

ius
PUBLICUM NETWORK REVIEW

N.2
2018

ISSN 2039-2540



Index

Articles

1. Stéphane de la Rosa - Les enjeux du contrôle juridictionnel des prix réglementés de l'énergie. A propos des affaires « Anode » devant le Conseil d'Etat
2. Laurence Folliot-Lalliot, Peter McKeen - Procurement and smart cities: exploring examples on both sides of the Atlantic
3. Lea Di Salvatore - Encouraging public entities to settle environmental disputes through mediation in Italy. Theoretical analysis, practical evidences, possible solutions
4. Christoph Krönke - Innovation partnerships: purpose, scope of application and key elements of a new instrument of strategic procurement
5. Silvia Ponzio - An overview of innovative procurement

Reports

6. Construction, city planning and zoning - Espropriation/Taking
 - a. ESP: Tomás-Ramón Fernández, El contencioso urbanístico y su necesaria reforma
7. European Law, Comparative Law, Constitutional Law and International Law - Human Rights
 - a. FRA: Olivier Le Bot, Un État D'urgence Permanent ?

**LES ENJEUX DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES PRIX RÉGLEMENTÉS
DE L'ÉNERGIE**

A PROPOS DES AFFAIRES « ANODE » DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Stéphane DE LA ROSA*

INDEX

ABSTRACT

- 1. LA SPÉCIFICITÉ FRANÇAISE EN MATIÈRE DE PRIX RÉGLEMENTÉS**
- 2. LE CONTEXTE HISTORIQUE D'APPRÉCIATION DE LA LÉGALITÉ DES PRIX RÉGLEMENTÉS DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF**
- 3. LE RENOUVELLEMENT D'UN CADRE D'ANALYSE DES PRIX RÉGLEMENTÉS SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 106§2 TFUE**
- 4. L'EXAMEN DES TARIFS RÉGLEMENTÉS DU GAZ: LE REJET DES JUSTIFICATIONS TIRÉES D'OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC (CE, 18 JUILLET 2018, ANODE, N° 370321)**
- 5. L'EXAMEN DES TARIFS RÉGLEMENTÉS DE L'ÉLECTRICITÉ: LA JUSTIFICATION POSSIBLE TIRÉE DE LA STABILITÉ DES PRIX (CE, 19 MAI 2018, ANODE, N° 413688).**
- 6. UN ENJEU COMMUN SUR LE TERRAIN DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL: L'EXAMEN DE PROPORTIONNALITÉ**

ABSTRACT

En moins d'une année, le Conseil d'Etat français a eu à statuer dans deux affaires portant sur l'utilisation de prix réglementés, fixés par voie d'arrêtés ministériels, en matière de gaz et d'électricité. Suite à des recours en excès de pouvoir introduits par l'ANODE, l'association professionnelle qui regroupe les fournisseurs d'énergie nouveaux entrants¹, la haute juridiction a rendu deux arrêts importants – l'un en septembre 2017 (prix du gaz)², l'autre en mai 2018 (prix de l'électricité)³ –, qui systématisent la méthodologie suivie par le juge administratif français pour examiner de la légalité de décrets instituant des prix au regard du droit de l'Union et, plus spécifiquement, de l'article 106§2 du TFUE⁴.

* Professeur de droit public à l'Université Paris-Est Créteil, Directeur du laboratoire MIL EA 7382

¹ Depuis septembre 2006, l'ANODE est une association qui assure la défense des intérêts collectifs de fournisseurs d'énergie alternatifs aux opérateurs historiques (essentiellement, Direct Energie, Eni gas & power France, Gaz Européen, Lampiris, Planète OUI et SAVE).

² CE, ass., 19 juillet 2017, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, n° 370321; comm. S. de La Rosa, « Les prix réglementés et les marchés de l'énergie: disparition, sursis, adaptation? », *Rev. Française Droit Administratif* 2017, n° 6, p. 1099 ; F. MARTUCCI, *Revue Concurrences*, n° 4-2017.169.

³ CE, ass., 19 mai 2018, *Société ENGIE et Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, n° 413688 et 414656, comm. CL. BOITEAU, P. GEOFFRON, *Rev. Française Droit Administratif* 2018 n° 4, p. 686.

