHAM & S. SASSEN (eds.), *Digital Formations: IT and New Architectures in the Global Realm*, 1-35, Princeton University Press, 2005.

between social groups⁵⁷. We should never forget that even when access to the Internet is guaranteed, participatory rights are not a certainty. Twenty-seven percent of all Internet users live in countries where people can be arrested for having published or shared content online. In 2016, this happened in thirty-eight countries. A recent report of the MIT Media Lab identifies a number of perils related to the Internet, one being ‘exclusion’⁵⁸. There are certain groups – the LGBT community or indigenous people, for instance – that are systematically under-represented in (if not excluded by) online political and social discourses. In spite of what some may think, this is not a marginal issue. Now, considering the fact that less than 5% of the world’s population currently lives in a ‘full democracy’⁵⁹ – while nearly a third live under authoritarian rule – and that fundamental rights have diminished in almost two-thirds of the 113 countries surveyed for the 2018 Rule of Law Index, you can easily conclude that digital exclusion is a matter of global concern⁶⁰.

⁵⁷ B. BARBER, *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*, University of California Press, 1984. A recent investigation conducted by the non-profit Center for Public Integrity found that even though internet access in the US has improved in recent years, families in poor areas are almost five times less likely to have access to high-speed broadband than the most affluent American households. The study reveals that in the US families in neighbourhoods with a median household income below \$34,800—the lowest fifth of neighbourhoods nationally—are five times less likely to have access to broadband than households in areas with a median income above \$80,700—the top fifth. The full study is available at www.publicintegrity.org/2016/05/12/19659/rich-people-have-access-high-speed-internet-many-poor-people-still-dont.

⁵⁸ C. BARABAS, N. NARULA & E. ZUCKERMAN, *Defending Internet Freedom Through Decentralization: Back to the Future?*, MIT Media Lab Report, 2017.

⁵⁹ The Economist Intelligence Unit, *Democracy Index 2018*, available here: <https://infographics.economist.com/2018/DemocracyIndex>.

⁶⁰ World Justice Project, *Rule of Law Index 2017–2018*, available here: <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/wjp-rule-law-index-2017–2018>.

10. THE ILLUSION OF THE DEMOCRATIC POTENTIAL OF GAMES

As tempting as it may be to say that gamified governance is destined to revolutionise civil society participation in policy-making, we should keep in mind that games are far from being democratic. Game dynamics are designed and modelled to meet the needs and please the expectations of certain categories of users. Players are in competition with each other for most of the time they play.

The competition aspect, which characterises all the examples analysed in this article, is one of particular importance. Moving from the assumption that not every citizen is equally attracted by game-elements and competitive venues, we should conclude that gamified urban management may end up nurturing interactions only with certain types of citizens. A classic distinction is the one between ‘hard-core participants’ and ‘unqualified masses’⁶¹. Hard-core participants are people who participate a lot. Thanks to their commitment, they become extraordinary experts on specific issues and dominate participation. They are, however, a minority. Only those citizens with preferential access to three fundamental resources – time, money and knowledge – can be included in this category. The hard-core participant’s identikit is easy to sketch: male, college-educated, middle-aged and wealthier than the average citizen. Unqualified masses are on the opposite end of the spectrum. This is a large social group. It includes citizens who participate occasionally, who generally do not commit for long periods, and show little interest in engaging in conventional forms of participation. Unqualified masses include women, racial and linguistic minorities, and people with low-paid jobs and poor education. When we accept that gamified urban governance encourages competition among residents, we can only conclude that unqualified masses are at risk of exclusion, due to the lack of the necessary resources to engage in participation.

⁶¹ See, for instance, J. LERNER, *Making Democracy Fun: How Game Design Can Empower Citizens and Transform Politics*, MIT Press, 2014.

Let us look at the bright side: the separation between hard-core participants and unqualified masses is out-of-date and may be criticised on both logical and empirical grounds. The logical argument considers the sole quantitative criterion unrealistic to assess the willingness of citizens to participate. Confronted with a barrage of media (and, more recently, of scholarly) essays on the issue, it is easy to forget that gamification still generates a minute portion of participation in governance. A qualitative dimension, the logical argument goes, is also necessary. The empirical premise confirms this assumption. We know that several participatory platforms (both online and offline) are explicitly designed to trigger a response only when the number of participants reaches a pre-set benchmark. The higher the numbers of signatories of online petitioning initiatives, the more likely municipalities are to respond⁶². The criteria to define how many participants is 'enough', however, are subjective, and thus impossible to define a priori.

Two examples may help to clarify this point. The first is Active Citizen. Of the approximately eleven million residents of Moscow, nearly two million have participated in the polls administered through the platform since 2014. Not much, quantitatively speaking. But we know that the majority of participants are enthusiastic about the service and that the number of new participants is rising. The second example is provided by Decide Madrid, the participatory platform of the Spanish city of Madrid. The two ideas that in 2017 passed the 1% threshold set by the platform, collected approximately 27,000 votes each (Madrid has 2.7 million eligible voters). Shall we consider this an appropriate threshold? Interviewed on this topic, Miguel Arana, director of the Proyecto de Participación del Ayuntamiento de Madrid, explains why the 1% threshold is low only in appearance. Those who support a proposal are citizens who have shown a strong commitment throughout a

⁶² T. PEIXOTO & J. FOX, *When Does ICT-Enabled Citizen Voice Lead to Government Responsiveness?* World Development Report, 2016

long process: from registering, to reading proposals, up to supporting those they consider relevant, and informing other people about them⁶³.

What do these examples tell us? That breaking free from quantitative assessment is beneficial in three ways. First, it opens up to accepting, and classifying, sporadic participation as meaningful participation. Alongside citizens who have the resources (and the motivation) to impact on municipal policy-making, and beside those who neglect participating, there are citizens who activate only when they perceive a threat to their personal interests.

Second, it provides added value to the distinction between conventional and unconventional forms of participation. Using the binary distinction of hard-core participants/unqualified masses would lead us to consider only conventional participation as relevant. We know instead that these citizens engage in unconventional forms of participation, which in turn supports the assumption that they could be attracted by gamified forms of governance.

Third, and subsequently, escaping quantitative accounts paves the way to accepting that democratic systems are composed of multiple types of publics. In this respect, this paper agrees with Nancy Fraser's claim, in that it recognises, and favours, a 'multiplicity of publics' over a 'single public'. 'Subaltern counter-publics', as Nancy Fraser named them, are important too. These include minor voices that coalesce around common issues, circulate counter-discourses and formulate oppositional interpretations of issues⁶⁴.

⁶³ M. DESERIIS, '*Limits to the scalability of online participation in the 15-M and Podemos: An interview with Miguel Arana*', Scalable Democracy, 14 January 2018, available at <https://scalingdemocracy.net>.

⁶⁴ N. FRASER, '*Rethinking the public sphere: A contribution to the critique of actually existing democracy*', Social Text, 25/26, 56-80 (1990).

11. THE DRAWBACKS OF REGULATORY EXPERIMENTALISM

What if gamified governance does not bring about the expected results – whatever they are? Embracing failure as an integral (and binding) part of policy experimentation is the third challenge urban managers must overcome.

Policy labs are well aware of this and have developed solutions aimed at encouraging experimental collaboration, while limiting the risks of policy failure. One example is the New Urban Mechanics in Boston. This lab does not widely disclose the governmental entities involved in new initiatives. The idea is to make policy-makers less hesitant to engage in innovative behaviours. Others have focused on ways to help policy-makers accept, or even benefit from, failures. The Centre for Public Impact, a non-profit foundation funded by the Boston Consulting Group, has done excellent work to classify failures in the public sector and to identify functional responses to such failures. It distinguishes between two forms of policy failure. Productive failures are those resulting from genuine experimentation, in complex environments, where it is impossible to determine likely outcomes. In contrast, unproductive failures include instances where failing resulted from error, oversight or poor judgment, and is thus avoidable. The challenge for policy-makers is to maximise the productivity of failure and avoid unproductive failures. Maximisation of productivity, suggests the Centre for Public Impact, comes from a number of features. The first is that failures need to be front-loaded, in order to maximise learning opportunities. Explicit learning phases included into policy programmes, the Centre suggests, may help to encourage this mentality.

To maximise productivity, failure must also be adapted to a continuous learning approach. Re-adaptation is key. Michael Saward, a political scientist, posits that democratic devices show their full potential not when used in isolation, but when used in sequence (or combination) with each other. He calls this process of re-adaptation ‘sequenced innovations’. Empirical studies seem to confirm the validity of Saward’s intuition. One is the 2018 report published by a Danish governmental agency tasked with the role to foster creativity in the Danish public sector. The study (the first world’s nationwide survey on

government innovation) tells us that 73% of public sector innovations in Denmark are inspired (or copied) from others' solutions.

The same holds true for gamified governance. Decidim – the gamified participatory platform used by the municipality of Barcelona – is a case in point. A section of the platform hosts Metadecidim, where citizens can contribute to improving the portal for future initiatives in participatory decision-making. In so doing, Decidim is basically trying to self-generate. More broadly, the sharing of the free software-based technology, procedures and protocols used to gamify policies among different regulators may also be considered as re-adaptation. A third and final feature suggested by the Centre for Public Impact to maximise the potential of policy failures is that failing should be small—that is, failures should be experimented with smaller programmes, in order to decrease costs. The non-profit Nesta names this last feature 'beta' and describes it as a powerful idea to apply to public policy-making. Beta approaches to policy-making helps to transform failures and complaints into opportunities⁶⁵.

⁶⁵ J. CHRISTIANSEN, L. BUNT, *'Innovation in Policy: Allowing for Creativity, Social Complexity and Uncertainty in Public Governance'*, Nesta, 2012.

12. CONCLUDING REMARKS. RE-IMAGINING THE CONCEPT OF CIVIC ENGAGEMENT IN SMART CITIES.

Delving into gamified governance is like opening Pandora's box. What we have found has been both encouraging and deeply concerning. On the one hand, gamified urban management seems capable of nurturing civic engagement. However it comes with substantial costs in terms of accessibility which seems to hamper inclusiveness. Fun-designed incentives help municipal administrations to motivate citizens – yet paradoxically they may also deprive individuals of motivation.

We recognise that gamification alone in urban management is not a 'game-changer'. From evidence examined in this paper it seems that gamification has not yet had any real impact in advancing the quality and quantity of interactions among citizens and local administrations. Whether this remains the case will be revealed in time. In short, gamification, in combination with the right policy tools and cautionary approaches, could help local administrators to achieve concrete institutional changes.

This, however, will come at a cost – and we are forced to examine the true nature of civic engagement. Clicking 'like' for someone's idea, swiping left to dislike a project, or giving your municipality a five-star rating because it keeps the neighbourhood clean: this is, in a nutshell, the kind of engagement nurtured by gamified governance. But does it also count as genuine participation? Or shall we argue that insights from cases of gamified governance means that traditional definitions of democratic participation no longer hold? Opting for the former option is objectively unrealistic. Yet opting for the latter option

would implicitly lead us to admit that weaker, or simpler, forms of participation exist next to stronger, or more complex, forms of civic engagement – and thus accept that gamification, at best, nurtures a second-class civic spirit.

EXISTE-T-IL UN DROIT DE L'ÉNERGIE?¹

Philippe TERNEYRE² - Claudie BOITEAU³

INDEX

1. LE DROIT DE L'ÉNERGIE: L'APPARENCE D'UN ASSEMBLAGE DE DROITS

1.1. L'existence d'un corpus de règles

1.2. Des règles manquant de cohérence

2. LE DROIT DE L'ÉNERGIE: L'ÉMERGENCE D'UN DROIT D'ASSEMBLAGE

2.1. Des objectifs

2.2. Une codification structurante

2.3. Une régulation indépendant

2.4. Un débat doctrinal

La question peut sembler incongrue au vu du riche dossier consacré au droit de l'énergie par les deux dernières livraisons de la Revue française de droit administratif (RFDA) et dont les contributions révèlent, pour la plupart d'entre elles, l'importance

¹ Reproduction de l'étude paru sur la Revue Française de Droit Administratif, mai - juin 2017, p. 517-523

² Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

³ Professeur à l'Université Paris-Dauphine, Université de recherche Paris Sciences et Lettres

cruciale de l'énergie pour le développement des économies modernes ainsi que son utilité sociale.

Par sa présence même, ce dossier n'est-il pas alors une réponse à la question posée? D'ailleurs, n'y a-t-il pas désormais un code de l'énergie? Un incontournable « Dalloz Action » Droit de l'énergie⁴? Des recherches et des formations universitaires en droit de l'énergie? Des revues juridiques consacrées en tout ou partie à l'énergie⁵? Voire une Association française de droit de l'énergie (AFDEN). Quant aux réglementations encadrant les énergies, elles connaissent, ces dernières années, une progression exponentielle.

Mais le juriste ne se laissera toutefois pas leurrer par la multiplication de ces manifestations pour conclure trop hâtivement et mécaniquement à l'existence d'un véritable droit de l'énergie autonome. Il n'est donc pas inutile de se prêter à un exercice que d'aucuns jugeront peut-être trop académique. En effet, sans ignorer la vanité relative de la quête de l'existence d'un droit, il est souhaitable de ne pas renoncer à tout exercice de systématisation. Cette question existentielle est tout d'abord subordonnée à la réponse à une autre question: quel est l'intérêt théorique ou pratique de se poser la question de l'existence d'un droit de l'énergie si l'on postule qu'il n'existe, en droit interne, qu'un seul ordre juridique où aucune règle n'est indépendante des autres, car toutes articulées dans une seule et même hiérarchie des normes. Dit autrement, puisque, dans l'ordre juridique français (comme dans tout État de droit d'ailleurs), aucune branche du droit n'est autonome, pourquoi l'interrogation sur l'existence d'un droit de l'énergie ne serait-elle pas pure et vaine spéculation théorique?

⁴ P. SABLIERE, Dalloz 2014-2015.

⁵ Anc. Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz; Anc. Revue juridique de l'économie publique, LexisNexis; Revue Energie, Environnement, Infrastructures, LexisNexis; La revue de l'énergie, éd. Technip

Parfois, cette quête s'explique pour de mauvaises raisons. Il s'agit pour son auteur de justifier de l'existence même de son (nouveau) champ d'investigation ou, le plus souvent, de son souci de se séparer de certains de ses collègues. On sait que, en France, la science politique est née de sa séparation avec le droit constitutionnel, la criminologie avec le droit pénal ou la gestion avec l'économie. On sait que cette stratégie a, en règle générale, pour but de (d'auto) justifier la création d'un nouveau diplôme, d'un nouveau centre de recherche, d'une chaire particulière, d'une nouvelle section au Conseil national des Universités, etc.

Par-delà ces motivations – qui ne sont évidemment pas les nôtres –, la démarche tendant à déterminer si un droit sectoriel présente une certaine autonomie procède aussi d'un simple souci académique : un peu comme l'alpiniste gravit une montagne « parce qu'elle est là », le professeur de droit doit se demander, presque par conscience professionnelle (sinon personne ne le fera), si son champ particulier d'étude présente, en tout ou partie, un certain degré d'autonomie par rapport aux autres branches du droit (toujours sous réserve que le concept même de « branche » du droit ait un sens ou un intérêt autre que de permettre le découpage des enseignements dans les facultés de droit).

À cet égard, si beaucoup d'auteurs donnent une définition du droit qu'ils enseignent, qu'ils étudient, peu s'interrogent sur la question de savoir s'il s'agit d'une véritable « branche du droit », d'un « rameau » ou d'autre chose.

Au demeurant, certains auteurs vont jusqu'à nier le concept même de branche du droit. « À quel degré de généralité ou de spécificité s'arrête la construction d'une branche du droit? Quand y a-t-il branche principale ou branchillon secondaire ? » se demande par exemple M e Raymond Martin⁶. Maurice Cozian s'est essayé à démontrer l'absence

⁶ R. MARTIN, *Le droit en branches*, D. 2002. 1703

d'autonomie du droit fiscal, défendue par le doyen Trotabas⁷. Quant au professeur Denys de Béchillon, à qui était posée, à l'occasion du colloque fondateur de l'Association française de droit de l'énergie en 2008, la question de l'autonomie du droit de l'énergie, il répondait que si l'idée d'une autonomie absolue du droit de l'énergie n'a aucun sens (« aussi plausible qu'un rond carré »), celle de l'autonomie forte ou relative ne pouvait non plus être démontrée, sans doute parce que le droit ne se découpe pas en branches⁸.

En revanche, quelques auteurs et non des moindres, ont tenté d'isoler des éléments d'identification d'un droit/d'une branche du droit. Ainsi, dans le but de répondre à la question « Le droit économique existe-t-il? »⁹, le doyen Georges Vedel se proposait de suivre une démarche à la fois fonctionnelle et empirique. L'autonomie apparaît, estimait-il, « toutes les fois que l'application à une matière des principes et méthodes de raisonnement empruntés purement et simplement à une discipline existante conduit à des inexactitudes » ou bien « quand la matière considérée, bien que ne mettant en œuvre que des principes et méthodes empruntés à des branches existantes, en fait une sorte de combinaison chimique ayant un caractère de nouveauté ». Cette approche fonctionnelle se vérifie empiriquement, nous disait-il, si, « en se référant à une classification par objet », on a le sentiment que « l'on change (...) les solutions », alors on est face à une nouvelle discipline. En revanche, si cette référence ne révèle qu'« une simple juxtaposition de solutions dans la même matière », il convient de renoncer à chercher une discipline nouvelle¹⁰. Dans une démarche proche,

⁷ M. COZIAN, *Propos désobligeant sur une tarte à la crème: l'autonomie et le réalisme du droit fiscal?* RD fisc. 1999, n. 13, p. 530

⁸ Y a-t-il une autonomie du droit de l'énergie? », Contribution non publiée au colloque fondateur de l'AFDEN (2008), citée avec l'accord de l'auteur.

⁹ G. VEDEL, *Le droit économique existe-t-il ?*, Mélanges Vigreux, Université de Toulouse 1981, p. 766.

¹⁰ G. VEDEL prend l'exemple du droit du travail qui est « autre chose qu'une somme de solutions: il est un ensemble de principes de solutions, ce qui est bien différent ».

le professeur Pierre Delvolvé recherche l'existence du droit public de l'économie¹¹ dans le particularisme de la discipline qu'il relève à la fois dans une organisation publique spéciale et une action publique en matière économique révélant cette part de nouveauté, évoquée par Georges Vedel, et qui s'exprime au travers de caractères propres (phénomènes échappant à l'emprise de la volonté humaine ; adaptation des solutions juridiques à l'action publique économique ; diversité des solutions ; mobilité et spécificité des solutions). Quant au professeur Benoît Delaunay, auteur d'un novateur Droit public de la concurrence sur l'existence duquel il a été conduit à s'interroger, il soutient que, « pour qu'une nouvelle branche du droit apparaisse, elle doit regrouper un ensemble de règles autonomes, cohérentes se suffisant à elles-mêmes et s'affranchissant des règles du droit commun »¹².

De ces démarches, on peut alors déduire, sinon une méthode d'identification infaillible, du moins un faisceau d'indices que l'on empruntera aux auteurs mentionnés ci-dessus. Reste que, sans nier l'importance de ces indices dans l'identification d'une branche du droit, d'autres paramètres pourraient aujourd'hui, encore plus qu'hier, rendre vaine la recherche d'un particularisme affirmé d'une branche du droit en général et d'un droit spécial de l'énergie en particulier.

De fait, en raison du phénomène de « perméabilisation » ou « d'hybridation » des réglementations, d'une certaine globalisation des droits¹³ imputable à la mondialisation des économies et à l'influence du droit de l'Union européenne sur tous les droits économiques, on peut se demander si les indices classiques de l'autonomie des droits ne tendent pas à s'effacer au profit d'autres indices révélant de nouvelles cohérences, de nouveaux principes

¹¹ P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz 1998, p. 9 et p. 47 s.

¹² B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2015, n. 49.

¹³ P. LIGNÈRES et C. GAGEY, *La globalisation et le droit de l'énergie*, *Revue des juristes de Sciences Po*, n.8, nov. 2013.

directeurs, communs à des branches apparemment autonomes: qui peut, par exemple, croire que le droit des services publics évolue encore dans un (son) monde clos?

D'où notre démarche tendant à mettre en évidence, en première analyse, que le droit de l'énergie n'existe, en tant que tel, que comme un assemblage de droits, avant d'essayer, en seconde analyse, de montrer, comme pourrait le faire un bon œnologue, que ce droit existe peut-être sous la forme d'un droit d'assemblage.

1. LE DROIT DE L'ENERGIE : L'APPARENCE D'UN ASSEMBLAGE DE DROITS

Cette première partie n'est pas très difficile à mettre en évidence.

1.1. L'existence d'un corpus de règles

En apparence, donc, il n'est pas contesté qu'il existe un droit sectoriel de l'énergie, c'est-à-dire un corpus complet de règles (droit de l'Union européenne, lois, règlements...) qui s'applique à l'énergie, à toutes ses formes (traditionnelles comme nouvelles) et à toutes les séquences qu'elle implique (production, transport, distribution, fourniture). Il existe même un droit des marchés publics spécifique à l'énergie (définition des entités adjudicatrices chargées de réseaux d'énergie, catégorie de marché public global, critère de sélection des offres, ...).

Ce droit sectoriel, comme d'autres à caractère économique, trouve sa source dans les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) consacrées à « l'énergie » (art. 4 et 194) et les différents textes européens de droit dérivé (directives et règlements) consacrés au secteur énergétique (non seulement ceux relatifs à l'ouverture à la concurrence des marchés de l'énergie), dans de multiples lois françaises dont le titre renvoie d'ailleurs à « l'énergie » (lois de 1974 et 1980 sur les économies d'énergie, loi de 1996 sur l'utilisation rationnelle de l'énergie, loi de 2005 de programmation de la politique énergétique, loi de 2006 sur le secteur de l'énergie, loi de 2015 de transition énergétique, décret de 2016 sur la programmation pluriannuelle de « l'énergie »,...) et, aujourd'hui, dans un code de « l'énergie ». C'est par ailleurs une commission de régulation de « l'énergie »

(et non plus seulement, comme à l'origine, de l'électricité) qui est l'autorité administrative régulatrice du secteur.

En outre, comme les deux numéros de la RFDA consacrés au sujet le prouvent, la doctrine académique et professionnelle consacre désormais de très nombreux ouvrages et articles au droit de l'énergie¹⁴.

1.2. Des règles manquant de cohérence

Mais, en même temps, ce droit sectoriel de l'énergie peut être vu comme manquant de cohérence, d'unité, d'autonomie comme, au demeurant, d'autres droits sectoriels à caractère technique. Tout d'abord, lorsqu'apparaît une nouvelle énergie ou une nouvelle façon de produire de l'électricité, du gaz ou du pétrole, un encadrement juridique spécifique (voire une interdiction) semble toujours nécessaire plutôt que d'imaginer appliquer des règles déjà en vigueur pour d'autres formes d'énergie ou issues du droit commun des contrats, du droit de l'environnement, etc. (ainsi récemment pour la biomasse, le photovoltaïque, l'éolien, les biocarburants, la séparation de l'hydrolien de l'hydraulique...).

Ensuite, on ne peut pas dire du droit de l'énergie qu'il relève exclusivement, voire principalement, du droit public ou du droit privé: la compétence du juge dépend classiquement de la norme en cause, de ses auteurs ou de leurs destinataires, voire de la seule volonté du législateur, et non de l'objet traité.

¹⁴ Ainsi notamment des travaux exceptionnels de P. SABLIÈRE, *Droit de l'énergie*, Dalloz Action 2014/2015, ouvrage de près de 3 000 pages et, du même auteur, « Y-a-t-il un droit de l'électricité, CJEG, janv. 1999. Chron. 1; ainsi, également la tentative, hélas sans lendemain, de M. SCHLESINGER, auditeur au Conseil d'État, de créer à l'ancienne RJEP une chronique régulière sur le « Contentieux de l'énergie »); *Energies renouvelables et marché intérieur*, (dir.) C. BOITEAU, BRUYLANT, 2014; B. Le BAUT-FERRARESE et I. MICHALLET, *Traité de droit des énergies renouvelables*, Le Moniteur, 2 e éd. 2012.

Par ailleurs, malgré l'apport considérable de sa récente codification dans un « code de l'énergie », le droit de l'énergie reste éclaté entre plusieurs codes et diverses lois éparses : code général des collectivités territoriales pour les réseaux de distribution d'électricité et de gaz et pour les réseaux de chaleur ; code de l'environnement pour le nucléaire, les éoliennes, le stockage et les canalisations de gaz ; code de l'urbanisme pour l'installation de certaines infrastructures énergétiques ; code de la construction pour les rapports existant entre bâtiments et énergie, etc.

En outre, le droit de l'énergie est, comme le droit des télécommunications, de l'audiovisuel, ou du numérique, un droit d'une extrême complexité, vraisemblablement en raison de l'objet auquel il s'applique et des enjeux politiques, économiques et sociaux qui le sous-tendent, mais aussi parce qu'il est le fait, non pas de juristes roués aux principes généraux du droit, mais d'ingénieurs et d'administrateurs qui n'ont sans doute jamais fréquenté les bancs des facultés de droit : d'où un droit parfois illisible ou faiblement normatif, très bavard, très instable, qu'il s'agisse des lois ou des règlements, parfois très en retard par rapport aux délais imposés, voire défaillant (v. par ex., la réforme de l'hydroélectricité) et qui raffole des acronymes ou des expressions compréhensibles par quelques happy few (c'est l'objectif recherché) : Tartam, Turpe, ATRT et ATRD, TRV, CSPE, ARENH, barycentres, équilibrage, effacement, consommateurs électro ou gazo intenses,...

Enfin, si le droit de l'énergie – qui n'est pas traité par un juge particulier ou un juge unique – a incontestablement été, à l'occasion des divers recours formés contre les tarifs de vente des énergies ou ceux permettant le financement de la distribution et du transport d'électricité, à l'origine du développement de techniques contentieuses originales et performantes (enquêtes à la barre, contrôle de proportionnalité, office du juge, généralisation du contentieux de pleine juridiction,...), ces évolutions ont également été le fait de contentieux liés au droit des installations classées, au droit des communications électroniques ou au droit de l'audiovisuel.

Ce qui précède devrait alors conduire à renoncer à découvrir un véritable particularisme du droit de l'énergie permettant d'affirmer sans trembler son autonomie.

Cependant, dans une démarche sans doute moins ambitieuse mais aussi plus réaliste, il nous semble permis de percevoir au sein de la matière considérée les prémices d'un équilibre interne s'appuyant sur des complémentarités susceptibles de faire apparaître une sorte de droit d'assemblage.

2. LE DROIT DE L'ÉNERGIE: L'ÉMERGENCE D'UN DROIT D'ASSEMBLAGE

En œnologie, la finalité d'un bon assemblage est de réaliser une cohérence, un équilibre interne entre des cépages variés ou un même cépage provenant de parcelles différentes. En droit de l'énergie, la finalité de l'assemblage de ses composants est la même. De fait, on peut tenter de démontrer que si le droit de l'énergie existe, c'est parce qu'une savante alchimie est en cours de réalisation entre un ensemble de composants de nature variée, tels que des objectifs directeurs, une codification, une jurisprudence et un débat doctrinal, auxquelles les réglementations sectorielles mises en évidence précédemment trouvent alors à s'articuler.

2.1. Des objectifs

En premier lieu, le droit de l'énergie, tant interne qu'europpéen, poursuit des objectifs clairement affichés et qui en constituent le fondement.

En droit interne, la loi de programme relative aux orientations de la politique énergétique (POPE) du 13 juillet 2005¹⁵ a fixé des objectifs qui ont été sensiblement enrichis par la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015¹⁶. Ces objectifs sont codifiés aux articles L. 100-1 à L. 100-4 du code de l'énergie, insérés dans un titre préliminaire intitulé « Les objectifs de la politique énergétique », lui-

¹⁵ Loi n. 2005-781.

¹⁶ Loi n. 2015-992.

même placé en tête du livre premier consacré à «L'organisation générale du secteur de l'énergie ».

Ainsi, la politique énergétique est désormais guidée par sept objectifs. Tout d'abord, le lien établi dès 2005 entre énergie et compétitivité, s'inscrit dans la perspective d'une « croissance verte » (1°), définie comme « un mode de développement économique respectueux de l'environnement, à la fois sobre et efficace en énergie et en consommation de ressources et de carbone, socialement inclusif, soutenant le potentiel d'innovation et garant de la compétitivité des entreprises ». Ensuite, l'objectif de sécurité d'approvisionnement devra être réalisé dans le souci de réduire la dépendance aux importations (2°). Le caractère compétitif du prix de l'énergie doit permettre aux consommateurs de maîtriser leurs dépenses en énergie (3°). La politique énergétique doit préserver la santé humaine en luttant à la fois contre l'aggravation de l'effet de serre et les risques industriels majeurs (4°). Elle garantit par ailleurs la cohésion sociale et territoriale en assurant l'accès de tous à l'énergie (5°) et la lutte contre la précarité énergétique (6°). Enfin, elle contribue à la mise en place d'une Union européenne de l'énergie et anticipe ainsi le renforcement du cadre réglementaire européen (7°).

Si le caractère général de l'énoncé de ces objectifs a conduit les auteurs des saisines du Conseil constitutionnel, tant en 2005 qu'en 2015, à invoquer leur absence de normativité, le Conseil a rejeté le moyen en considérant que ces dispositions relèvent de la catégorie des lois de programmation par lesquelles le législateur détermine, en application du vingtième alinéa de l'article 34 de la Constitution, « les objectifs de l'action de l'État », en l'occurrence dans « le domaine énergétique », et à l'encontre desquels le grief tiré du défaut de leur portée normative ne peut être soulevé¹⁷. Mais, comme le souligne le

¹⁷ Cons. const., 13 août 2015, n° 2015-718 DC, Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, consid. 12, AJDA 2015. 1567; D. 2016. 1779, obs. L. NEYRET et N. REBOUL-MAUPIN; B. LORMETEAU: *La validation par le Conseil constitutionnel de la méthode de transition comme principe directeur de l'action publique dans le champ de l'énergie*, Constitutions 2015. 607.

professeur Véronique Champeil-Desplats, ces articles programmatiques à la « normativité douteuse, font souvent office d’utiles guides interprétatifs à l’usage des autorités d’application, qu’elles soient le juge ou l’administrateur chargé de définir les politiques publiques»¹⁸.

Dans cette perspective, les objectifs précités sont autant de principes directeurs encadrant et donnant du sens à une politique énergétique qui se traduira en dispositifs juridiques. Les pouvoirs publics sont alors invités à articuler la réglementation de l’énergie autour de la recherche d’une compétitivité économique respectueuse des attentes environnementales et sociales. On aura identifié là les trois piliers du développement durable, notion introduite en droit interne par la Charte de l’environnement et traduite en 2015 dans l’expression « transition énergétique », conçue telle « une transversalité programmatique de l’action publique»¹⁹.

Cette orientation est au demeurant clairement issue des objectifs de l’Union européenne en matière énergétique. À cet égard, on rappellera tout d’abord l’article 194 du TFUE qui fixe le cadre de la politique de l’Union dans le domaine de l’énergie, laquelle vise, « en tenant compte de l’exigence de préservation de l’environnement », à « assurer le

¹⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *N’est pas normatif qui peut. L’exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Nouv. Cah. Cons. const., 2007, n. 21.

¹⁹ B. LORMETEAU, *La validation par le Conseil constitutionnel de la méthode de transition comme principe directeur de l’action publique dans le champ de l’énergie*, Constitutions 2015. 607, préc.

fonctionnement du marché de l'énergie », « assurer la sécurité de l'approvisionnement », « promouvoir l'efficacité énergétique » et « promouvoir l'interconnexion des réseaux ». Ensuite, quand bien même l'objectif de protection de l'environnement est affirmé dès les premières directives de libéralisation des secteurs de l'énergie, c'est bien le « 3^e paquet Energie »²⁰ qui conjugue de manière plus volontariste que par le passé les objectifs de libéralisation des marchés et les préoccupations climatiques²¹. En témoignent par la suite, l'« Union de l'énergie »²² qui se décline en cinq « dimensions interdépendantes » (sécurité énergétique, intégration du marché européen, efficacité énergétique, décarbonisation de l'économie, recherche et compétitivité) et, enfin, le « paquet d'hiver », baptisé « Une énergie propre pour tous les Européens »²³, qui vise à réorganiser le marché de l'énergie afin de respecter les engagements pris par les signataires de l'accord de Paris sur le climat²⁴.

²⁰ Notamment directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité: directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz.

²¹ C. BOITEAU, *Mise en perspective des fondements internationaux et européens du droit de l'énergie renouvelable*, in *Energies marines renouvelables, Enjeux juridiques et socio-économiques*, dir. G. GUEGUEN-HALLOUËT et H. LEVREL, éd. Pédone, 2013, p. 7.

²² Paquet « Union de l'énergie », COM (2015) 80 final, 25 févr. 2015.

²³ Présenté par la Commission européenne le 30 nov. 2016.

²⁴ Avec l'Accord de Paris, l'Union européenne s'est engagée à réduire ses émissions de gaz à effet de serre de 40 % d'ici 2030. Elle s'était aussi fixée, par le « paquet énergie-climat 2030 », adopté par le Conseil européen en oct. 2014, l'objectif d'atteindre 20 % d'énergies renouvelables dans la production d'électricité en 2020, puis au moins 27 % en 2030, et de 20 % à au moins 27 % pour les économies d'énergie dans les mêmes délais.

Par leur transversalité économique et climatique, ces objectifs orientent ainsi globalement la réglementation en matière d'énergie et en assure la cohérence et l'harmonie, bien au-delà des seuls marchés de l'électricité et du gaz.

S'il est sans doute plus difficile de percevoir des principes directeurs au niveau constitutionnel, l'arrimage constitutionnel du droit de l'énergie n'est pas pour autant inexistant. La jurisprudence constitutionnelle relative aux services publics nationaux, élaborée en partie à propos d'entreprises du secteur de l'énergie, constitue un noyau dur des principes de gestion de certaines entreprises du secteur. Ainsi, c'est à propos de la privatisation de l'entreprise Gaz de France (GDF) que le Conseil constitutionnel a précisé la notion de service public national qui doit être, en vertu de l'alinéa 9 du Préambule de 1946, propriété nationale²⁵. Un tel service public, ainsi qualifié par le législateur, est identifié au travers d'un critère territorial – il est organisé au niveau national – et d'un critère organique – il est confié à une seule entreprise²⁶. Il résulte de cette interprétation que la participation majoritaire de l'État s'impose quand GDF conserve sa qualité de service public national par détermination de la loi²⁷. En revanche, la privatisation de GDF est conforme à la Constitution dès lors que le législateur lui a préalablement fait perdre son caractère de service public national en organisant l'ouverture totale à la concurrence et en imposant des obligations de service public à l'ensemble des opérateurs²⁸. Enfin GDF ne dispose pas

²⁵ «Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de l'État ».

²⁶ Cons. const., 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, Loi relative au secteur de l'énergie, AJDA 2007. 192, note G. Marcou; *ibid.* 473; *ibid.* 2006. 2437, chron. L. RICHER, P.-A. JEANNENEY et N. CHARBIT, note G. MARCOU; D. 2007. 1760, note M. VERPEAUX; *ibid.* 1166, obs. V. BERNAUD, L. GAY et C. SEVERINO; RFDA 2006. 1163, note R. de BELLESCIZE; *ibid.* 2007. 564, note A. LEVADE; *ibid.* 596, chron. T. RAMBAUD et A. ROBLOT-TROIZIER.

²⁷ Cons. const., 5 août 2004, n. 2004-501 DC.

²⁸ Décision n. 2006-543 DC, préc.

davantage d'un monopole de fait car le transport est ouvert à la concurrence, la distribution est également effectuée par les distributeurs non nationalisés, les activités de production et de stockage n'avaient pas été incluses dans la nationalisation, la fourniture n'est plus, à compter du 1^{er} juillet 2007, sous monopole et, le gaz constitue une énergie substituable²⁹.