⁴ Rappelons qu'aux termes de l'article 106§2 du TFUE, « Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus ». Depuis la célèbre décision *Corbeau* (CJCE, 19 mai 1993, *Procédure pénale c. Paul Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec. p.* I-2563), cet article est conçu comme le fondement en droit primaire pour justifier des droits spécifiques, notamment sous forme d'exclusivité, dont peuvent bénéficier les entreprises publiques, afin de compenser leurs missions particulières et la satisfaction de besoins d'intérêt général qui présentent un caractère économique.

Ces décisions méritent d’être présentées au-delà de la doctrine française. Dans une perspective comparée, le régime français des prix réglementés du gaz et de l’électricité fait figure d’exception en Europe: la France est l’un des rares Etats à conserver un régime administratif pour les prix de l’énergie (en faisant coexister un régime concurrentiel), avec une fixation de ceux-ci par la voie d’arrêtés ministériels (I). Si le contentieux des prix correspond à un contentieux ancien, qui s’est progressivement raréfié devant le juge administratif (II), l’ouverture à la concurrence des marchés de l’énergie a eu pour effet de le raviver.

Outre l’appréciation de la pertinence et de l’efficacité de ces tarifs dans un marché ouvert, les affaires jugées par le Conseil d’Etat sont illustratives, au plan du raisonnement contentieux, d’un enjeu d’appropriation par le juge interne du principe de proportionnalité. Sur renvoi préjudiciel du Conseil d’Etat, la Cour de justice a rappelé dans son arrêt *ANODE* de septembre 2016⁵ la portée du principe de proportionnalité pour apprécier la compatibilité d’une réglementation étatique – tel qu’un régime de prix – au regard de l’article 106§2. Son arrêt confirme une solution préalablement dégagée dans l’arrêt *Federutility*, relative au régime italien de prix réglementés pour le gaz⁶. Il en ressort la constitution d’un cadre d’analyse spécifique pour apprécier cette forme d’intervention étatique dans l’économie, avec un examen poussé des motifs de justification et de l’adéquation d’un dispositif de réglementation tarifaire (III).

En s’appuyant sur l’interprétation développée par la Cour dans les arrêts *Federutility* puis *ANODE*, le Conseil d’Etat a apprécié différemment la légalité des prix

⁵ CJUE, 7 septembre 2016, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) c. Ministre de l’Économie, de l’Industrie et du Numérique, Commission de régulation de l’énergie, ENGIE, anciennement GDF Suez*, aff. C-121/15, ECLI:EU:C:2016:637.

⁶ CJUE, gr. ch., 20 avril 2010, *Federutility e.a. contre Autorità per l’energia elettrica e il gas*, aff. C-265/08, Rec. p. I-3377; comm. L. IDOT, *Europe* n° 6, juin 2010, comm. 206; S. RODRIGUES, *Concurrences* n° 3-2010, rubrique Secteur Public 2-1.

réglementés: si le système de réglementation a été jugé non conforme pour le gaz (IV), il est considéré comme étant possible dans son principe pour l'électricité, sous réserve de ne pas aller au-delà du nécessaire pour atteindre des objectifs d'intérêt économique général (V). L'intérêt de ces deux arrêts est double: outre qu'ils conduisent à des solutions distinctes selon le type d'énergie, ils illustrent la difficulté à concevoir la mise en œuvre du principe de proportionnalité dans le cadre de l'article 106§2 TFUE (VI).

1. LA SPÉCIFICITÉ FRANÇAISE EN MATIÈRE DE PRIX RÉGLEMENTÉS

Ainsi que l'illustrent les rapports de l'ACER (Agence de coopération des régulateurs de l'énergie), la France fait partie des quelques Etats, avec la Pologne, l'Espagne, la Roumanie, le Portugal, Malte, la Lettonie la Hongrie, Chypre et la Bulgarie, à avoir maintenu un dispositif dans lequel le pouvoir réglementaire (le ministre de l'économie) fixe par voie d'arrêté un prix de fourniture, calculé sur au regard d'une formule de coût qui prend en compte les coûts d'approvisionnements⁷. Des systèmes similaires se retrouvent également dans des Etats non membres de l'Union mais partie à la Communauté européenne de l'énergie⁸.