Si le contrôle de constitutionnalité a posteriori n'a pas davantage fait naître de corpus constitutionnel de l'énergie au travers d'une appréciation spécifique des « droits et libertés que la Constitution garantit », une attention particulière aux principes environnementalistes susceptibles d'encadrer les réglementations sectorielles de l'énergie peut être observée, notamment au travers de la question prioritaire de constitutionnalité qui a conduit le Conseil constitutionnel à juger conformes à la Constitution les dispositions contestées de la loi visant à interdire l'exploration et l'exploitation des mines de gaz de schiste³⁰. Ce raisonnement a d'ailleurs été confirmé par la décision précitée n° 2015-718 DC³¹ où, à propos de la disposition de la loi relative à la transition énergétique tendant à plafonner la production d'électricité d'origine nucléaire, le Conseil constitutionnel estime que ce plafonnement ne portait pas atteinte au droit de propriété dans la mesure où les

²⁹ Décision n. 2006-543 DC, préc.

³⁰ Cons. const., 11 oct. 2013, n° 2013-346 QPC, Société Schuepbach Energy LLC, AJDA 2013. 2005; D. 2013. 2344; *ibid.* 2586, point de vue F. LAFFAILLE; *ibid.* 2014. 104, obs. F. G. TRÉBULLE; *ibid.* 1844, obs. B. MALLET-BRICOUT et N. REBOUL-MAUPIN: le Conseil constitutionnel juge les dispositions contestées de la loi n. 2011-835 du 13 juillet 2011 visant à interdire l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux par fracturation hydraulique et à abroger les permis exclusifs de recherches comportant des projets ayant recours à cette technique conformes à la Constitution et, ce faisant, écarte les griefs tirés de la méconnaissance de l'égalité devant la loi, de la liberté d'entreprendre, du droit de propriété et des principes consacrés par les articles 5 et 6 de la Charte de l'environnement ; Cons. const., 7 mai 2014, n° 2014-395 QPC, Fédération environnement durable et autres: affirmation de la soumission au principe de participation du public, issu de la Charte de l'environnement, de l'élaboration du schéma régional du climat de l'air et de l'énergie, AJDA 2014. 954; D. 2014. 1043; Constitutions 2014. 186, chron. P. Lutton.

³¹ Note 14

autorisations d'exploiter des installations de production déjà délivrées « ne sauraient être assimilées à des biens objets pour leurs titulaires d'un droit de propriété » (consid. 56). Il a néanmoins exprimé une réserve en estimant que « les dispositions contestées ne font pas obstacle à ce que les titulaires d'autorisations de création d'installations nucléaires de base déjà délivrées au jour de l'entrée en vigueur de la loi déferée, privés de la possibilité de demander une autorisation d'exploiter une installation pour laquelle ils disposent d'une telle autorisation de création ou contraints de demander l'abrogation d'une autorisation d'exploiter afin de respecter le plafonnement institué par l'article L. 311-5-5, puissent prétendre à une indemnisation du préjudice subi » (consid. 59).

2.2. Une codification structurante

En deuxième lieu, le droit de l'énergie a fait l'objet d'une codification structurante. Annoncé dès avant la Seconde Guerre mondiale³², le code de l'énergie a finalement vu le jour, dans sa partie législative, en 2011³³, puis a été complété par l'adoption de sa partie réglementaire en 2015³⁴. Certes, l'attente d'un code, qui aurait à lui seul fait apparaître l'autonomie d'une discipline, ne pouvait qu'être déçue, la codification ayant, avant tout, pour but l'accessibilité et l'intelligibilité des règles de droit, objectif de valeur

³² P. SABLIERE, *Quel code pour le droit de l'énergie*, AJDA 2008. 1302.

³³ Ord. N. 2011-504 du 9 mai 2011.

³⁴ Décret n. 2015-1823 du 30 déc. 2015 relatif à la codification de la partie réglementaire du code de l'énergie.

constitutionnelle³⁵. Quant au plan d'un code, s'il fait l'objet d'une attention particulière, il ne peut révéler ce qu'il n'a pas vocation à produire. En effet, un standard de codification conduit à regrouper en début de code les principes généraux régissant la législation considérée, les règles relatives à l'organisation et aux institutions, ainsi que les dispositions communes aux régimes juridiques, codifiés dans les livres suivants.

À cet égard, le code de l'énergie ne déroge pas à cette organisation. Il conjugue un plan horizontal, présentant dans deux premiers livres, l'organisation générale du secteur de l'énergie puis les mesures en faveur de la maîtrise de l'énergie et le développement des énergies renouvelables, et un plan vertical, traitant en cinq livres des principales énergies (électricité, gaz, pétrole, hydraulique, réseaux de froid et de chaleur), les livres consacrés à l'électricité et au gaz étant hypertrophiés. Les faiblesses de cette structure n'ont pas manqué d'être soulignées³⁶. La cohérence du livre deuxième ne saute pas aux yeux d'autant plus qu'un livre est consacré à l'hydraulique, première énergie renouvelable. Les arbitrages effectués, politiques notamment³⁷, n'ont pas favorisé la définition d'un périmètre susceptible d'identifier clairement les contours de la législation de l'énergie. Aussi est-il difficile de se satisfaire, à l'heure où plus de 70 % de la production d'électricité est

³⁵ Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC, *Loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, AJDA 2000. 31, note J.-E. SCHOETTL ; D. 2000. 425, obs. D. Ribes ; Dr. soc. 2002. 379, étude E. MARIE ; RTD civ. 2000. 186, obs. N. MOLFESSIS ; Cons. const., 17 janv. 2008, n° 2007-561 DC, *Loi ratifiant l'ordonnance n. 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail*, AJDA 2008. 851, étude D. LABETOULLE ; D. 2008. 2025, obs. V. BERNAUD et L. GAY ; Dr. soc. 2008. 424, note V. BERNAUD.

³⁶ P. SABLIERE, *Un code en manque d'énergie*, AJDA 2011. 1427 ; R. PEYLET, *Le code de l'énergie*, RFDA 2011. 905 ; C. BOITEAU, *Le code de l'énergie: entre urgence mal contrôlée et choix politique discutable*, AJDA 2011. 1169.

³⁷ R. PEYLET, *op. cit.*

d'origine nucléaire, que les trois importantes lois qui traitent du nucléaire³⁸ aient été exclues du code de l'énergie au profit du code de l'environnement, le code de l'énergie se résignant à accueillir le seul dispositif de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH), issu de la loi sur la nouvelle organisation des marchés de l'électricité (loi NOME) du 10 décembre 2010³⁹. D'autres exemples pourraient être cités, tel que celui, ultra-sensible, des dispositions applicables au personnel des industries électriques et gazières, qui y sont évoquées mais non réunies en totalité dans le code de l'énergie⁴⁰. En conséquence, il serait bien audacieux de soutenir qu'en contrepoint de cette structure « amputée », « déséquilibrée » ou « hypertrophiée », apparaîtrait le droit de l'énergie recherché.

Cependant, cette structure disgracieuse n'est pas sans effet. Certes, l'importance des livres consacrés à l'électricité et au gaz conjuguée à celle que prennent, dans le livre premier, les principes régissant les secteurs de l'énergie – qui concernent, essentiellement, les secteurs de l'électricité et du gaz – fait apparaître la cohérence d'un droit de l'électricité et du gaz. Cette cohérence, qui provient directement de la transposition du 3^e paquet énergie régissant la libéralisation des deux secteurs, conduit à distinguer un droit de l'électricité et du gaz se structurant sous l'influence du marché libéralisé. Ce constat faisait d'ailleurs écrire à la présidente Marie-Dominique Hagelsteen « qu'il aurait peut-être été plus pertinent de se consacrer à un code de l'électricité et du gaz! »⁴¹. Toutefois, plus optimiste, Mme le Conseiller d'État Paquita Morellet-Steiner estime que « le nouveau code

³⁸ Loi n 68-943 du 30 oct. 1968 relative à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire ; loi n o 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire ; loi n o 2006-739 du 28 juin 2006 relative à la gestion des matières et déchets radioactifs.

³⁹ Loi n 2010-1488 du 7 déc. 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité.

⁴⁰ R. PEYLET, op. cit.

⁴¹ M.-D. HAGELSTEEN, *Un code pour le droit de l'énergie*, RJEP, janv. 2012.

confirme l'existence d'un droit de l'énergie au corpus homogène et original»⁴² grâce à l'unification de lois sectorielles successives, la clarification et l'ordonnancement d'un corpus de dispositions qui se caractérisaient par « une stratification sans cohérence » et « une sédimentation des textes ». On peut en définitive considérer que ce code, par sa structure, certes aujourd'hui déséquilibrée, et les objectifs qu'il contient, préserve le développement à venir du droit de l'énergie et en constitue en quelque sorte la charpente.

2.3. Une régulation indépendante

En troisième lieu, on peut affirmer que la discipline s'est structurée sous l'effet d'une régulation indépendante. Il peut paraître étonnant de rechercher dans la mise en œuvre de la régulation des marchés de l'énergie des indices de l'autonomie d'un droit de l'énergie. En 2008, le professeur Denys de Béchillon écartait d'ailleurs cette piste, considérant, d'une part, que les autorités administratives indépendantes ne sont rien d'autre que « des organes administratifs de l'État, assujettis à la légalité ordinaire, et soumis à une forme assez banale de contrôle juridictionnel » et, d'autre part, que la « définition économique de la régulation (...) ne permet (pas) de penser qu'elle suffise à établir une spécificité d'essence, surtout sur le plan juridique »⁴³.

Certes, la Commission de régulation de l'énergie (CRE), simple autorité administrative indépendante, a pour mission de réguler, d'une part, les réseaux d'électricité et de gaz et, d'autre part, les marchés de l'électricité et du gaz. Si ce champ de compétence est vaste, il n'englobe pas pour autant l'ensemble des énergies. En outre, la loi du 20

⁴² P. MORELLET-STEINER, *De la loi du 15 juin 1906 au code de l'énergie: l'avènement du droit de l'énergie*, RJEP, janv. 2012.

⁴³ «Y a-t-il une autonomie du droit de l'énergie? », Contribution non publiée au colloque fondateur de l'AFDEN (2008), citée avec l'accord de l'auteur.

janvier 2017 portant statut des autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes⁴⁴ vient au renfort de la position du professeur Denys de Béchillon. En effet, en procédant à une uniformisation des statuts des autorités visées et surtout, en les soumettant à un contrôle parlementaire systématisé, la loi tend à rétablir à leur endroit le contrôle démocratique que le Parlement exerce, au travers du contrôle sur le gouvernement, sur les administrations publiques soumises au principe de subordination hiérarchique. La loi nouvelle banalise ainsi les autorités administratives indépendantes.

Toutefois, la spécificité de la fonction de régulation exercée par ces autorités, mise en lumière par la jurisprudence récente, mérite une attention renouvelée.

En effet, s'il convient, à la suite de Georges Vedel, d'être prudent et de reconnaître que « ce n'est pas parce qu'une législation ou une réglementation donne à la jurisprudence l'occasion d'avancer ou de se préciser qu'elles constituent une discipline nouvelle (...), il est tout de même topique », observait-il, « que la matière économique qui, si longtemps, intimida ou ennuya le juge administratif, lui ait fourni la démonstration pratique de la nécessité d'étendre son contrôle »⁴⁵.

Or une démarche comparable du juge peut être observée à propos de la réglementation dans le secteur de l'énergie. À cet égard, M. Schlesinger a lumineusement démontré, au travers d'une étude sur la jurisprudence relative aux tarifs réglementés de gaz et d'électricité⁴⁶, comment le juge administratif s'est saisi de la matière pour dépasser son

⁴⁴ Loi n° 2017-55 du 20 janv. 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

⁴⁵ Art. préc. p. 778

⁴⁶ M. SCHLESINGER, *Contentieux de l'énergie. La fixation des tarifs réglementés et le juge des marchés régulés*, RJEP déc. 2012, ét. 8.

rôle de « strict garant de la légalité »⁴⁷ et inventer « un office original de juge du marché régulé, qui contribue à l'évolution du cadre juridique, au fonctionnement du marché et à l'organisation de la régulation »⁴⁸. « Le juge administratif participe donc à la fois à l'élaboration des règles qui régissent le marché de l'énergie et au contrôle de son bon fonctionnement, notamment sur le plan concurrentiel »⁴⁹ et contribue indéniablement à l'émergence d'un droit des marchés de l'énergie régulés.

D'ailleurs, par elle-même, la fonction téléologique de la régulation économique favorise peu à peu l'émergence d'un corpus de principes, d'objectifs et de règles. En effet, en accompagnant l'organisation et le fonctionnement des marchés dans l'objectif d'instaurer et de maintenir un équilibre optimal, fondé sur un objectif concurrentiel ainsi que sur d'autres objectifs d'intérêt général, qui pourraient être réunis sous la bannière de l'ordre public économique⁵⁰, la fonction de régulation conduit les autorités qui en sont chargées à développer une réglementation sectorielle et une « jurisprudence » finaliste.

À cet égard, la palette de pouvoirs dont dispose la Commission de régulation de l'énergie, qui va de pouvoirs de décision, d'approbation ou d'autorisation à un pouvoir de sanction, en passant par celui de règlement des différends, lui permet de modeler le droit des marchés régulés du gaz et de l'électricité. Le pouvoir de règlement des différends est d'ailleurs assez topique. Ainsi, à propos de ce pouvoir dont dispose également l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER), la cour d'appel de Paris a jugé

⁴⁷ Ibid

⁴⁸ Ibid

⁴⁹ Ibid

⁵⁰ Th. Pez, « L'ordre public économique », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2015, n. 49, p.43.

que l'autorité de régulation dispose d'un pouvoir normatif autonome dans le cadre de la procédure de règlement d'un différend⁵¹.

Enfin, la systématisation des conditions d'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre l'ensemble des actes de droit souple édictés par « les autorités de régulation » parachève l'évolution de l'office du juge de la régulation, qui prend ainsi l'exacte mesure de cette forme de normativité dans le domaine économique⁵² et, ce faisant, confirme que la régulation économique nécessite l'extension de son contrôle comme ce fut le cas pour la réglementation économique. Dès lors, la délibération de la CRE portant approbation de la conclusion de contrats entre fournisseurs d'électricité et gestionnaires de réseaux de distribution, se présentant comme une « communication », est désormais susceptible de recours⁵³.

Au total, ressortent tant de l'exercice des pouvoirs de l'autorité de régulation que du contrôle exercé par les juges judiciaire ou administratif, les ferments d'un corpus cohérent de règles encadrant les marchés libéralisés de l'électricité et du gaz.

2.4. Un débat doctrinal

Enfin, le débat doctrinal mérite une place privilégiée parmi les facteurs d'émergence d'un droit de l'énergie. Dans un secteur aussi technique et disparate (quel est

⁵¹ CA Paris, 17 déc. 2015, 2014/17660, 2014/17680, 2014/17688 et 2014/17695 ; Paris, 9 mars 2017, 2015/16315.

⁵² CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, Société NC Numéricable et Société Fairvesta International, Lebon p. 88, concl. V. DAUMAS; AJDA 2016. 572; *ibid.* 717, chron. L. DUTHEILLET de LAMOTHE et G. ODINET; D. 2016. 715, obs. M.-C. de MONTECLER; AJCA 2016. 302, obs. S. PELÉ; Rev. sociétés 2016. 608, note O. DEXANT - de BAILLIENCOURT; RFDA 2016. 497, concl. S. VON COESTER; RTD civ. 2016. 571, obs. P. DEUMIER; RTD com. 2016. 298, obs. N. RONTCHEVSKY; *ibid.* 711, obs. F. LOMBARD.

⁵³ CE, sect., 13 juill. 2016, n° 388150, Société GDF Suez, Lebon p. 384; AJDA 2016. 1481; *ibid.* 2119, note F. Melleray.

le lien/ le fil rouge qui relie les tarifs réglementés du gaz, le modèle concessif de la distribution ou le droit minier?), il revient à la doctrine, universitaire notamment, d'occuper « la place centrale » que lui reconnaît le professeur Jacques Chevallier « dans la constitution et le fonctionnement des différentes disciplines juridiques »⁵⁴. N'est-elle pas la mieux à même de nourrir cette « dynamique d'évolution (...) indissociable de l'évolution du contexte politique et social »⁵⁵ qui sous-tend les disciplines juridiques ? Ne lui appartient-il pas, dans sa « fonction de légitimation »⁵⁶, de faire apparaître la cohérence du droit de l'énergie et donc son existence ?

À cet égard, il ne fait guère de doute que la prise de conscience collective (au plan national comme international) de l'utilité vitale de la transition énergétique, qui consiste à réduire la consommation d'énergie et à rééquilibrer le mix-énergétique, a nécessairement des conséquences sur les règles de droit qui président à cette transition. L'existence du droit de l'énergie résiderait alors, non pas dans ses règles propres, mais dans sa finalité sociale, consistant, non pas à sauver le monde comme un super héros, mais au moins à régler spécifiquement des phénomènes pouvant affecter l'avenir de l'espèce humaine.

En outre, ce débat doctrinal s'inscrit aujourd'hui dans l'évolution de la recherche en droit qui, dans certains domaines, associe les disciplines de sciences et techniques aux disciplines de sciences humaines et sociales, la société civile et le monde des entreprises.

⁵⁴ J. CHEVALLIER, *Ce qui fait discipline en droit*, in *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit* (dir. F. Audren et S. Barbou des Places, Lextenso éditions, Coll. Contextes. Culture du droit, 2017 (à paraître)).

⁵⁵ Ibid

⁵⁶ PH. JESTAZ et CH. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2003, p. 245

Née sous l’impulsion des financeurs publics de la recherche (nationaux comme européens), cette évolution est omniprésente dans le domaine de l’énergie et se justifie par la nécessité, pour le lauréat de ces appels à projets, d’innover dans tous les domaines – notamment dans celui des solutions juridiques – afin d’éclairer les pouvoirs publics sur les directions à prendre⁵⁷.

* * * *

Arrivés (?) au terme de cette démarche interrogative sur l’existence d’un droit de l’énergie – qui n’avait rien d’hédoniste malgré son emprunt à la science du vin –, quelles conclusions provisoires peut-on alors en tirer? Tout d’abord, et assurément, qu’il n’existe pas un droit de l’énergie autonome, déconnecté de la hiérarchie générale des normes, doté d’instruments juridiques spécifiques et dont les différends se résoudraient tous devant un juge spécifique.

Mais, ensuite, et tout aussi assurément, qu’il existe bien un corpus de règles de plus en plus complet relatif au droit de l’énergie, désormais codifiées, animées par des objectifs communs d’origine communautaire et nationale, mises en œuvre par un régulateur indépendant, proactif et innovant et questionnées par une doctrine qui n’a plus rien de confidentielle. De cet ensemble se dégage donc une finalité sociale et économique traduite dans la transition énergétique, qui pourrait alors fonder l’existence du droit de l’énergie.

Devant ce constat, d’aucuns pourraient objecter à notre interrogation initiale « Tout ça pour ça? ». Peut-être. Mais en commençant notre démarche d’alpiniste, on ne savait pas vraiment ce qu’il y avait au sommet de la montagne. D’où maintenant notre souhait que d’autres chercheurs curieux explorent toutes les faces du droit de l’énergie, et par des voies autrement plus difficiles.

⁵⁷ Grand merci à AURÉLIE LAUNAY, ingénieur d’étude, responsable projet et pilotage au centre de recherche « Pau Droit Public », pour ces différents éléments de langage relatifs à l’enjeu sociétal du droit de l’énergie.

**LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS. SU NATURALEZA JURÍDICA
PRIVADA Y SU PERSONALIDAD JURÍDICA DIFERENCIADA¿REALIDAD O
FICCIÓN¹?**

Carmen CHINCHILLA MARÍN²

INDEX

RESUMEN

1. PLANTEAMIENTO

**2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS SOCIEDADES
MERCANTILES PÚBLICAS**

**3. EL RÉGIMEN JURÍDICO-ADMINISTRATIVO AL QUE ESTÁN
SOMETIDAS LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS**

3.1. Procedimiento y régimen de los actos administrativos

3.2. Contratación pública

3.3. Bienes públicos

3.4. Empleo público

3.5 Responsabilidad extracontractual

**4. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES
MERCANTILES PÚBLICAS: ¿REALIDAD O FICCIÓN?**

*4.1. La búsqueda de la respuesta en los pronunciamientos del Tribunal
Constitucional y del Tribunal Supremo*

¹ Reproducción de l'artículo publicado en la Revista de Administración Pública, núm. 203, mayo-agosto (2017), págs. 17-56.

² Catedrática de Derecho AdministrativoUniversidad de Alcalá

4.2. La búsqueda de la respuesta en la legislación administrative

5. REFLEXIÓN FIN ALA LA LUZ DE TODO LO EXPUESTO, ACERCA DE UNA CUESTIÓN PRÁCTICA: ¿DEBE O NO RESPONDER LA ADMINISTRACIÓN MATRIZ POR LAS DEUDAS DE SUS SOCIEDADES MERCANTILES?

- 1. Resumen de los pronunciamientos de la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa sobre la cuestión.*
- 2. Una propuesta de solución al problema planteado.*

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto reflexionar sobre las sociedades mercantiles públicas, desde una doble perspectiva. En primer lugar, la de si, a pesar de su naturaleza privada, se rigen, realmente, por el derecho privado. Y, en segundo lugar, si su personalidad jurídica es, verdaderamente, una personalidad propia y diferenciada de la de la Administración matriz. La falta de rigor y coherencia en la regulación de estas entidades plantea, en la práctica, numerosos problemas, entre los que destaca el de la posible responsabilidad subsidiaria de la Administración matriz por las deudas de sus sociedades.

Palabras clave

Sociedades mercantiles públicas; derecho aplicable; significado de la personalidad jurídica; responsabilidad de la Administración matriz.

.

1. PLANTEAMIENTO

No puede ponerse en duda la importancia que las formas tienen en y para el derecho, pero también es sabido que, en derecho, se busca la realidad y la sustancia por encima de las formas, cuando dicha sustancia y realidad no responden a las características y elementos que las forman definen. Baste recordar ese principio, repetido en tantas sentencias de nuestros tribunales, según el cual «en derecho, las cosas son lo que son y no lo que se dicen que son» o «lo que se las llame»³. Es decir que, por encima del nomen iuris, hay que buscar la realidad y la sustancia que lo habita, esto es, su sustrato real.

El objeto de este trabajo es reflexionar sobre la cuestión de si, en el caso de las sociedades mercantiles públicas, la forma de personificación es realmente determinante, y determinante de qué exactamente. Y, más concretamente, reflexionar sobre (i) si las sociedades mercantiles públicas se rigen, como corresponde a su forma jurídico-privada, por el derecho privado y (ii) si su personalidad jurídica es, verdaderamente, una personalidad jurídica distinta, diferenciada e independiente de la persona jurídica que es la Administración pública titular de sus acciones.

Sin perjuicio de que a lo largo de las páginas que siguen pueda referirme a este tipo de entidades usando, indistintamente, términos como sociedades mercantiles estatales, sociedades mercantiles públicas o sociedades mercantiles del sector público, debo advertir que este trabajo no trata de las sociedades mercantiles públicas y de su régimen jurídico, en general, sino de las dos cuestiones concretas que acabo de enunciar. La limitación del número de páginas me ha llevado, además, a realizar el análisis de estas dos cuestiones tomando como referencia las sociedades públicas estatales, ya que, al no existir una regulación general sobre las sociedades mercantiles del sector público, la regulación de las

³ Es tan reiterada la invocación de este principio en las sentencias de los tribunales, de todos los órdenes jurisdiccionales, que no sería necesaria su cita. En cualquier caso, y a título de ejemplo, baste citar las SSTs, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 de septiembre de 2012, recurso 419/2010, y de 25 de mayo de 2016, recurso 4082/2014.

sociedades públicas autonómicas y las locales se encuentra dispersa en numerosas normas sobre las más diversas materias (régimen jurídico del sector público, patrimonio, contratación, hacienda, régimen financiero y presupuestario, etc.) cuyo estudio es imposible abordar en un trabajo como este.

Dicho esto, el hecho de centrar el análisis en las sociedades estatales no significa que las reflexiones y eventuales conclusiones que aquí se alcancen respecto de estas no sean trasladables a las sociedades mercantiles autonómicas y locales, pues, en principio y con carácter general, lo son, ya que se trata, igualmente, de sociedades del sector público.

2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS

Como ya he adelantado, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una regulación de las sociedades mercantiles públicas común para todo el sector público⁴.

En la Ley 40/2015, que es la que regula el régimen jurídico del sector público del que forman parte las sociedades mercantiles públicas, los preceptos dedicados específicamente a las sociedades mercantiles solo resultan aplicables a las sociedades

⁴ En mi opinión, hay razones para entender que el Estado podría tener competencias para legislar en esta materia, bien para definir las características esenciales de estas entidades, al amparo del título «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» (148.1.18 CE), desde el momento en que son entes instrumentales y dependientes de dichas administraciones; bien para establecer una serie de normas sustantivas y específicas para estas sociedades que conformarían un derecho especial, distinto del derecho común de las sociedades mercantiles, y que podría encontrar cobertura en el título «legislación mercantil» (149.1.6 CE). A propósito del título competencial del art. 149.1.18 CE, cabría argumentar, además, que no es razonable que el Estado pueda establecer una legislación básica sobre el patrimonio de las administraciones públicas, al amparo del título «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» y, sin embargo, no pueda hacer lo mismo con la regulación de las sociedades mercantiles públicas, cuando en estas se da la doble circunstancia de que, por un lado, forman parte del patrimonio de la Administración titular de sus acciones (concretamente, del «patrimonio empresarial de la Administración General del Estado», según el título VIII de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones públicas) y, por otro, no dejan de ser, en el fondo, una técnica de organización administrativa.

mercantiles estatales, siendo muy pocos y de carácter residual los artículos de esta ley que son básicos y, por consiguiente, de aplicación a todas las sociedades mercantiles públicas⁵. Igualmente, en la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones públicas (LPAP), los únicos preceptos referentes a las sociedades mercantiles son de aplicación exclusiva a las mercantiles estatales.

De acuerdo con el art. 111. 1 de la Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), se entenderá por sociedades mercantiles estatales aquellas sobre las que se ejerce un control estatal, lo cual se puede producir en virtud de una de las dos circunstancias siguientes:

a) que la participación directa, en su capital social, de la Administración General del Estado o de alguna de las entidades que integran el sector público estatal⁶, incluidas las sociedades mercantiles estatales, sea superior al 50 %, siendo este un porcentaje que se determinará sumando las participaciones correspondientes a la Administración General del Estado y a todas las entidades integradas en el sector público institucional estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas.

b) Que la sociedad mercantil se encuentre en el supuesto previsto en el art. 5 de la Ley del Mercado de Valores (RDL 4/2015) respecto de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos vinculados o dependientes, es decir, que la sociedad sea dependiente de la Administración estatal o de un organismo público suyo en los

⁵ Disposición final decimocuarta, apartado 2, de la Ley 40/2015: «No tiene carácter básico y se aplica exclusivamente a la Administración General del Estado y al sector público estatal lo previsto en [...] el Capítulo V de las sociedades mercantiles estatales». Son básicos y se refieren a las sociedades mercantiles o, genéricamente, a las entidades de derecho privado, los arts. 2.2.b); 3 (por remisión del 2.2.b); 35; 81 y 82.

⁶ De acuerdo con el art. 84.1 LRJSP, el sector público estatal está integrado por: a) los organismos públicos (organismos autónomos y entidades públicas empresariales); b) las autoridades administrativas independientes; c) las sociedades mercantiles estatales; d) los consorcios; e) las fundaciones del sector público; f) los fondos sin personalidad jurídica; y g) las universidades públicas.

términos establecidos en el art. 42 del Código de comercio respecto de los grupos de sociedades.

Dentro de las sociedades mercantiles estatales, la LPAP, en su art. 166.2, distingue las que son de capital íntegramente público —de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos— de las que solo son mayoritarias, estableciendo para las primeras un régimen de control por parte de la Administración u organismo titular de las acciones más intenso que para las segundas. Esa especial intensidad en el control se pone de manifiesto, por un lado, en que el Consejo de Ministros puede atribuir a un Ministerio, cuyas competencias guarden una relación específica con su objeto social, la tutela funcional de la misma. Y, por otro, en que el titular del Ministerio al que corresponda su tutela podrá dar instrucciones a las sociedades para que realicen determinadas actividades, cuando su ejecución resulte de interés público. En este caso, el art. 116 LRJSP prevé que si los administradores de la sociedad actuasen diligentemente en cumplimiento de las instrucciones del ministro, y de ello se derivasen consecuencias lesivas, quedarían exonerados de responsabilidad.

Como es lógico, la consecuencia más importante de la forma privada de personificación que adoptan estas entidades del sector público institucional es que se rigen por el ordenamiento jurídico privado. Sin embargo, ello es así solo parcialmente, pues lo cierto es que existe un derecho administrativo aplicable a estas sociedades que se aplica con preferencia al derecho privado, y que se encuentra fragmentado en varias leyes, como son, entre otras, la Ley de Régimen Jurídico del Sector público, la legislación de Régimen Local, la Ley del Patrimonio de las Administraciones públicas, la Ley General Presupuestaria, el Estatuto Básico del empleado público, la Ley de Contratos del sector público y la Ley de Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. El tenor literal del art. 113 LRJSP lo pone claramente de manifiesto así al establecer que:

Las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación.

El problema de esta remisión —amplia e imprecisa— a las normas administrativas «que les sean de aplicación» es que, en la práctica, no siempre es fácil determinar qué normas, de todas las contenidas en esas leyes del ordenamiento jurídico administrativo, resultan de aplicación a las sociedades mercantiles, porque la Ley no habla de las normas que les resulten expresamente de aplicación, sino las que les resulten de aplicación, sin más; lo cual significa que les resultarán de aplicación las normas de derecho administrativo que así lo digan específicamente, y las que, no diciéndolo, haya que deducir que les resultan de aplicación. Con frecuencia, esta fórmula, según la cual las sociedades mercantiles se rigen por el derecho privado salvo en lo que, del derecho público, les resulte de aplicación, conduce a un espacio jurídico en el que reina la indefinición y, en el que, ante un problema concreto, no se sabe qué derecho hay que aplicar, con lo cual la huida del derecho administrativo que se produce con la actuación de las administraciones públicas a través de sociedades mercantiles termina convirtiéndose, simplemente, en una huida del derecho⁷.

El máximo exponente de esta singular configuración de unas personas jurídicas que son formalmente privadas, pero que se regulan, en gran parte, por el derecho público e, incluso, a veces, por el mismo derecho público que las administraciones públicas que son sus titulares, lo constituyen unas disposiciones incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico recientemente, en las que se viene a reconocer que las sociedades mercantiles públicas pueden ejercer potestades⁸. Y la consecuencia de ese extravagante reconocimiento,

⁷ Con mayor detalle me he referido a ello en C. CHINCHILLA MARÍN (2016), «El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, 200, págs. 362-367.

⁸ El art. 2.1.b) de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que dicha ley se aplica a «las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas, que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas». Por su parte, el art. 2.2.b) de la Ley 40/2015 (LRJSP) establece que «las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el art. 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas».

en una disposición legal, de lo que no es más que una anomalía, pues solo los poderes públicos deberían poder ejercer potestades públicas, es, nada más y nada menos, que, cuando las sociedades mercantiles ejercen potestades administrativas les resulta de aplicación, «en todo caso», es decir, no solo cuando existen disposiciones específicamente referidas a ellas, sino, en general, la Ley de Procedimiento Administrativo común, esto es, la ley que regula los actos administrativos, con sus atributos de presunción de validez y ejecutividad; el procedimiento administrativo; los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos; el silencio; los recursos administrativos, la revisión de oficio, etc.

Finalmente, debe destacarse una última característica de las sociedades mercantiles que también ha sido consagrada recientemente en nuestro ordenamiento jurídico y que responde a la necesidad de racionalizar y, por consiguiente, reducir el sector público. Por un lado, la LRJSP obliga a todas las administraciones públicas a disponer de un sistema de supervisión continua de sus entidades dependientes, incluidas, por tanto, las sociedades mercantiles, con el objeto de comprobar la subsistencia de los motivos que justificaron su creación y su sostenibilidad financiera. Además, establece la obligación de realizar una formulación periódica y expresa de propuesta de transformación, mantenimiento o extinción (art. 81.2 LRJSP). Por otro lado, y por lo que se refiere específicamente al sector público estatal y, en particular, a las sociedades mercantiles estatales, son destacables dos disposiciones de la Ley 40/2015 que tienen en común el hecho de imponer condiciones a la creación de este tipo de entidades. Por un lado, para que una entidad del sector público estatal pueda tener la consideración de «medio propio o servicio técnico» de la Administración, es necesario que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, se dé alguna de las circunstancias siguientes: a) que sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica; y b) que resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico (art. 86.2 LRJSP).

Por otro lado, y por lo que se refiere a las transformaciones de las entidades integrantes del sector público institucional estatal, la Ley trata de forma muy distinta el

proceso de transformación cuando lo que se transforma es una sociedad mercantil en cualquier otra modalidad de ente institucional (organismo autónomo, entidad pública empresarial, etc.) que cuando es un organismo público (organismo autónomo o entidad pública empresarial) el que pasa a ser una sociedad mercantil. En el primer caso, basta un Real Decreto, en el que no debe justificarse nada, y la transformación tendrá lugar por cesión e integración global, en unidad de acto, de todo el activo y el pasivo de la entidad transformada con sucesión universal de derechos y obligaciones. En el segundo caso (transformación de un organismo público en sociedad mercantil), el Real Decreto deberá ir acompañado de una memoria que incluya: i) una justificación de la transformación por no poder asumir sus funciones manteniendo su naturaleza jurídica originaria; ii) un análisis de eficiencia que incluya una previsión del ahorro que generará la transformación y la acreditación de inexistencia de duplicidades con las funciones que ya desarrolle otro órgano, organismo público o entidad preexistente, y iii) un análisis de la situación en la que quedará el personal, indicando si, en su caso, parte del mismo se integrará bien en la Administración General del Estado o bien en la sociedad mercantil que resulte de la transformación. Además, la Intervención General del Estado tendrá que emitir un informe en el que valorará el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 87 LRJSP.

3. EL RÉGIMEN JURÍDICO-ADMINISTRATIVO AL QUE ESTÁN SOMETIDAS LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS

Como ya he dicho, a pesar de adoptar una forma de personificación privada (la de las sociedades de capital), las sociedades mercantiles públicas no se rigen o, mejor dicho, no se rigen solo, ni siquiera principalmente, por el derecho privado, sino que el legislador ha establecido para ellas numerosas normas, del más variado contenido, que vienen a poner en entredicho su naturaleza privada y que, en definitiva, demuestran que se trata de unas entidades que están a medio camino entre una Administración pública y una empresa privada, pues no siendo ni lo uno ni lo otro, tienen elementos característicos de ambas.

Sin ánimo de ser exhaustiva⁹, a continuación expondré las disposiciones que recogen algunas de esas reglas que contienen un derecho especial y exorbitante del derecho común de las sociedades de capital y que resulta de aplicación a las sociedades mercantiles públicas.