Le régime de prix réglementés est défini et précisé par plusieurs articles du Code de l'énergie. Il est conçu, en droit français, comme une dérogation au principe général de liberté des prix, selon lequel, en vertu de l'article de L. 410-2 du Code du commerce, "les prix des biens, Toutefois, l'al. 2 de l'article L. 410-2 prévoit que " dans les secteurs ou les

⁷ ACER/CEER, Retail Markets Monitoring Report, Ref. C17-MMR-83-02, 21 November 2017, <https://www.ceer.eu/documents/104400/6122966/Retail+Market+Monitoring+Report/56216063-66c8-0469-7aa0-9f321b196f9f>

⁸ Ces régimes de réglementation demeurent généralisés dans les Etats parties à la communauté de l'énergie, à savoir l'Albanie, la Bosnie, la Géorgie, le Kosovo, la Macédoine, la Moldavie, le Monténégro, la Serbie et l'Ukraine.

zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'Etat peut réglementer les prix après consultation de l'Autorité de la concurrence". C'est sur le fondement de cette disposition que furent adoptées les dispositions dérogatoires du Code de l'énergie, qui régissent le régime des prix réglementés. S'agissant du gaz, l'article L. 445-3 de ce code prévoit que "les tarifs réglementés de vente du gaz naturel sont définis en fonction des caractéristiques intrinsèques des fournitures et des coûts liés à ces fournitures. Ils couvrent l'ensemble de ces coûts à l'exclusion de toute subvention en faveur des clients qui ont exercé leur droit prévu à l'article L. 441-1. Ils sont harmonisés dans les zones de desserte respectives des différents gestionnaires de réseaux de distribution". Pour l'électricité, l'article L. 337-6 prévoit que "les tarifs réglementés de vente d'électricité sont établis par addition du prix d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, du coût du complément d'approvisionnement au prix de marché, de la garantie de capacité, des coûts d'acheminement de l'électricité et des coûts de commercialisation ainsi que d'une rémunération normale de l'activité de fourniture".

Ces dispositions techniques fondent un régime relativement complexe de tarification. Pour le gaz, la fourniture du tarif réglementé n'est possible que pour un nombre limité d'opérateurs, qui sont habilités à la proposer: outre le fournisseur historique, à savoir GDF Suez, devenu Engie, il est ouvert à 22 entreprises locales de distribution et à Total Energie Gaz. Par ailleurs, seuls peuvent en bénéficier des consommateurs domestiques et des consommateurs finals non domestiques s'ils consomment moins de 30 000 kWh/an. Le calcul de ces tarifs repose sur un principe de couverture des coûts avec une part fixe et une part variable liée à la consommation effective. La détermination des tarifs se fait par voie réglementaire, par un arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et de l'énergie, sur avis de la Commission de régulation de l'énergie (la CRE). Pour l'électricité, la tarification repose sur la technique de l'empilement des coûts, en additionnant des coût d'acheminement, des coûts d'approvisionnement (en partant de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique), des coûts d'approvisionnement en capacité et des coûts de commercialisation (art. L. 337-6 du Code de l'énergie). Ces tarifs sont proposés, à leur demande, aux

consommateurs finals domestiques et non domestique pour leurs sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères (art. L. 337-7 du Code de l'énergie).

Ce régime n'est pas identique au régime italien dit de la 'maggior tutela', qui renvoie à l'existence d'une offre de standard (ou prix de référence) au regard de laquelle se définissent les offres de marché⁹. Celui-ci avait été au centre de l'affaire Federutility¹⁰, dans laquelle la Cour, statuant sur le fondement de l'ancienne directive 2003/55, avait considéré qu'un tel régime de prix de référence pouvait être justifié, à la triple condition qu'il poursuive un intérêt économique général consistant à maintenir le prix de fourniture du gaz au consommateur final, qu'il ne porte pas atteinte à la libre fixation des prix que dans la mesure du nécessaire et que la définition des prix repose sur des garanties procédurales de prévisibilité, non-discrimination et transparence. A court terme, ce régime devrait disparaître: en vertu du décret-loi n° 91/2018, l'abrogation du régime « maggior tutela » est prévue pour le 1er juillet 2020.

Pour la plupart des acteurs du marché de l'énergie, ces prix – réglementés ou de référence – vont à l'encontre de la finalité concurrentielle des directives et ne servent pas la protection des consommateurs en maintenant les prix artificiellement haut ou, à tout le moins, dissociés de la réalité des forces du marché. Plusieurs arguments sont avancés pour justifier leur remise en cause : les changements de fournisseurs sont très faibles en présence de prix réglementés, les nouveaux entrants ont une confiance moindre dans le marché, les critères pour leur détermination et leur perception ne sont toujours pas transparents, ils

⁹ Sileo A., The Italian retail electricity and natural gas markets: a slow march, <https://www.unibocconi.eu/wps/wcm/connect/bb0063ef-7914-4fd0-a997-e6ca7fa4525f/ISPI+18+marzo+2015.pdf?MOD=AJPERES>

¹⁰ Aff. C-265/08, op. cit.

maintiennent des prix artificiellement haut¹¹. Même si ces arguments peuvent être contestés¹², la remise en cause des prix réglementés a été engagée dans le cadre d'un plan d'action de l'ACER¹³.

Ces positions contrastent, en France et dans plusieurs Etats membres, avec des positions gouvernementales qui mettent en avant les prix réglementés de l'énergie comme réponse aux différentes crises sociales et à la baisse du pouvoir d'achat. Mais c'est surtout au niveau juridictionnel qu'il convient ici de les apprécier. Saisies de la compatibilité de ces tarifs avec les directives européennes et avec l'article 106§2 TFUE, les juridictions développent un raisonnement fondé l'approche - classique en droit européen - de l'entrave et la justification. Cette grille de lecture a conduit le Conseil d'Etat à renouveler son cadre d'analyse des prix réglementés, qui avait été élaboré dans la période de l'après-guerre.

2. LE CONTEXTE HISTORIQUE D'APPRECIATION DE LA LÉGALITÉ DES PRIX RÉGLEMENTÉS DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF

La législation relative à la fixation des prix renvoie à un contentieux ancien en France. Il s'agit *a priori* de l'une des formes les plus intrusives de l'Etat dans le fonctionnement de l'économie de marché: dans la mesure où la liberté des prix constitue l'un des éléments essentiels de l'organisation marchande et qu'elle constitue l'une des conditions de l'équilibre général, la réglementation tarifaire peut conduire « à frapper le

¹¹ European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department A Economic and Scientific Policy, Competition Policy and an Internal Energy Market, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/607327/IPOL_STU\(2017\)607327_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/607327/IPOL_STU(2017)607327_EN.pdf)

¹² Avec un prix de vente au détail de l'électricité plus bas que la moyenne européenne (17.2 cts d'euros/kwh en France et 20.4 pour la moyenne européenne) mais plus élevé pour le gaz (6.7 au lieu de 6.1 pour la moyenne), il paraît difficile de considérer que les prix réglementés sont la cause d'un niveau élevé de ceux-ci.

¹³ ACER/CEER, Retail Markets Monitoring Report, Ref. C17-MMR-83-02, 21 November 2017, p. 51.

marché dans ce qu'il a de plus efficace »¹⁴. Cette première appréciation ne peut toutefois conduire à écarter, par principe, le bien-fondé de toute forme de réglementation tarifaire: la volatilité des prix sur certains marchés, la nécessité de maintenir l'accessibilité de biens essentiels, les disparités territoriales sont autant de facteurs qui peuvent justifier le maintien de prix fixés par voie administrative.

Dans l'immédiat après-guerre, la France a établi un système général de réglementation sur les prix. Il reposait sur l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945, qui fut complétée et précisée par des textes ultérieurs¹⁵. Ce texte instituait un régime très général et établissait de larges facultés d'interventions pour les ministères compétents: l'autorité administrative pouvait définir le prix de tout produit ou service, la détermination tarifaire s'appliquait à tous les échanges réalisés sur le territoire national et concernait à la fois les importations et les exportations¹⁶. La fixation pouvait se réaliser par la détermination en valeur absolue du prix lui-même, soit par l'établissement d'une majoration ou d'une diminution en valeur relative, soit encore par la fixation d'un taux de marge en valeur relative. D'autres mesures étaient également possibles : qualifiées de mesures accessoires, elles permettaient à l'autorité administrative d'agir sous la forme d'un contrôle préalable,

¹⁴ J-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007, p. 565 et s.