3.1. Procedimiento y régimen de los actos administrativos

En primer lugar, y como ya he adelantado, por muy anómalo y paradójico que resulte, las sociedades mercantiles pueden tener atribuidas potestades administrativas, en cuyo caso deberán regirse, en el ejercicio de esas potestades, por la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común (LPAC). No especifica la Ley qué disposiciones de la misma les resultarán de aplicación, pero, tal y como está redactado su art. 2.2.b), cabría entender que se trata de una aplicación con vocación de generalidad, ya que, tras decir que las entidades privadas quedarán sujetas a las normas de la LPAC «que específicamente se refieran a las mismas», a continuación añade, como si se tratase de un supuesto diferente, y de alcance más general, que dicha ley se les aplicará, «en todo caso, cuando ejerzan potestades públicas». Teniendo en cuenta que las disposiciones específicas de esta ley, referidas a las sociedades mercantiles públicas, no existen como tales, lo lógico es pensar que lo que el legislador ha querido decir es que, si ejercen potestades administrativas, el ejercicio de dichas potestades ha de quedar sujeto a las normas que, con carácter general, regulan el procedimiento y la forma de producirse los actos administrativos, con sus atributos de presunción de validez y eficacia, con sus medios de ejecución forzosa, su régimen de invalidez, etc. Y no dejaría de tener sentido que así fuese, pues el ejercicio del poder tiene que sujetarse, necesariamente, a las reglas que el derecho administrativo ha creado para ello, en garantía de la consecución del interés general y de la protección de los

⁹ Dejo, por ejemplo, al margen de mi estudio, la cuestión de la incidencia que, sobre el régimen concursal de las sociedades mercantiles públicas, tiene el art. 135 de la Constitución que declara la prioridad absoluta de los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública, precepto que resulta de aplicación a todas las entidades del sector público.

derechos de los ciudadanos. Dicho lo cual, una sociedad mercantil no debería ejercer nunca potestades públicas, pues carece de sentido adoptar una forma jurídico-privada y que la ley le atribuya potestades públicas. Si la huida del derecho administrativo es una técnica criticable, no puede serlo menos la que consiste en crear una persona jurídica privada para, luego, atribuirle potestades públicas. Ahora bien, si se acepta que una sociedad mercantil puede ejercer potestades administrativas, la consecuencia lógica y necesaria ha de ser que se rija por el derecho administrativo.

Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo, mucho antes, por cierto, de que se aprobaran las Leyes 39 y 40 de 2015, al afirmar de forma natural, aunque no por ello menos sorprendente, que una sociedad mercantil pública, prestadora del servicio portuario de atraque de embarcaciones deportivas y que gestiona el dominio público portuario, ejerce «potestades administrativas que deben someterse y regirse por el Derecho administrativo, de manera que sus actos son actos administrativos revisables en vía administrativa y contencioso-administrativa»¹⁰. No explica el Tribunal Supremo cuáles son esas potestades administrativas que ejerce la sociedad mercantil, ni tampoco qué norma se las ha atribuido, pues tratándose de potestades públicas debería haber una norma que se las atribuyera. Simplemente, el Tribunal Supremo se limita a afirmar que las tiene y concluye que, por eso, dicta actos administrativos; queda sujeta al derecho administrativo y, por consiguiente, a los recursos administrativos y al recurso contencioso-administrativo. Esto es, todo lo contrario al régimen jurídico que se corresponde con la forma de entidad privada propia de las sociedades mercantiles.

3.2. Contratación pública

El derecho administrativo de la contratación, que desde hace años cambió la denominación de su ley de cabecera (de llamarse Ley de Contratos de las «Administraciones públicas» pasó a llamarse Ley de Contratos del «Sector público»), es

¹⁰ STS de 17 de mayo de 2012, recurso 2616/2009.

uno de los mejores ejemplos de que las sociedades mercantiles públicas, a pesar de su forma de personificación privada, están sujetas al derecho administrativo. En efecto, esta Ley¹¹, en general, resulta aplicable a cualquier entidad que forme parte del sector público, entre las cuales están las sociedades mercantiles públicas¹², cuando dichas entidades celebren contratos cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de esta ley (los contratos típicos —de obras; concesión de obras públicas; concesión de servicios; suministro y servicios— y los contratos administrativos atípicos o especiales). Además, y en particular, resultará de aplicación en términos sustancialmente idénticos a los que rigen para las entidades del sector público que tienen la condición de administraciones públicas, cuando la sociedad mercantil tenga la consideración de «poder adjudicador», que es un concepto funcional y material que prescinde totalmente de la forma y naturaleza jurídica que adopte la entidad contratante, para penetrar en su sustrato material preguntándose por cosas tales como qué hace esa sociedad, quién la financia o quién la controla. La de «poder adjudicador», que es una noción del derecho de la UE, es una categoría que se define diciendo que, aparte de las administraciones públicas, las fundaciones públicas o las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, lo son: i) todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las anteriores ii) que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, iii) siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador, bien financien mayoritariamente su actividad, bien controlen su gestión o bien nombren a más de la mitad

¹¹ En el momento de escribir estas páginas está vigente el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011 (en adelante, LCSP). No obstante, se encuentra en avanzado estado de tramitación, en las Cortes Generales, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que, con más de dos años de retraso, llevará a cabo la transposición de las nuevas directivas en la materia. Dicho proyecto coincide, sustancialmente, con la ley vigente y, en buena lógica, no debería diferir mucho del texto que definitivamente se apruebe como ley, ya que se trata de una regulación que procede de las directivas y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE. He optado, por ello, por indicar a pie de página los preceptos de la ley vigente y los correspondientes del Proyecto de Ley (en adelante, P-LCSP).

¹² Art. 3.1.d) LCSP y 3.1.h) P-L CSP

de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia¹³. Teniendo en cuenta que lo que no tiene que ser «industrial o mercantil» no es la entidad, sino «las necesidades de interés general» para cuya satisfacción ha sido específicamente creada, resulta que si, en una sociedad mercantil del sector público se dan esas circunstancias que, por lo demás, han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia de la UE de una forma extraordinariamente amplia¹⁴, la mercantil contratará con sujeción al derecho administrativo. Con lo cual esa persona jurídica privada que, en teoría, actúa en régimen de derecho privado, estará sujeta a las disposiciones de esta ley en materia —entre otras¹⁵— de actos de preparación y adjudicación del contrato, modificación de los contratos, revisión de oficio¹⁶ y recurso especial¹⁷, dándose, de nuevo, la anomalía de considerar que una sociedad

¹³ Arts. 3.3.b) LCSP y 3.3.d) P-LCSP.

¹⁴ Sobre este concepto y su interpretación por el TJUE me remito a lo que he expuesto en C. CHINCHILLA MARÍN (2011), «La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I): Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las directivas», en M. SÁNCHEZ MORÓN (coord.) y J. del OLMO ALONSO (dir.), *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros* (págs. 39-76), Valladolid: Lex Nova; Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, y, más recientemente, desde otra perspectiva, véase CHINCHILLA MARÍN (2016).

¹⁵ Los arts. 20.1 LCSP y 26 P-LCSP definen como «contratos privados» los que celebren las entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de administraciones públicas. Coincidiendo en gran parte con el art. 20.2 LCSP, el art. 26.3 del anteproyecto establece que cuando se trate de contratos cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de esta ley, «se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a la preparación y a la adjudicación de aquéllos [y] en cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación de contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; y la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los arts 202 y 203, a las que se refiere el art. 316».

¹⁶ Arts. 34 LCSP y 41 P-LCSP.

¹⁷ Arts. 40 LCSP y 44 P-LCSP.

mercantil puede dictar actos administrativos, como así los califica literalmente el Proyecto de Ley de Contratos del Sector público cuando dice, en su art. 41.2, que:

A los exclusivos efectos de la presente Ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones públicas [...].

A continuación, el precepto establece que la revisión de oficio de estos actos se ejercerá de conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo Común, si bien, no por la propia sociedad mercantil, sino por el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad privada o al que corresponda su tutela. Ciertamente, así se salva la contradicción que supone atribuir potestades administrativas a una sociedad (la de revisión de oficio, sin duda, lo es), pero, a cambio, se pone en evidencia la intensidad del dominio que el ente público matriz ejerce sobre su sociedad mercantil, ya que aquel, de oficio, puede anular los actos adoptados por esta¹⁸.

A la luz de todo lo dicho, cabe concluir, en mi opinión, que carece de sentido, y es una contradicción, calificar —como hace la Ley¹⁹— de «contratos privados» a los contratos cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de aplicación de la LCSP (obra, suministro, servicios, etc.), solo por el hecho de que la entidad contratante sea una sociedad mercantil pública (u otra entidad del sector público que no tenga la condición de Administración pública), cuando resulta que dichos contratos están regulados por el derecho administrativo de la contratación pública en tantos y tan sustanciales aspectos como son no solo los referentes a su fase de preparación y adjudicación (los tradicionalmente denominados «actos separables»), sino, también, determinados aspectos de sus efectos y extinción, incluidas las modificaciones contractuales, y cuando, además, la revisión de su legalidad se

¹⁸ La cuestión de la inexistencia de independencia real de la sociedad mercantil respecto del ente público titular de sus acciones se tratará en el apartado siguiente.

¹⁹ Me remito a lo dicho en la nota 14.

efectúa en vía administrativa (revisión de oficio y recurso especial) y en vía contencioso-administrativa²⁰.

3.3. Bienes públicos

Probablemente la norma más destacable de cuantas contiene la LPAP sobre las sociedades mercantiles públicas es el art. 30.3, que establece nada más y nada menos que el privilegio de la inembargabilidad de los valores o títulos representativos del capital de determinadas sociedades mercantiles estatales. A pesar de su carácter de bienes patrimoniales o de dominio privado (arts. 4 y 7.2 LPAP), y a pesar de que la Constitución solo ha previsto el privilegio de la inembargabilidad para los bienes demaniales, el legislador lo ha extendido, sin embargo, a determinados bienes patrimoniales, entre los que se encuentran, como ya he dicho, los valores o títulos representativos del capital «de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general»²¹, conceptos ambos de tal amplitud que raramente habrá sociedades estatales que no se encuentren en alguno de los dos supuestos. Con esta norma, sorprendentemente de aplicación exclusiva a las sociedades mercantiles estatales, se establece para unos bienes calificados como «de dominio privado o patrimoniales» (art. 7.2 LPAP), el mismo régimen de prerrogativa que tienen los bienes demaniales o de dominio público de los entes públicos. Otro ejemplo más, pues, de que el derecho administrativo rige para las sociedades mercantiles.

Así mismo, cabe destacar que el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con fecha 25 de mayo de 2017, ha acordado que «los bienes, efectos, caudales o cualesquiera otros de cualquier índole que integren el patrimonio de las sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras administraciones u organismos públicos, deben tener la consideración de patrimonio público y, por tanto, pueden ser objeto

²⁰ Art. 27 P-LCSP

²¹ El precepto se basa en la STC 166/1998, aunque haciendo, en mi opinión, una aplicación extensiva de la misma.

material del delito de malversación», siempre que concurran algunos requisitos como, por ejemplo, y entre otros, que la sociedad mercantil esté participada total o mayoritariamente por administraciones o entidades públicas, o esté controlada por estas, o haya recibido subvenciones en cuantía relevante, o preste, directa o indirectamente, servicios públicos.

Aparte de ello, las sociedades mercantiles estatales se definen por la LPAP como «patrimonio empresarial de la Administración General del Estado» y se regulan en un título —el VII— que contiene normas especiales para estas sociedades que suponen la excepción y la inaplicación de determinadas disposiciones del régimen común de las sociedades de capital.

Sin ánimo exhaustivo, entre otras cosas porque a una de las más importantes (la reestructuración del sector público empresarial) me referiré en el apartado siguiente, cabe destacar el art. 179 que prevé, en el mismo sentido que el art. 116 LRJSP, ya citado, que los administradores de las sociedades que actúen en cumplimiento de las instrucciones recibidas por su Ministerio de tutela quedarán exonerados de la responsabilidad prevista en el actual art. 236 del Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC)²². Además, y esta ha sido una de las novedades introducidas por la LRJSP, y destacada en su exposición de motivos, la responsabilidad aplicable a los miembros de sus consejos de administración designados por la Administración General de Estado será asumida directamente por la Administración designante (art. 115).

Así mismo, cabe destacar el art. 180.2 LPAP, a tenor del cual los administradores de las sociedades de capital íntegramente del Estado no se verán afectados por la prohibición establecida en el apartado segundo del actual art. 213 LSC que impide ser administrador, entre otros, a los funcionarios al servicio de la Administración pública con

²² El art. 179 LPAP se remite al art. 133 de la Ley de Sociedades anónimas que entonces estaba vigente, es decir, el RDL 1564/1989.

funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate²³.

Para terminar con los ejemplos, me referiré, en último lugar, a que el derecho administrativo ha establecido una definición de «consejero independiente» propia y específica para las sociedades mercantiles estatales, ya que dispone que tendrán dicha consideración «aquellos administradores que no presten servicios o que no se encuentren vinculados laboral o profesionalmente a la Dirección General del Patrimonio del Estado o al organismo público que fuera accionista de la sociedad; al órgano con funciones reguladoras sobre el objeto de la actividad de la sociedad; o al Ministerio que tenga atribuida la tutela de la sociedad»²⁴. Lo cual significa que bastará con que sean empleados de cualquier otro Ministerio, que no sea el de tutela, o, incluso, de cualquier Dirección General del Ministerio de Hacienda, que no sea la de Patrimonio (y siempre que el Ministerio de Hacienda no sea, a su vez, el de tutela) para que los consejeros tengan la consideración de independientes, cuando es sabido que los distintos Ministerios no son sino órganos de una única persona jurídica que es la Administración General del Estado.

3.4. Empleo público

La disposición adicional primera del Estatuto básico del Empleado público (RDL 5/2015) establece que «los principios contenidos en los arts. 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el art. 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica». Esto significa que a las sociedades mercantiles, en cuanto que entidades del sector público distintas de las administraciones públicas y de los organismos públicos vinculados o dependientes de estas, que son los incluidos en el art. 2, les resulta de

²³ Por las mismas razones expuestas en la nota anterior, el art. 180.2 LPAP hace referencia al art. 124 de la Ley de Sociedades anónimas vigente en aquel momento.

²⁴ Art. 140.3 del Reglamento General de la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas, RD 1373/2009.

aplicación el mismo régimen jurídico que a los entes públicos en materias de tanta trascendencia como son los deberes de los empleados públicos, los principios éticos que deben regir su actuación, los principios rectores de su conducta y el acceso al empleo y adquisición de la relación de servicio que, de acuerdo con esta ley, debe regirse por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y realizarse mediante procedimientos que, además de los citados principios constitucionales, garanticen la publicidad de las convocatorias y de sus bases, la transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, la adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y la agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección. Asimismo, rigen para ellas las normas relativas a la reserva de cupos para personas con discapacidad.

De nuevo se pone de manifiesto que, a pesar de la forma privada adoptada por este tipo de entidades, quedan sujetas al derecho público y, además, con la misma intensidad y alcance que si fuesen administraciones públicas. Ya que, aunque podría objetarse que la disposición adicional dice que les resultan de aplicación «los principios» contenidos en los preceptos que cita, y no los preceptos en sí, lo cierto es que esa precisión carece de trascendencia práctica por la sencilla razón de que, por un lado, todos esos preceptos lo que contienen o establecen son, precisamente, principios (arts. 52, 53, 54 y 55) y, de otro, porque respecto del único precepto de los enumerados en la disposición adicional primera que no establece principios, sino reglas, y muy concretas (la reserva de un cupo del 7 % para discapacitados), no creo que pueda extraerse «un principio» que sea distinto de la regla en sí, ya que aplicar un porcentaje menor del 7 % no sería un principio, sino la rebaja o minoración de una regla y eso no es lo que dice la disposición adicional primera.

Un buen ejemplo de que las entidades de derecho privado tienen un régimen de derecho público, también, en lo que se refiere a su personal, lo constituye el hecho de que la jurisprudencia haya llegado a aplicar al director general de una entidad jurídico-privada (la Fundación Teatro Lírico de Madrid) el régimen previsto para los altos cargos de la Administración pública e, incluso, a asumir que el personal de las entidades privadas del sector público es titular del derecho fundamental del art. 23.2 de la Constitución (acceso en condiciones de igualdad, y por mérito y capacidad, a las funciones y a los cargos públicos),

todo ello sobre la base de «equiparar», como literalmente dice el Tribunal Constitucional, en su ATC 206/1999, la entidad privada a un ente público:²⁵

En efecto, el hecho de tratarse de una relación jurídico laboral especial sometida «a priori» no a la normativa funcionarial sino al Real Decreto 1382/1985 (y sólo en algunos aspectos al ET) no significa que no se le deban aplicar ciertas reglas y principios propios del personal al servicio de las Administraciones Públicas, pues en el presente caso la empresa, si bien formalmente persona jurídico- privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional. Por ello, el puesto de Director General de la Fundación del Teatro Lírico es uno más de los engranajes de la política cultural y de espectáculos de dos Administraciones (el Estado y la Comunidad Autónoma de Madrid) y, en esa medida, asimilable a los altos cargos o personal eventual de confianza política (previstos con carácter general en el art. 20.2 de la Ley 30/1984). [...]

Luego estamos en presencia, por un lado, de un ente privado fundacional que, para lo que aquí interesa, actúa materialmente como un organismo público bajo la dependencia directa de dos Administraciones, y por otro de una persona libremente elegida y nombrada por el Patronato de la Fundación del Teatro Lírico y que suscribió el contrato con la entonces Presidenta de dicha Fundación (la Ministra de Cultura). Y dicha persona, como señala el recién citado art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985, ejercía sus competencias sometida a las directrices de política teatral y musical diseñada por el Patronato y cuyo puesto era por consiguiente asimilable, en cuanto al régimen de nombramiento y de cese, a los altos cargos de la Administración o incluso al personal de libre designación (respecto del cual hemos hablado en otras ocasiones de «cese acordado

²⁵ Sobre este auto y, en general, sobre la cuestión del significado de la personalidad jurídica de las fundaciones del sector público, véase J. García-Andrade Gómez (2013), «La reestructuración del sector público fundacional», Anuario de Derecho de Fundaciones, 4. Algunas ideas expuestas en el presente trabajo son fruto de la reflexión y el debate con el autor citado, en el seno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, de la que ambos somos profesores.

libremente, como libre fue el nombramiento» en el que «la misma libertad que hay para designar la hay para destituir»).