¹⁵ D'autres actes furent pris pour compléter cette ordonnance: Ord n° 45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique, qui constitua le volet pénal ; Décret n° 49-1473 du 14 novembre 1949 relatif à la coordination et à l'harmonisation des transports ferroviaires et routiers, Décret n° du 2 février 1981 relatif aux tarifs des services de transports publics d'intérêt local et des services de remontées mécaniques, Loi n° du 31 décembre 1970 sur l'eau, et de nombreux autres sectoriels.

¹⁶ V. la présentation d'ensemble et le contentieux afférent à cette ordonnance dans la thèse de M. HICHAM RASSAFI, -Guibal, *La notion de preuve économique. Essai sur les interactions entre le droit et l'économie en droits administratifs français et européens*, Valenciennes, 2016, p. 105 et s.

d'une obligation de communication des prix¹⁷ ou encore de la mise en place d'un système de compensation¹⁸.

Dans le cadre de cette réglementation, le juge administratif fut conduit à examiner les arrêtés de fixation des prix et à apprécier le contenu des mesures accessoires. Le fil directeur de sa jurisprudence consista essentiellement à préserver la marge de manœuvre de l'autorité administrative: l'opportunité économique d'une décision politique sortait du champ du contrôle et n'était pas susceptible d'être discutée par la voie contentieuse¹⁹. L'argumentation de l'administration destinée à justifier la réglementation échappait ainsi au contrôle du juge : elle s'imposait tel un fait économique, dissocié de l'examen de la légalité²⁰. Cet encadrement très général des prix, qui fut contesté par une partie de la doctrine²¹, tomba progressivement en désuétude et fut définitivement abandonné par l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Désormais, ainsi que cela a été précédemment souligné, l'article L. 410-2 du Code de commerce consacre un principe de liberté des prix.

Il n'en demeure pas moins que ce régime historique de réglementation tarifaire a significativement influencé le comportement des consommateurs par rapport à

¹⁷ CE, 8 décembre 1950, Confédération générale des petites et moyennes entreprises, Rec. p.605

¹⁸ Grâce auquel les entreprises qui vendaient à perte à cause des prix réglementés étaient financées par les entreprises qui réalisaient des bénéfices sur la base de ce prix: CE, 29 juin 1951, Syndicat de la raffinerie de soufre française, S.1952, 3, p. 33, concl. Barbier.

¹⁹ H. RASSAFI, *La notion de preuve économique*, op. cit. p. 108

²⁰ Ce qui mit en évidence en 1966 le professeur Michel Fromont, M. FROMONT, « *Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative* », AJDA 1966, p. 588.

²¹ V. l'ouvrage classique de A. DE LAUBADÈRE et P. DELVOLVÉ, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 5ème ed. 1986, p. 573, où les auteurs considèrent que cette réglementation fait peser une "chape de plomb" sur l'économie française.

l'approvisionnement en énergie : le régime des prix réglementés, conjugué au fait que le fournisseur de gaz et d'électricité fut jusqu'au début des années 2000 en situation de monopole et que les nouveaux entrants ont difficilement pénétré le marché interne, sont des facteurs qui ont contribué à une représentation commune, suivant laquelle les tarifs énergétiques seraient nécessairement réglementés et que cette réglementation serait bénéfique.

Le système général de fixation des prix ne fut jamais porté à la connaissance de la Cour de justice. Seule une législation spécifique sur le prix des livres donna lieu à un arrêt – l'affaire dite *Edouard Leclerc*²² –, par lequel elle considéra « qu'en l'état du droit communautaire » une telle législation n'est pas incompatible avec les règles de concurrence mais peut être constitutive d'une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative dans le cadre de la libre circulation des marchandises.

3. LE RENOUVELLEMENT D'UN CADRE D'ANALYSE DES PRIX RÉGLEMENTÉS SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 106§2 TFUE

La remise en cause de dispositifs généraux portant sur la réglementation des prix aurait pu faire croire à la disparition progressive du contentieux s'y rapportant. L'ouverture à la concurrence des marchés historiquement monopolistiques a pourtant généré un nouveau contexte normatif pour apprécier la légalité de ces réglementations.

Les directives applicables au secteur de l'énergie – directive 2009/73 pour le gaz, directive 2009/72 pour l'électricité²³ – prévoient la possibilité pour les Etats de maintenir

²² CJCE, 10 janvier 1985, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc et autres contre SARL "Au blé vert"* et a., aff. 229/83, Rec. p. 1

²³ Ces deux directives sont actuellement en cours de refonte et la négociation des nouvelles directives est toujours en cours devant le Parlement européen, v. pour l'électricité, COM (2016) 861 final, Proposition de réglementation sur le marché intérieur de l'électricité et COM (2016) et COM (2017) 660 final, Proposal for a Directive amending directive 2009/73/CE concerning common rules for the internal market in natural gas.

des tarifs réglementés afin de satisfaire à la réalisation d'obligations de service public. Ainsi, pour le gaz, l'article 3§2 de la directive 2009/73 prévoit que les États, en lien avec l'article 106§2 du TFUE, peuvent « imposer aux entreprises opérant dans le secteur du gaz, dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables et la protection du climat ». Une formulation strictement analogue figure à l'article 3§2 de la directive 2009/72 en matière d'électricité. Une contrainte, classique, doit être observée dans la détermination des obligations qui fondent la détermination des prix: elles doivent être clairement définies, transparentes, non discriminatoires, vérifiables et garantissent un accès égal aux entreprises d'énergie un égal accès aux consommateurs nationaux.

Sur le fondement de ces dispositions, la France a conservé un régime de prix réglementés de vente dans les secteurs de l'énergie. Ainsi que cela a été souligné précédemment, il diffère du régime italien mais se rapproche de dispositifs existants en Pologne, Roumanie ou Bulgarie ; la différence tenant toutefois à la complexité du calcul du coût de l'approvisionnement et sur une tarification correspondant à des profits de consommation²⁴. Des articles du code de l'énergie organisent la détermination de ces prix et leurs modalités de fixation par le ministre de l'économie²⁵. Un contentieux, déjà substantiel, s'est progressivement développé au sujet de la formule suivie pour leur calcul et de leur

²⁴ Par exemple, les tarifs de vente de l'électricité sont distingués selon un "tarif bleu" (proposé aux consommateurs finals pour leurs sites raccordés en basse tension avec une puissance maximale inférieure ou égale à 36 kW), un tarif "bleu plus" (en outre-mer), un tarif "jaune" (en extinction), un tarif "vert", applicable en cas de raccord en haute tension. V. Décision du 31 janvier 2018 relative aux tarifs réglementés de vente de l'électricité, JORF du 1er février 2018.

²⁵ Art. L. 445-1 à L. 445-4 du Code de l'énergie pour les tarifs réglementés de vente du gaz; Art. L. 337-4 à 337-9 du Code de l'énergie pour les tarifs réglementés de l'électricité. Ces dispositions sont dérogoires à l'article L. 410-2 du code du commerce qui pose le principe de liberté des prix.

fourchette de variation par rapport au marché. Mais les deux arrêts ANODE du Conseil d'Etat s'inscrivent dans une perspective plus générale, dans la mesure où ils soulèvent la compatibilité même de ces régimes de vente avec le droit de l'Union lui-même.

Dans son important arrêt *Federutility*²⁶, la Cour de justice a posé un cadre général d'analyse afin d'apprécier la compatibilité d'une intervention étatique par la fixation de prix, en l'occurrence la pratique des prix de référence en Italie (v. infra). En cohérence avec les conclusions denses et fines de l'Avocat général Ruiz Jarabo Colomer, la Cour, dans cette affaire, a considéré que l'article 3§2 de la directive 2003/55 (qui a précédé la directive 2009/73) ne s'opposait pas à une législation nationale qui prévoit l'existence d'un prix de référence, à la triple condition qu'elle poursuive un intérêt économique général dont la détermination revient aux États, qu'elle ne porte pas atteinte à la libre fixation des prix de la fourniture du gaz naturel et qu'elle soit clairement définie, de manière transparente et non discriminatoire.