3.5. Responsabilidad extracontractual

Una de las novedades introducidas por la LRJSP en el régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas ha sido la de extender dicho régimen jurídico que, como es sabido, se caracteriza por ser un régimen de responsabilidad objetiva, a toda la actuación administrativa, es decir, también a la realizada en régimen de derecho privado, incluso en los supuestos en los que la Administración actúe a través de una entidad de derecho privado (art. 35 LRJSP).²⁶

Pocas cosas resultan claras en este precepto que, sin duda, dará lugar a numerosas y variadas interpretaciones, pero si algo puede decirse del mismo es que, una vez más, prescinde del hecho de que sean privadas tanto la forma de personificación a través de la que actúe la Administración como la naturaleza de la relación jurídica que entable y, dentro de la cual, cause el daño, para determinar que, ello no obstante, el régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual no será el del derecho privado (por «culpa o negligencia», ex art. 1902 del Código Civil) sino el del derecho administrativo (por «funcionamiento normal o anormal» de los servicios públicos» ex art. 32.1 LRJSP).

Como he dicho, y excluido que el precepto pueda estar refiriéndose a los supuestos en los que la Administración actúa a través de un concesionario o contratista, ya que dichos

²⁶ Art. 35. Responsabilidad de derecho privado. «Cuando las Administraciones públicas actúen, directamente o a través de una entidad de Derecho privado, en sus relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con los arts. 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de Derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de Derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad».

supuestos tienen su regulación específica en la Ley de Contratos del Sector público, a la que, por lo demás, expresamente se remite el art. 32.9 de la LRJSP²⁷, no es fácil desentrañar el significado del supuesto previsto en este precepto, es decir, qué hay que entender, exactamente, por actuación de la Administración en relaciones de derecho privado, que no sean, obviamente, de naturaleza contractual, puesto que esta disposición se refiere a la responsabilidad patrimonial o extracontractual de las administraciones públicas, y qué debe entenderse por actuación de las administraciones públicas a través de una entidad de derecho privado. En mi opinión, no cabe descartar que este precepto, y el régimen de responsabilidad objetiva que establece, resulte de aplicación a cualquier actuación de una sociedad mercantil pública ya que, por un lado, y al menos teóricamente, las relaciones jurídicas entabladas por una sociedad mercantil del sector público deberían merecer la calificación de relaciones de derecho privado y, por otro, en cuanto que entidades instrumentales creadas por una Administración para cumplir con su función constitucional de servir al interés general (art. 103 CE), también, en principio, debería entenderse que la actuación de una sociedad mercantil siempre es la actuación de la Administración pública de la que es un mero instrumento. Y es que, más allá de que, formal y nominativamente, se puedan calificar unas actuaciones administrativas como de derecho público y otras como de derecho privado, en lo que no cabe hacer distinciones ni separaciones es en lo que, en todo caso, hace la Administración, porque solo es una cosa: «servir con objetividad a los intereses generales», como dice el art. 103 de la Constitución. Por eso, la Administración podrá crear entidades de derecho público o entidades de derecho privado, pero siempre será para lo mismo, para cumplir la única función que tiene: servir al interés general. De ahí que, en mi opinión, cuando una sociedad mercantil del sector público actúe, estará, en último término, actuando la Administración pública de la que depende para servir al interés general. No hay una actuación administrativa que sirve al interés general y otra que no lo hace. Solo hay una actuación administrativa «constitucionalmente posible», aunque haya

²⁷ De acuerdo con lo establecido en el art. 214 LCSP (art. 194 P-LCSP), de los daños que cause el contratista a terceros, durante la ejecución del contrato, responde el contratista, salvo que dichos daños sean consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma.

distintas formas jurídicas de revestirse para realizarlas. De ahí que el Tribunal Supremo, invocando el «principio de especialidad de las empresas públicas», anulase en su día el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Barcelona por el que se constituyó una sociedad mercantil cuyo objeto era demasiado amplio, vago e indefinido, por entender que siempre que una Administración pública crea una sociedad tiene que definir para qué la crea exactamente, ya que solo así podrá determinarse si la actividad mercantil para la que se crea es o no de interés público y si, por consiguiente, dicha actividad conviene o no al interés público²⁸.

4. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS: ¿REALIDAD O FICCIÓN?

4.1. La búsqueda de la respuesta en los pronunciamientos del tribunal constitucional y del tribunal supremo.

Desde el derecho mercantil hace tiempo que se llamó la atención sobre el verdadero significado de la personalidad jurídica en derecho público. Concretamente, Alonso Ureba criticó el abuso que en derecho público se hacía de las categorías del derecho privado y, en particular, de las personificaciones jurídico-privadas y defendió que, como meros instrumentos organizativos de la Administración que son, estas personificaciones tienen un sentido puramente técnico y que, por tanto, la unidad estructural y funcional de la Administración no queda rota por la declaración formal de la personalidad²⁹.

²⁸ STS de 10 de octubre de 1989, RJ 1989\7352.

²⁹ A. ALONSO UREBA (1985), *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de derecho económico*, Madrid: Montecorvo, págs. 283-294.

Aparte de las reflexiones que, en sentido parecido, se han hecho también desde la doctrina administrativista³⁰, son los tribunales, incluido el Tribunal Constitucional, los que han sostenido que no existe, realmente, autonomía en las personificaciones instrumentales de las administraciones públicas respecto de estas, y que, en definitiva, todo, en el sector público, es reconducible a una unidad. Al argumento de la falta de autonomía o independencia de una entidad instrumental respecto del poder público del que es mero instrumento acudió el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 35/1983, para fundamentar su decisión de considerar que una sociedad mercantil pública —TVE SA— es un «poder público», a los efectos de entender que sus actos son susceptibles de ser recurridos en amparo si vulneran los derechos fundamentales protegidos con este recurso³¹. El Tribunal

³⁰ Así lo pone de manifiesto GARCÍA-ANDRADE (2013) cuando, al estudiar las normas que regulan la reestructuración del sector público fundacional, concluye que dichas normas no reconocen a las fundaciones públicas la autonomía que es propia de las fundaciones privadas frente a las autoridades públicas e, incluso, frente a su fundador. Todo ello —sostiene el autor— porque ese conjunto de normas «concibe el sector público como una unidad con entidad propia que, al servicio del interés general, se eleva por encima de las personalidades jurídicas de las entidades que lo integran a las que sólo se atribuye una posición instrumental. Hasta el punto de que [...] se permite la reestructuración de entidades o la subrogación de unas por otras, sin que los terceros puedan entender que tales transformaciones suponen una alteración de las relaciones jurídicas en las que formen parte».

Yo misma he reflexionado sobre ello, a partir del principio de unidad del patrimonio del Estado, para poner en cuestión que los patrimonios de los organismos públicos instrumentales, que se califican como «propios», sean realmente patrimonios separados y autónomos del patrimonio de la Administración General. Existen preceptos en la Ley 33/2003 que, en mi opinión, vendrían a demostrar que el patrimonio del Estado, integrado por el patrimonio de la Administración General del Estado y el patrimonio de sus organismos públicos, es único y que no existe, por tanto, en último término, una separación real de personas jurídicas, C. CHINCHILLA MARÍN (2001), *Los bienes patrimoniales del Estado*, Madrid: Marcial Pons, págs. 158-169, y C. CHINCHILLA MARÍN (2004), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones públicas*, Madrid: Civitas, págs. 19-20.

³¹ De acuerdo con el art. 41.2 de la LOTC, «el recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simples vías de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes».

rechazó que existiese la causa de inadmisibilidad invocada por el abogado del Estado, en el sentido de que TVE SA, por su naturaleza de entidad privada, no podía ser considerada como poder público y, en consecuencia, sus actos no podían ser objeto de recurso de amparo, argumentando lo siguiente:

Cuando el servicio [público] queda reservado en monopolio a un establecimiento cuya creación, organización y dirección son determinadas exclusivamente por el poder público no cabe duda de que es este el que actúa a través de persona interpuesta, pero en modo alguno independiente. La necesidad de hacer más flexible el funcionamiento de estos entes interpuestos puede aconsejar el que se dé a su estructura una forma propia del Derecho privado y que se sometan a éste los actos empresariales que debe llevar a cabo para el ejercicio de su función, pero ésta, en cuanto dirigida directamente al público como tal, ha de entenderse vinculada al respeto de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I de la Constitución, según dispone el art. 53.1 de ésta, y, en consecuencia, los ciudadanos protegidos también frente a ella con los instrumentos que el ordenamiento les ofrece para salvaguardarla de sus derechos fundamentales frente a los actos del poder.

Unos años después, en su Sentencia 14/1986, el Tribunal Constitucional declaró que:

[...] la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho privado, remite su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexionan dichos entes con la Administración de la que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho Privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica.

Más tarde, en su Sentencia 52/1994, el Tribunal Constitucional volvería a insistir en la misma idea diciendo:

Que la Administración actúe sometida al Derecho mercantil o civil no la exonera de su deber de respetar el orden constitucional de competencias. Resulta indiferente que su actuación sea llevada a cabo a través de órganos y servicios encuadrados en su organización matriz, o que por el contrario sea realizada por entidades con personalidad jurídica propia, pero controladas y dirigidas por la Administración del Estado. Tanto en un supuesto como en el otro, los actos emanados de la Administración estatal deben circunscribirse al ámbito que el bloque de la constitucionalidad mantiene como competencia del Estado, y deben respetar los ámbitos que cada Estatuto de Autonomía ha atribuido a la competencia de la respectiva Comunidad Autónoma.

Que la Administración posea las fincas rústicas situadas en Andalucía, que han dado origen al presente proceso constitucional, a través de personas jurídicas intermedias, es irrelevante. Igualmente irrelevante resulta que tales entes instrumentales se configuren como sociedades mercantiles, sometidas al Derecho privado.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 22 de julio de 1986³², de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, puso de manifiesto que:

[...] en último término, la personificación es sólo una alternativa organizadora que ni siquiera es suficientemente identificadora. No hay, en efecto, en el Ordenamiento español una regulación de la persona jurídica en virtud de la cual baste con invocar ese sintagma para que sepamos qué régimen jurídico hay que aplicar. Éste se articula para cada caso, de manera que más que de persona jurídica cabe hablar —en plural— de personas jurídicas, y el régimen jurídico de la personalidad es gradual [...].

³² STS de 22 de julio de 1986, RJ 1986\5549.

Más recientemente, en la Sentencia de 17 de mayo de 2012, ya citada, el Tribunal Supremo ha afirmado que:

Hay una ruptura de los esquemas conceptuales tradicionalmente aceptados para distinguir lo público de lo privado, y hay también, finalmente, un abandono de los criterios clásicos determinantes de la teoría General del Derecho de la personalidad jurídica diferenciada. Han sido razones de eficacia administrative las que tradicionalmente se han invocado para justificar la creación de estas personificaciones diferenciadas que son los entes instrumentales. Estos, como ya se ha dicho, son puras técnicas organizativas dirigidas a conseguir en lo funcional y en lo financiero un marco de flexibilidad de actuación no ofrecido por el Derecho administrativo ordinario.

Además de estos pronunciamientos jurisprudenciales, que ya de por sí son importantes, existen regulaciones en el derecho vigente que, de facto, suponen la negación de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles públicas respecto de la Administración de la que dependen, y que tratan a estas «personas jurídicas» como si no existieran, esto es, como si no fueran un sujeto distinto y diferenciado de la Administración pública de la que dependen. Veamos algunos ejemplos de ello.

4.2. La búsqueda de la respuesta en la legislación administrative

A) La gestión directa de servicios públicos a través de entidades instrumentales y la categoría jurídica de los «medios propios» en la legislación de contratos públicos.

Tradicionalmente, las distintas leyes que han regulado las formas de gestión de los servicios públicos han partido de la diferenciación entre «gestión directa» y «gestión indirecta» de los mismos³³. La gestión indirecta es la que se realiza a través de un contrato, mientras que la «directa» es aquella en la que la Administración presta el servicio mediante

³³ Arts. 8.2, 275.1 y 277 LCSP y art. 85 de la Ley de Bases de Régimen Local (Ley 7/1985).

una entidad de derecho público o mediante una sociedad cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública. Las sucesivas leyes de contratos públicos aclaraban que, en los casos de gestión directa, no resultaba de aplicación la Ley de Contratos por la sencilla razón de que, en estos supuestos, no hay contrato. De ahí que la expresión utilizada por la Ley fuese que, en estos casos, la Administración prestadora del servicio lo que hace es «atribuir» la gestión del servicio a la sociedad mercantil³⁴. No se contrata con ella para que preste, en nombre de la Administración, el servicio a los usuarios, sino que se le atribuye dicha prestación; esto es, se le encarga o, más aún, se le impone la obligación de prestar el servicio. Por el contrario, en los casos de gestión indirecta, se contrata la gestión del servicio público con un tercero, en las diversas modalidades de concesión, gestión interesada, concierto o sociedad de economía mixta (art. 277 LCSP).

El Proyecto de Ley de Contratos, aunque no contenga preceptos equivalentes a los que aquí acaban de citarse, mantiene, en lo sustancial, y a los efectos de lo que aquí se está analizando, la misma regulación. Ya que, si bien es cierto que, como consecuencia de la supresión del contrato de gestión de servicios públicos, y su sustitución por el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios, la Ley ha dejado de hablar, explícitamente, de formas de gestión de los servicios públicos, no lo es menos que los servicios públicos pueden seguir prestándose bien de forma directa, bien de forma indirecta, bajo la modalidad, en este último caso, del contrato de concesión de servicio o del contrato de servicios³⁵. Es más, lo que ahora se regula bajo la denominación de «encargos a medios propios personificados» no es más que la posibilidad de que un poder adjudicador ejecute, de forma directa, a través de un ente instrumental suyo, las prestaciones propias de los

³⁴ Art. 8.2 LCSP.

³⁵ En un trabajo de estas características no procede entrar en el análisis de algo tan complejo, y tan alejado del tema que es objeto de estudio, como es la nueva caracterización del contrato de concesión de servicios y su distinción del contrato de servicios.

distintos contratos regulados en esta ley (obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios).

Bajo la expresiva rúbrica «encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados», el art. 32 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector público establece que la Administración y demás entidades del sector público con la consideración legal de poderes adjudicadores:

[...] podrán ejecutar de manera directa las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos.

Una persona jurídica merece la consideración de medio propio cuando cumpla todos y cada uno de los requisitos establecidos en el art. 32.2, entre los que se encuentra el de que, cuando la persona jurídica sea una sociedad mercantil, su capital sea íntegramente público³⁶.

La consecuencia jurídica de encargar las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesiones de obras o de servicios es, sencillamente, que «el

³⁶ Los requisitos son: a) que el poder adjudicador que realiza el encargo ejerza sobre el ente destinatario del mismo un «control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades», situación que se dará, en todo caso, cuando el poder adjudicador pueda conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria, y siguiendo las instrucciones fijadas unilateralmente, para el ente destinatario, por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos; b) que más del 80 % de las actividades del destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador; c) que, cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, la totalidad de su capital o patrimonio sea de titularidad o aportación pública; d) que la condición de medio propio personificado se reconozca expresamente en sus estatutos o su acto de creación.

encargo no tendrá la consideración de contrato»³⁷, por lo que, en consecuencia, no quedará sujeto a las estrictas normas de la contratación pública. Así, pues, no hay contrato, aunque la prestación se realice a través de una entidad con personalidad y patrimonio propios y diferenciados de la Administración pública que realiza el encargo; y, antes bien, se considera que dicha Administración está ejecutando «de manera directa» el objeto del contrato, aunque se reconozca, incurriendo en una contradicción, al menos gramatical, que la prestación se realiza «valiéndose de otra persona jurídica distinta». Por la misma razón, a las personas jurídicas que tienen la consideración legal de medios propios se les prohíbe participar en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medios propios personificados (art. 32. 2. d. 2º)³⁸. Se parte, pues, de la falta de alteridad y, en consecuencia, de entender que, en el sector público, existe una unidad estructural y funcional entre las Administraciones públicas y sus entes instrumentales que no queda rota por el elemento formal de la personalidad jurídica³⁹.

B) La reestructuración del sector público empresarial

Bajo la rúbrica «Reestructuración del sector público empresarial», los arts. 168 y siguientes de la LPAP establecen una regulación sobre la transmisión de acciones dentro del sector público estatal (entre la Administración general del Estado, sus entidades públicas y sus sociedades de capital íntegramente estatal) que, una vez más, pone de manifiesto que la personalidad jurídica propia y diferenciada de estas sociedades se diluye y desaparece hasta el punto de considerar que, realmente, no hay un negocio jurídico de

³⁷ Art. 32.1 P-LCSP.

³⁸ I. GALLEGO CORCOLES (2015), «Nuevos desarrollos de la contratación in house en el Derecho español: los encargos a medios propios y servicios técnicos», en J. M. GIMENO FELIÚ (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos*, Cizur Menor: Aranzadi. La autora llega a sostener, y lo comparto, que «en Derecho español se ha asumido que el dato de la personalidad es una ficción: no es que las adjudicaciones in house sean contratos excluidos de las Directivas, es que ni si quiera tienen la condición de contratos» (págs. 215-216).

³⁹ Véase Alonso Uveda (1985: 284).

transmisión de la propiedad de las acciones entre personas jurídicas diferentes, porque, en el fondo, todo el denominado «patrimonio empresarial» es reconducible a la Administración General del Estado, única titular y propietaria de estas acciones.

Lo primero que debe destacarse es que el cambio de titularidad en que consiste lo que se califica como una «reordenación interna» en el sector público estatal se produce, de forma unilateral e imperativa, por acuerdo del Consejo de Ministros. En segundo lugar, la Ley establece que estas operaciones no estarán sujetas a la legislación del mercado de valores y, lo que es más importante todavía, «no darán lugar al ejercicio de derechos de tanteo, retracto o cualquier otro derecho de adquisición preferente que estatutaria o contractualmente pudieran ostentar sobre dichas participaciones otros accionistas de las sociedades cuyas participaciones sean transferidas o, en su caso, de terceros a esas sociedades». Asimismo se establece que «la mera transferencia y reordenación de participaciones societarias que se realice en aplicación de esta norma no podrá ser entendida como causa de modificación o de resolución de las relaciones jurídicas que mantengan tales sociedades». A lo que hay que añadir que las acciones recibidas se registrarán en la contabilidad del nuevo titular por el mismo valor neto contable que tenían en el anterior titular y, por último, que todas estas operaciones estarán exentas de cualquier tributo estatal o local, incluidos los cedidos a las comunidades autónomas y los recargos autonómicos sobre tributos estatales.