Par ce raisonnement, relativement proche de celui développé sur le terrain des libertés de circulation, la Cour a admis que l'article 106§2 puisse servir de justification à l'existence de prix réglementés, à condition qu'ils ne soient pas permanents et que leur champ d'application ne soit pas général. Mais cette faculté laissée aux États est enserrée dans une double contrainte, l'une, relativement peu contraignante, qui implique d'identifier une « cause d'intérêt économique général »²⁷, l'autre, plus rigoureuse, qui nécessite d'apprécier la proportionnalité du régime d'intervention avec les objectifs recherchés. En s'appuyant sur cet arrêt, la Commission a envisagé une action en manquement à l'égard de

²⁶ CJUE, gr. ch., 20 avril 2010, *Federutility e.a. contre Autorità per l'energia elettrica e il gas*, aff. C-265/08, Rec. p. I-3377; comm. Laurence Idot, Europe n° 6, juin 2010, comm. 206; STÉPHANE RODRIGUES, Concurrences n° 3-2010, rubrique Secteur Public 2-1.

²⁷ Conclusions de l'Avocat général DÁMASO RUIZ-JARABO Colomer présentées le 20 octobre 2009, aff. C-265/08, pt. 51.

la France (finalement écartée du fait de la modification du calcul du coût des prix réglementés)²⁸ et a porté une telle action récemment à l'égard de la Pologne²⁹.

Le cadre d'appréciation suivi dans l'affaire *Federutility* sera repris dans l'arrêt *ANODE* de la Cour de justice³⁰. La Cour y confirme le caractère par nature restrictif des prix réglementés: « une mesure d'intervention publique sur les prix de vente du gaz naturel est une mesure qui, par sa nature même, constitue une entrave à la réalisation d'un marché intérieur du gaz opérationnel »³¹. Pour conclure à l'entrave, deux niveaux d'analyse sont mobilisés, celui de la liberté de l'entreprise et celui du fonctionnement du marché. D'un côté, la possibilité pour certaines entreprises de se placer dans le jeu concurrentiel est limitée en ce qu'elles sont tenues de proposer des tarifs réglementés, une telle « limitation de leur liberté d'action sur le marché » est réputée affecter « le processus concurrentiel qui s'y déroule »³². D'un autre côté, le marché du gaz se trouve être fragmenté par l'existence de ces tarifs ; ainsi que l'indique l'Avocat général Mengozzi, « il existe nécessairement deux segments sur le marché, à savoir un segment «régulé» (...) dans lequel les prix du produit ou du service sont établis en dehors du jeu de la concurrence et un segment libre »

²⁸ Comm. UE, communiqué IP/12/542, 31 mai 2012

²⁹ CJUE, 10 septembre 2015, *Commission c. Pologne*, aff. C-36/14, ECLI:EU:C:2015:570. La Cour, en suivant le raisonnement systématisé dans l'affaire *Federutility*, constate l'incompatibilité de la législation incriminée, en relevant son caractère général, du fait de l'absence de distinction pour le recours aux tarifs réglementés suivant la situation des clients, résidentiels ou non, finals ou intermédiaires, industriels ou entreprises énergétiques.

³⁰ CJUE, 7 septembre 2016, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, C-121/15.

³¹ Aff. C-121/15, pt. 27: « il convient, à cet égard, de rappeler qu'une mesure d'intervention publique sur les prix de vente du gaz naturel est une mesure qui, par sa nature même, constitue une entrave à la réalisation d'un marché intérieur du gaz opérationnel (voir arrêt du 20 avril 2010, *Federutility e.a.*, C-265/08, EU:C:2010:205 (pt. 35) ».

³² Aff. C-121/15, pt. 31.