Es el propio legislador el que acude a la idea de la personalidad jurídica única al decir que estos cambios de titularidad «no implican la entrada de un tercero ajeno al ámbito societario, sino que, por el contrario, solamente supone un cambio del órgano competente con mantenimiento de la titularidad estatal»⁴⁰. De hecho, se ha llegado a afirmar que lo que

⁴⁰ A este respecto, resulta muy ilustrativa la exposición de motivos de la Ley 7/2001, de 14 de mayo, de modificación de la Ley del Patrimonio del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, en la que se introdujo la regulación que actualmente se encuentra contenida en la LPAP. Dice así: «Esta configuración del procedimiento y competencias para ejecutar las actuaciones de reordenación viene complementada con una serie de normas de derecho sustantivo y fiscal cuya finalidad es garantizar la neutralidad

establece el art. 168 LPAP «no es otra cosa que un cambio de «competencias administrativas» en la gestión de sociedades públicas»⁴¹. Y, en la misma línea, la Abogacía del Estado, con motivo de una consulta sobre el carácter gratuito u oneroso de la transmisión de unos terrenos por parte de una sociedad estatal a una entidad pública, también estatal, en ejecución de un acuerdo del Consejo de Ministros sobre reestructuración del sector público empresarial, concluyó que la transmisión era gratuita con base en los siguientes argumentos: i) que el acuerdo del Consejo de Ministros, en cumplimiento del cual se transmitían los terrenos en cuestión, se incardinaba en una operación de reestructuración del sector público empresarial del Estado, consistente en la extinción de una sociedad estatal mediante la cesión global de sus activos a otra sociedad estatal, la cual, seguidamente, tenía que transmitir a una entidad pública empresarial la propiedad de los

de los cambios de titularidad de las participaciones siempre que ésta tenga lugar entre personas jurídico-públicas del Estado. El fundamento de estas modulaciones que se imponen sobre relaciones jurídicas y estatutos sociales existentes al entrar en vigor este precepto, entre ellas las relativas a los derechos de adquisición preferente o al mantenimiento de los negocios jurídicos, es claro.

En concreto, como verdaderos actos de reordenación de participaciones societarias dentro del sector público estatal, los cambios de titularidad que se produzcan por razón de este precepto entre entidades públicas no son otra cosa que un efecto reflejo del cambio del órgano o entidad con competencia administrativa para ejercer las facultades inherentes a la titularidad de tales participaciones. En este sentido, un cambio de adscripción ejecutado en virtud de la presente norma no supone alteración de los niveles de solvencia o seguridad de las relaciones jurídicas en las sociedades participadas, ni implica la entrada de un tercero ajeno al ámbito societario, sino que, por el contrario, solamente supone un cambio del órgano competente con mantenimiento de la titularidad estatal».

⁴¹ P. OLIVERA MASSÓ (2008), «Comentario al art. 168 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones públicas», en J. DE FUENTES BARDAJÍ (dir.) e I. GAYARRE CONDE (coord.), *Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones públicas*, Cizur Menor: Aranzadi. El autor explica que, a diferencia de la modificación de las competencias de los órganos administrativos, que se lleva a cabo a través de una norma, la modificación de las competencias que un organismo o entidad tiene sobre una sociedad mercantil se opera a través del cambio de propietario de las acciones de la misma. El autor califica, por ello, esta regulación como una potestad administrativa atribuida al Consejo de Ministros para cambiar la titularidad de las participaciones entre las empresas del sector público estatal.

terrenos en cuestión⁴²; ii) que aun cuando esta multiplicidad de empresas públicas tengan personalidad jurídica y patrimonio propios, se trata, en rigor, de entidades instrumentales cuya propiedad última apunta al propio Estado, que es quien, directa o indirectamente, tiene la titularidad del capital social de estas empresas, lo que significa que el carácter oneroso de esas operaciones no se compadece bien con la condición de propietario o titular único de ese patrimonio empresarial que es quien a través de su máximo órgano, el Consejo de Ministros, ordena esa operación de reestructuración de tal patrimonio; y, por último, iii) que el principio de presunción de onerosidad de los negocios jurídicos, que tiene su campo natural de aplicación en el tráfico mercantil, no puede aplicarse en un ámbito muy distinto, cual es el conjunto de operaciones que se efectúan para reorganizar o reestructurar un sector empresarial que pertenece a un único propietario o titular y en el que no concurren las notas propias del tráfico mercantil, esto es, no son operaciones libremente acordadas por las sociedades afectadas por dicho acuerdo, sino, muy distintamente, operaciones impuestas a las mismas en virtud del poder de dirección que, como dominus, ostenta el Estado y que el mismo ejerce a través de su máximo órgano en su esfera o poder ejecutivo.⁴³

C) El régimen de impugnación de actos entre entes del sector público

La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 28/1999) niega la legitimación activa a las entidades de derecho público dependientes o vinculadas al Estado, a las comunidades autónomas o a las entidades locales, para recurrir la actividad de

⁴² El Consejo de Ministros adoptó el Acuerdo de 30 de abril de 2010, de racionalización del sector público empresarial, en virtud del cual la sociedad Inguinsa, S. A. se extinguía mediante la cesión global de sus activos (entre los que estaban los terrenos adquiridos para la ejecución del parque empresarial «El Rebollar») a su único accionista, la sociedad Infoinvest; la cual quedaba obligada a transmitir «seguidamente» a la entidad pública empresarial SEPES la propiedad de los terrenos adquiridos para la ejecución del parque empresarial en cuestión, conforme al Convenio de colaboración que habían firmado, en 2006, la SEPI y el Ayuntamiento de Requena.

⁴³ Dictamen de la Abogacía del Estado de 25 de marzo de 2015, JUR\2015\129070.

la Administración pública de la que dependan. Por tanto, aunque sean personas jurídicas distintas a «su» Administración, los organismos públicos no pueden interponer recurso contencioso- administrativo contra la actividad de la misma⁴⁴.

De manera más amplia, aunque solo aplicable al ámbito del Estado, se ha establecido un régimen de solución de controversias jurídicas entre los entes públicos y privados del sector público estatal verdaderamente excepcional, pues no solo prohíbe los recursos —administrativos y contencioso-administrativos— entre estos entes, sino que, además, establece un procedimiento interno de solución de controversias en el que la última palabra, sin posibilidad de recurso, la tiene el Estado a través de una comisión integrada por varios ministros.

En efecto, la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, establece que las controversias jurídicas relevantes⁴⁵ que se susciten entre la Administración General del Estado y cualquiera de sus organismos públicos se resolverán por el procedimiento previsto en este precepto, sin que pueda acudir a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias. Este procedimiento —continúa diciendo la Ley— será, asimismo, aplicable a las controversias jurídicas que se susciten entre las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su Ministerio de tutela, la Dirección General de Patrimonio o los organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación de aquellas, salvo que se establezcan mecanismos internos de resolución de controversias.

⁴⁴ Art. 20. c) LJCA. El precepto exceptúa de la prohibición a las Administraciones independientes, esto es, a los entes a los que «la Ley haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración»

⁴⁵ Según el apdo. 2 de la DA única de la Ley 11/2011, «a los efectos de esta disposición, se entenderán por controversias jurídicas relevantes aquellas que, con independencia de su cuantía, generen o puedan generar un elevado número de reclamaciones, que tengan una cuantía económica de al menos 300 000 euros o que, a juicio de una de las partes, sea de esencial relevancia para el interés público».

El procedimiento consiste en que, planteada una controversia, las partes enfrentadas la pondrán, de forma inmediata, en conocimiento de la Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas, la cual estará presidida por el ministro de la Presidencia y tendrá como vocales natos al ministro de Economía y Hacienda y al ministro de Justicia, correspondiendo también a este último designar, dentro de su ámbito, al órgano que ejerza la secretaría de la Comisión. Además, se integrarán en la Comisión el ministro o ministros de los departamentos afectados por la controversia.

Como ya he adelantado, la Comisión dictará resolución estableciendo de forma vinculante para las partes las medidas que cada una de ellas deberá adoptar para solucionar el conflicto o controversia planteados, no siendo dicha resolución recurrible ante los tribunales de justicia por las partes en conflicto.

En resumen, pues, las personas jurídicas del sector público estatal, a pesar de ser eso, personas jurídicas distintas de la Administración General del Estado, no pueden recurrir ni contra esta ni contra el resto de entidades del sector público estatal, lo que, en el fondo, denota, una vez más, que la personalidad jurídica para el derecho público no tiene el mismo significado que para el derecho privado ya que, en general, se diluye en la personalidad jurídica única del ente del que son meros instrumentos o formas de organización interna⁴⁶.

⁴⁶ El apdo. 6º de la DA única de la Ley 11/2011 establece que este procedimiento de resolución de controversias no se aplicará: a) a cuestiones de naturaleza penal, pero sí a las relativas al ejercicio de las acciones civiles derivadas de delitos o faltas; b) a cuestiones de responsabilidad contable que sean competencia del Tribunal de Cuentas, sujetas a la legislación específica reguladora de éste; c) a conflictos de atribuciones entre distintos órganos de una misma Administración pública, que se regularán por sus disposiciones específicas; d) a las cuestiones derivadas de las actuaciones de control efectuadas por la Intervención General de la Administración del Estado, reguladas con carácter específico en la Ley 47/2003, General Presupuestaria, en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, y demás normas de desarrollo de las mismas.

El Tribunal Supremo ha demostrado, recientemente, tener también esa concepción de lo que deba entenderse por personalidad jurídica en el derecho administrativo, al prescindir de la personalidad jurídica, propia y diferenciada, de un organismo autónomo respecto de su comunidad autónoma, para concluir que, a efectos de entender interrumpido el plazo de prescripción de una acción, es indiferente que quien reclame la deuda sea el ente acreedor de la misma, o la comunidad autónoma de la que dicho ente depende. Todo ello sobre la base de acudir a una categoría —la de «la cesta única de los créditos» de la Hacienda autonómica— que podríamos traducir por la idea de que «Hacienda son todos», es decir, todos los entes de un sector público y que, por lo tanto, la personalidad jurídica diferenciada es, a estos efectos, un dato irrelevante⁴⁷.

En efecto, en virtud de sucesivos convenios firmados por una universidad, la Comunidad de Madrid y el IVIMA, este último construyó y entregó a la universidad viviendas para estudiantes y, en su día, reclamó la cantidad correspondiente a su coste. A pesar de que había sido el IVIMA el que había requerido a la universidad el pago de lo debido, fue la comunidad autónoma la que interpuso un recurso contencioso-administrativo contra lo que denominó «desestimación presunta del requerimiento de pago». El Tribunal Superior de Justicia entendió que la acción había prescrito, pues la Comunidad de Madrid no había reclamado la deuda y, al no ser el IVIMA quien interponía el recurso contencioso-administrativo, no podía considerarse que sus sucesivos requerimientos de pago hubieran interrumpido el plazo de prescripción. La universidad argumentó, entre otras cosas, que al ser únicamente el IVIMA el que le había requerido el pago, y tratarse de un organismo autónomo con personalidad jurídica diferenciada de la comunidad autónoma, no se había interrumpido la prescripción por no darse la necesaria identidad subjetiva y objetiva.

El Tribunal Supremo no lo entendió así, pues, como ya he adelantado, estimó que los requerimientos del IVIMA sí habían interrumpido la prescripción de la reclamación que

⁴⁷ STS de 27 de noviembre de 2012, recurso 318/2012. Sobre esta cuestión también versa la STS de 2 de enero de 2013, recurso 1687/2012.

luego ejercería la Comunidad de Madrid en la vía judicial. Sus argumentos, que reproduzco a continuación, conducen, en último término, a sostener que la personalidad jurídica de los entes instrumentales de las administraciones públicas no se diferencia de la personalidad jurídica de la Administración, dada la relación de dependencia que existe entre aquellos y esta.

Lo que el Tribunal Supremo argumenta en esta sentencia, dicho sea en términos muy resumidos, es lo siguiente:

El crédito del organismo autónomo IVIMA se integra en la cesta de créditos de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, en virtud del Convenio celebrado entre esta y la Universidad.

El IVIMA, que es quien realizó los requerimientos de pago, es una persona jurídica con «cierta autonomía formal», pero «que no se desvincula del ente matriz creador», ni tiene frente a él «una independencia absoluta».

La vinculación e «interconexión máxima» que existe entre la Comunidad de Madrid y el IVIMA «ha de conducir inexorablemente a admitir la actividad del ente matriz en defensa y protección de los recursos que integran los medios económicos del organismo, puesto que los mismos son fondos públicos destinados al cumplimiento de las finalidades públicas que tiene encomendadas».

En conclusión —dirá el Tribunal Supremo— «no podemos estimar que no pueda la Comunidad de Madrid litigar en defensa de derechos que forman parte de sus organismos personificados puesto que esa autonomía funcional se centra en el cumplimiento de sus objetivos para el que asignan recursos, pero en ningún caso lo independizan del ente matriz, que sigue ostentando potestades de control y tutela sobre el mismo puesto que son fondos públicos los que se ventilan».

Así, pues, según el Tribunal Supremo, tratándose de fondos públicos, «la cesta» de los créditos es única y, por eso, la Comunidad de Madrid puede reclamar el pago de los mismos, aunque lo haga fuera de plazo, pues, a pesar de que dicha ley diga que prescribirá

a los cuatro años el derecho de las instituciones y de la Administración de la Comunidad y de sus organismos autónomos al cobro de sus créditos (art. 36.1 de la Ley 9/990), el Supremo entiende que ese derecho, que corresponde a cada uno de los entes personificados, puede reclamarlo el acreedor, con efectos interruptivos de la prescripción, pero también el que no es acreedor, aunque antes no lo haya reclamado, porque Hacienda son todos los entes del sector público que, a estos efectos, no se diferencian como personas distintas.

Si ello es así, en aplicación del principio *ubi commodum, ibi incommodum*, debería concluirse que si, a efectos de cobrar créditos por parte de los entes del sector público la cesta es solo una, a efectos de pagar deudas también debería serlo y, sin embargo, eso ya no es tan evidente, como expondré en el siguiente epígrafe.

5. REFLEXIÓN FINAL, A LA LUZ DE TODO LO EXPUESTO, ACERCA DE UNA CUESTIÓN PRÁCTICA: ¿DEBE O NO RESPONDER LA ADMINISTRACIÓN MATRIZ POR LAS DEUDAS DE SUS SOCIEDADES MERCANTILES?

A falta de una norma que, con carácter general, establezca explícitamente que las administraciones públicas responderán de las deudas contraídas por sus sociedades mercantiles, habrá que concluir que para las sociedades del sector público rige el principio de separación de la responsabilidad de la sociedad y de sus socios, consagrado en el art. 1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Sin embargo, por todo cuanto aquí se ha expuesto, existen razones para poner en cuestión que, en el sector público, deba aplicarse, en los mismos términos que se aplica en el sector privado, la regla según la cual los socios que, en este caso serían la Administración pública o sus organismos públicos, no responden de las deudas de la sociedad.

En efecto, cabría preguntarse por qué se ha de aplicar esta regla, propia del derecho privado, en el sector público cuando, a lo largo de este trabajo, se ha puesto de manifiesto que las sociedades mercantiles públicas no son, realmente, personas jurídico-privadas, sino «un híbrido» de personificación jurídica al que antes que el derecho privado y preferentemente al derecho privado, se le aplica el derecho administrativo. O por qué

debería aplicárseles el principio consagrado en el art. 1 de la Ley de Sociedades de Capital, cuando, a pesar de revestir la forma jurídico-privada de sociedad, el derecho público las llama «poderes públicos» e, incluso, reconoce que pueden ejercer potestades públicas y dictar actos administrativos.

Pero, sobre todo, por qué aplicarles el principio de incomunicabilidad de la responsabilidad, que no es más que la consecuencia de la existencia de una personalidad jurídica y un patrimonio propios y diferenciados, cuando el derecho público y los tribunales que lo aplican equiparan a las sociedades mercantiles con su socio (la Administración titular de sus acciones), negando que exista una personalidad jurídica realmente diferenciada y argumentando, como ha quedado expuesto en páginas anteriores, que la personificación, en derecho público, es solamente «una alternativa organizadora»; «un medio práctico de ampliar su acción social y económica», o «una pura técnica organizativa dirigida a conseguir [...] un marco de flexibilidad de actuación no ofrecido por el Derecho administrativo [...]».

5.1. Resumen de los pronunciamientos de la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa sobre la cuestión.

Si tuviésemos que responder con un sí o un no a la pregunta de cuál es el criterio que aplican los tribunales cuando tienen que resolver la cuestión de si la Administración matriz de una sociedad mercantil —o, en general, de un ente institucional— es responsable o no de las deudas de sus entes instrumentales, no podríamos hacerlo. Y ello, por la sencilla razón de que, en esta, como en tantas otras cuestiones capitales, no hay un criterio jurisprudencial unánime, ni tan siquiera inequívocamente mayoritario. En efecto, frente al criterio de la equiparación o confusión de la Administración con sus entes instrumentales que, como hemos visto, los tribunales han aplicado en numerosas ocasiones al revolver cuestiones de la más de diversa índole, cuando se trata de dar respuesta a la cuestión —más concreta y, también, más onerosa para la Hacienda pública— de si la Administración responde o no por las deudas de las personas jurídicas que de ella dependen, entonces las respuestas de los tribunales fluctúan entre, básicamente, dos posiciones, a saber: la que considera que la existencia de la personalidad jurídica, también en derecho administrativo,

impide imputar a la Administración matriz la responsabilidad contraída por sus entes o entidades instrumentales; y la posición que, por el contrario, entiende que no hay una distinción real entre la Administración y su ente instrumental y que, por consiguiente, responde la Administración; posición esta segunda que, a veces, se apoya en la teoría del levantamiento del velo y otras no⁴⁸.

Entre las sentencias que aplican el principio de separación de responsabilidades, cabe destacar la del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 31 de diciembre de 1993, en la que, ante una reclamación por un accidente de trabajo en una residencia de mayores, el Tribunal Supremo concluye que no debía responder el Ministerio de Trabajo (en contra de lo que habían mantenido el Juzgado de primera instancia y la Audiencia), sino el organismo autónomo del que dependía la residencia:

[...] la teoría de la unidad institucional del Estado no puede desconocer la legislación sobre Organismos Autónomos y la personalidad propia e independiente del Inerser, así como su patrimonio separado, que impiden el desplazamiento de la responsabilidad extracontractual; la doctrina del levantamiento del velo, que parte de la existencia de mala fe, actuar fraudulento o abusivo en la personalidad jurídica para evitar responsabilidades, tampoco puede trasladarse al Estado y sus organismos autónomos, pues en modo alguno pueden achacárseles tales conductas en la organización de sus instituciones⁴⁹.

⁴⁸ Sobre la aplicación del levantamiento del velo en el derecho administrativo, véase S. ORTIZ VAAMONDE (2004), *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, Madrid: La Ley; M. A. RECUERDA GIRELA (2012), «La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo como técnica para el cobro de las deudas de los entes del sector público», en M. A. RECUERDA GIRELA (dir.), *La morosidad del sector público en el cumplimiento de sus obligaciones* (págs. 679-717), Madrid: Civitas.

⁴⁹ STS de 31 de diciembre de 1993, recurso 1890/1991.

Más recientemente —2013 y 2015—, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en un supuesto en el que se trataba de determinar si el Ministerio de Hacienda respondía por determinadas actuaciones del Consorcio de la Zona Franca de Vigo, ha llegado a la misma conclusión que la Sala de lo Civil, pero por un «camino» argumental muy distinto al seguido por esta en la Sentencia de la Sala de lo Civil a la que antes me he referido. En estos dos casos, la Sala de lo Contencioso-Administrativo concluye que el Ministerio no responde porque no se ha acreditado que tutele la actuación del Consorcio y porque no existe un recurso de alzada impropio contra los actos del Consorcio ante el Ministerio⁵⁰. Lo que parece indicar que, de haberse acreditado la existencia de tutela por parte del Ministerio sobre el Consorcio, puesta de manifiesto, singularmente, pero no exclusivamente, por la existencia de un recurso de alzada impropia, la conclusión hubiera sido la contraria.

También la Audiencia Nacional ha sostenido el principio de separación de personalidad jurídica y, por consiguiente, de responsabilidades, en un caso en el que se trataba de dilucidar si la Tesorería General de la Seguridad Social podía presentar una reclamación de daños y perjuicios frente a la Administración General del Estado (Ministerio de Justicia), basada en el funcionamiento anormal de los tribunales de justicia⁵¹. La Abogacía del Estado, haciendo uso de la teoría de la confusión de personalidades, argumentó que la Tesorería de la Seguridad Social no podía ser considerada «otra» Administración, sino que era un organismo público dotado de personalidad jurídica con el principal cometido de administrar el patrimonio de la Seguridad Social, pero que estaba sometido a la Administración General del Estado, por lo que «es» la propia Administración del Estado. La Audiencia Nacional rechaza este planteamiento y viene a decir, muy

⁵⁰ SSTs de 5 de noviembre de 2013, recurso 156/2012 y de 20 de noviembre de 2015, recurso 1040/2014.

⁵¹ SAN de 4 de junio de 2008, recurso 36/2005. En el caso de autos, la Tesorería General de la Seguridad Social ejerció la acción de responsabilidad patrimonial, por funcionamiento anormal de la justicia, como consecuencia del daño que había sufrido por un error cometido por un Tribunal Superior de Justicia.

resumidamente expuesto, que los actos de los organismos públicos vinculados a una Administración pública son imputables a ellos mismos y no a la Administración matriz; que esa diferente imputación jurídica opera no solo frente a terceros, sino también entre los entes públicos entre sí; que cuando el legislador ha querido que la Administración matriz responda por los actos de sus entes instrumentales o vinculados, lo ha dispuesto expresamente (Ley 13/2000, MINTRA)⁵²; y, en definitiva, que la responsabilidad no se transmite, debiendo responder el ente público con cargo a su propio patrimonio.

Frente a este tipo de pronunciamientos judiciales, y otros que sostienen el mismo criterio⁵³, existen también numerosas sentencias que, partiendo de la identidad sustancial —por encima de la diferenciación formal— entre la Administración matriz y la persona jurídica vinculada a ella, aplican el criterio de la comunicabilidad de la responsabilidad entre una y otra, si bien argumen- tándolo de manera distinta e invocando, unas veces sí y otras no, la doctrina del levantamiento del velo.

En ocasiones, por ejemplo, se ha considerado que un ayuntamiento res- ponde, directamente, por los daños causados por una sociedad mercantil suya, argumentando que en derecho público actuar a través de una sociedad mer- cantil no es más que una técnica instrumental en la que la sociedad es un «ente filial puro y simple», que actúa externamente regulado por el derecho privado, pero que, internamente, pertenece a la Administración y está regido por esta. El hecho de que el ayuntamiento sea órgano de la sociedad municipal, y el alcalde, presidente de su Consejo —ha sostenido el Tribunal Supremo— es

⁵² Se trata de la Ley de modificación de la Ley 22/1999, de creación del Ente de Derecho Público MINTRA (Madrid, Infraestructuras del Transporte).

⁵³ Por ejemplo, la STS (Sala de lo Civil) de 26 de mayo de 1994, recurso 1353/1991; la SAN de 1 de diciembre de 2014, recurso 19/2013; y la STSJ del País Vasco de 5 de octubre de 2000. En el mismo sentido se pronuncian otras sentencias que pueden verse en el trabajo de M. A. RECUERDA GIRELA (2012), págs. 693-699, al que me remito.

«circunstancia más que suficiente para no considerar tercero o extraño al Ayuntamiento con respecto a la sociedad municipal demandada»⁵⁴.

En la misma línea, se ha considerado que era válida para interrumpir la prescripción la reclamación de deuda hecha a un ayuntamiento, en lugar de, como hubiera sido procedente, al Patronato municipal de la vivienda, que era el que había contratado con la empresa acreedora. En este caso, el Tribunal Supremo argumentó que la personalidad jurídica del Patronato no pasaba de ser un «recurso técnico-jurídico para agilizar y facilitar su gestión específica, pero sin que ello venga a representar, sobre todo en la práctica, que este Ente pueda ser considerado un auténtico penitus extranei respecto del Ayuntamiento matriz, como lo evidencia el que los principales miembros de la Junta rectora de aquél lo son por razón de los cargos desempeñados en éste»⁵⁵.

En determinada ocasión, la identificación total entre la Administración (un ayuntamiento) y una fundación suya llegó hasta el punto de afirmar, con total falta de rigor, y sin otra argumentación que la de que la personalidad jurídica solo es un instrumento para conseguir una gestión más ágil, que la fundación no era más que un «simple órgano» en las relaciones internas con el ayuntamiento y que, en consecuencia, a los efectos de considerar que la fundación contaba con determinado medio material que resultaba exigible para obtener una subvención, era suficiente con que lo tuviera el ayuntamiento⁵⁶.

Con mayor rigor, y sin necesidad de citar la doctrina del levantamiento del velo, el Tribunal Supremo ha sostenido que la personalidad y la capacidad de un ente instrumental

⁵⁴ STS (Sala de lo Civil) de 28 de mayo de 1984, RJ 1984\2800.

⁵⁵ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de junio de 1984, RJ 1984\3463.

⁵⁶ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de junio de 1988, RJ 1988\5319, en cuyo fundamento de derecho tercero puede leerse lo siguiente: «en consecuencia la cocina del Ayuntamiento es cocina del Patronato y de las demás organizaciones —personificadas o no— dependientes de aquél».

de una Administración pública (un organismo autónomo municipal que gestionaba un teatro) «son solo operativas o instrumentales» y que ello no supone nada más que la existencia de una autonomía funcional, lo cual «no es suficiente para relevar al ayuntamiento de responsabilidad, aunque solo sea subsidiaria en las obligaciones contraídas por el teatro para cumplimiento de fines municipales». A esta conclusión llega el Tribunal Supremo después de haber argumentado que la Presidencia y la Vicepresidencia del Consejo de Administración correspondían, respectivamente, al alcalde y al concejal delegado de Cultura; que seis vocalías correspondían a concejales del ayuntamiento y tres se reservaban para representantes de las demás administraciones públicas; que las dos restantes se asignaban a puestos de trabajo también de designación municipal y, finalmente, que también formaba parte del Consejo el secretario interventor del ayuntamiento. Asimismo se dice que el ayuntamiento tenía que aprobar sus presupuestos y su plantilla laboral, que el teatro no disponía de más bienes que los afectados por el ayuntamiento y que su financiación también era del ayuntamiento⁵⁷.

En sentido parecido, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, haciendo aplicación expresa de la doctrina del levantamiento del velo, condenó a un ayuntamiento a pagar la deuda contraída por una sociedad mercantil municipal sobre la base de argumentar que: i) el administrador único era el ayuntamiento en la persona de su alcalde y (ii) que el ayuntamiento había hecho desaparecer el activo de la sociedad mercantil impidiendo con ello el cobro de la cantidad que le había sido reconocida al demandante en sentencia firme. Se trata, pues, de un caso en el que en la jurisdicción contencioso-administrativa se ha aplicado la doctrina del levantamiento del velo en sentido estricto, es decir, entendiendo que dicha doctrina «autoriza a los Jueces a penetrar en el verdadero sustrato personal de las entidades y sociedades con el propósito de evitar que, en fraude de ley, hagan uso de la

⁵⁷ STS de 22 de septiembre de 1995, RJ 1995\7495.

personalidad jurídica independiente para causar perjuicios a los intereses públicos o privados»⁵⁸.

5.2. Una propuesta de solución al problema planteado

A la luz de todo lo expuesto, podemos constatar que además de no existir un criterio unitario en la jurisprudencia respecto de la cuestión analizada, los argumentos para aplicar una regla (separación de responsabilidades) o la contraria (comunicación de responsabilidades) son de la más variada índole, ya que, mientras que en unos casos se aplica el criterio de la separación y no comunicabilidad de responsabilidades con base, únicamente, en el argumento formal de la existencia de un ente dotado de personalidad jurídica propia; en otros, por el contrario, se trasciende del dato de la personalidad jurídica, bien afirmando, sin más, que en el sector público no hay una distinción real de personalidades, bien penetrando en el sustrato real de las personas jurídicas de que se trate para constatar si, no obstante la diferenciación de personas jurídicas, existe identidad en sus órganos de gestión, o si la Administración matriz ejerce la tutela sobre la sociedad mercantil, o si dicha Administración la financia, o, incluso, si ha existido un comportamiento abusivo o fraudulento por parte de la Administración matriz.

En mi opinión, una cuestión de tanta importancia —teórica y práctica— no debería seguir manteniéndose en el estado de confusión que aquí ha quedado descrito. Una cosa es que la casuística tenga necesariamente que llevar a soluciones distintas, según los supuestos que se planteen, y otra muy diferente es que renunciemos por completo a sentar unas bases que nos permitan llegar a una solución mínimamente coherente sobre la cuestión planteada. Y, en general, que nos permitan comprender qué significado tiene, realmente, para el derecho público, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles públicas.

⁵⁸ STSJ de 21 de junio de 2010, recurso 852/2009.

Para ello, creo que hay que partir del hecho de que existe una diferencia sustancial entre las sociedades mercantiles públicas y las privadas que radica en la razón de ser de las mercantiles públicas, es decir, en el porqué y para qué se crean.

Las sociedades mercantiles públicas se crean para «huir» de la rigidez del derecho administrativo y buscar la flexibilidad en el derecho privado. El mecanismo que consiste en realizar actuaciones propias de la Administración a través de una sociedad mercantil es, como tantas veces han dicho los tribunales⁵⁹, una técnica de organización administrativa consistente en crear un instrumento dotado formalmente de personalidad para gestionar — de forma especializada y con autonomía funcional— determinados asuntos de la competencia de las administraciones públicas. Siendo esto así, no es lógico que la consecuencia de crear este tipo de entidades sea que la personalidad jurídica diferenciada se levante como un muro ante el acreedor y excluya la responsabilidad de la Administración matriz, solo por el hecho de haber interpuesto una persona jurídica para llevar a cabo una actuación, que no deja de ser administrativa y de servicio al interés general, cuando lo único que se pretendía con ello era evitar los rigores del derecho administrativo.

Pero, sobre todo, la consecuencia no debería ser, en mi opinión, esa porque, tal y como ha quedado puesto de manifiesto, es el propio derecho administrativo el que, en un buen número de normas, identifica totalmente a la Administración matriz con sus entes instrumentales (cualquiera que sea la forma de personificación, pública o privada, de estos), negando, por tanto, que exista, realmente, una personalidad jurídica diferenciada en los entes instrumentales. Si son los propios tribunales y una pluralidad de normas de derecho administrativo los que equiparan la personalidad de la sociedad mercantil y, en general, de los entes instrumentales, a la de la Administración de la que depende, es lógico que el

⁵⁹ Conviene recordar que, en todas las sentencias que aquí se han citado, en las que los tribunales vienen a decir que la personalidad jurídica, en derecho público, no es más que una forma de agilizar la realización de actividades públicas, se da la circunstancia de que los tribunales no hacen diferencia alguna por el hecho de que el ente instrumental sea un organismo público o una sociedad privada.

tercero que entabla una relación jurídica con este tipo de entes perciba la existencia de un único sujeto. Es decir, es lógico que el tercero identifique a la sociedad con su Administración, produciéndose, por tanto, en derecho público esa «confusión de esferas» que tiene lugar cuando «se desdibuja hacia fuera la separación entre la sociedad o el socio... y se crea la apariencia frente a terceros de que quien actúa es el socio»⁶⁰.

Es por ello por lo que considero que, en el ámbito del sector público, la regla debería ser que se pudiera exigir responsabilidad a la Administración matriz por las deudas de su ente instrumental, no de forma directa, porque ello supondría vaciar de todo significado a la personalidad jurídica, pero sí de forma subsidiaria cuando su ente instrumental no respondiera de sus deudas, mientras que la excepción debería ser la incomunicabilidad de responsabilidades⁶¹.

Así, pues, en el supuesto de que una sociedad mercantil pública no responda de sus deudas, debería responder su Administración (u organismo público) matriz, como regla general, salvo que, analizadas las circunstancias concretas del caso, se pusiera de manifiesto la existencia de elementos suficientemente reveladores de que, en contra de la presunción de identidad sustancial de personalidades jurídicas que es propia y característica del sector público, existe realmente una separación o independencia de personalidades. Estas circunstancias podrían ser, por ejemplo, y entre otras, que se tratase de una sociedad en la que el capital no fuese íntegramente público; en la que no existiese financiación pública, sino que se financiara con su propia actividad en el mercado; en la que ninguna de sus

⁶⁰ C. PAZ ARES (2012), «Las sociedades mercantiles», en A. MENÉNDEZ y A. ROJO (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil* (pág. 357), vol. I, Cizur Menor: Aranzadi

⁶¹ L. PAREJO ha llegado incluso a afirmar que «no existe legalmente velo alguno que levantar» y que «es la Ley la que directamente lo levanta, de suerte que la Administración matriz puede ser hecha responsable por las obligaciones incumplidas por sus organizaciones instrumentales», en (2006), «*El juego de la técnica del levantamiento del velo en el caso de personas jurídicas creadas por o en mando de la Administración pública*», *Revista Jurídica de las Islas Baleares*, 4, págs. 9-34.

actuaciones estuviera sometida a autorización previa ni a ningún otro mecanismo de control o tutela por parte de la Administración matriz; en la que las personas que integraran sus órganos de dirección o de gestión no fuesen las mismas personas titulares de los órganos de la Administración matriz, y, en general, cualquier otra circunstancia que, aislada o conjuntamente considerada, acreditase la existencia de una independencia real entre personalidades y patrimonios y no, simplemente, de una mera autonomía funcional.

Frente a lo que propongo cabría objetar que puede resultar incompatible con el derecho de la UE y, más concretamente, con la regla según la cual las sociedades mercantiles públicas deben actuar en igualdad de condiciones con las empresas privadas. Entiendo, sin embargo, que ello no sería obstáculo si se tienen en cuenta las dos circunstancias siguientes: en primer lugar, que esa regla resulta de aplicación solo a las sociedades mercantiles que, realmente, realicen actividades de mercado y en condiciones de mercado; en cuyo caso, por lo general, y precisamente por ello, estarían en la excepción al principio de la presunción de identidad sustancial de personalidades jurídicas que aquí he defendido. Y, en segundo lugar, porque también, en el ámbito del derecho de la UE, ha quedado puesto de manifiesto que la forma de personificación privada y la existencia de una personalidad jurídica diferenciada no son elementos suficientes para romper la unidad estructural de la Administración pública y de sus entidades dependientes. Baste recordar, a este respecto, las palabras del Tribunal de Justicia de la UE, en su conocida sentencia sobre el caso de la sociedad mercantil española SIEPSA⁶², en la que se trataba de determinar si la sociedad mercantil tenía o no la consideración de «organismo de Derecho público», a efectos de contratación:

[...] con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de SIEPSA, parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del

⁶² STJUE de 16 de octubre de 2003, asunto C-283/00; apdo. 91

Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA.

Así, pues, frente a la posibilidad teórica de que las sociedades mercantiles públicas pueden entrar en concurso⁶³, el Tribunal de Justicia de la UE viene a reconocer precisamente eso: que no es más que una posibilidad teórica. La realidad, por tanto, se impone a la ficción que, a menudo, crean las formas y los nombres en derecho.

⁶³ La Ley 22/2003, Concursal, en su art. 1.3, excluye de la posibilidad de ser declaradas en concurso únicamente a las entidades que integran la organización territorial del Estado, a los organismos públicos y a los demás entes de derecho público, pero no a las entidades de derecho privado del sector público.