³³. Incompatibles avec l'idée d'un marché intérieur du gaz naturel entièrement ouvert au jeu concurrentiel, l'imposition des prix et la segmentation des marchés sont dès lors conçues comme une forme d'intervention publique qui se situe, selon les termes utilisés par la Cour, « en dehors de la dynamique des forces de marchés »³⁴. Par ce raisonnement, la Cour semble adapter son cadre d'analyse traditionnel de l'entrave aux libertés de circulation. Alors que celle-ci, lorsqu'elle est indistinctement applicable, se définit au regard de la gêne, des freins, des limites que supporte un opérateur pour accéder à un marché³⁵, elle est ici envisagée suivant une appréhension qui est plus macroéconomique et qui renvoie au fonctionnement général du marché, à sa capacité à garantir que les prix soient exclusivement le résultat de l'offre et de la demande. Un tel raisonnement, qui, au-delà du gaz, à vocation à structurer le raisonnement contentieux pour contrôler les interventions tarifaires sur les marchés en réseau devrait certainement être affiné dans l'avenir.

L'affirmation du caractère restrictif des prix réglementés de vente s'accompagne de la reconnaissance d'une marge de manœuvre au profit des Etats pour identifier des motifs d'intérêt général de nature à justifier le maintien de ces mêmes tarifs. L'intérêt de l'arrêt *ANODE* de septembre 2016 est d'avoir élargi ces motifs en dépassant la liste a priori exhaustive des motifs d'intérêt général contenus à l'article 3§2 de la directive 2009/73. D'autres exigences peuvent être intégrées, telles que la cohésion territoriale et la sécurité des approvisionnements, mais leur admission nécessite une que la législation interne soit

³³ Conclusions de l'Avocat général PAOLO MENGIOZZI, aff. C-121/15, pt. 35.

³⁴ Aff. C-121/15, pt. 29.

³⁵ V. la systématisation de la notion d'entrave indistinctement applicable, depuis l'arrêt *Säger* en matière de libre prestation de services; CJCE, 25 juillet 1991, MANFRED SÄGER, C-76/90, pt. 12: « [l'article 56 TFUE] exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues »

non discriminatoire et que les obligations de service public qui fondent l'institution de tarifs réglementés respectent le principe de proportionnalité, à savoir que l'intervention étatique aille au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs d'intérêt économique général qu'elle poursuit. Devant le Conseil d'Etat, l'enjeu a dès lors porté sur l'appréciation de cette exigence de proportionnalité.

4. L'EXAMEN DES TARIFS RÉGLEMENTÉS DU GAZ: LE REJET DES JUSTIFICATIONS TIRÉES D'OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC (CE, 18 JUILLET 2018, ANODE, N° 370321)

Dans son arrêt du 19 juillet 2018, le Conseil d'Etat s'est appuyé sur l'argumentation suivie par la Cour de justice pour considérer que les articles contestés du code de l'énergie (art. L. 445-1 à L. 445-4), relatifs au marché du gaz, « constituent une entrave à la réalisation d'un marché du gaz naturel concurrentiel »³⁶. Sur le terrain du contrôle de la justification, le Conseil d'Etat écarte trois objectifs, qui étaient avancés par le gouvernement: la sécurité de l'approvisionnement, la cohésion territoriale et la garantie de prix à un niveau raisonnable.

Le premier motif renvoie à l'équilibre des contrats d'approvisionnements conclus par les opérateurs auprès des producteurs étrangers (par ordre d'importance: Norvège, Russie, Pays-Bas, Algérie). La possibilité de garantir un seuil minimal de recettes par les prix réglementés permettrait aux opérateurs de se projeter sur les volumes et les prix d'achats du gaz, dans un contexte de forte volatilité du prix du gaz. Bien qu'il ne soit dénué de fondement, cet argument est rejeté au terme d'un raisonnement qui démontre, d'une part, que les dispositions du code de l'énergie ne sont pas aptes à atteindre l'objectif de sécurité et, d'autre part, que celles-ci révèlent un défaut de cohérence dans le mécanisme des prix

³⁶ A rapprocher de la formulation suivie par la Cour dans son arrêt ANODE, aff. C-121/15, pt. 27: « une mesure d'intervention publique sur les prix de vente du gaz naturel est une mesure qui, par sa nature même, constitue une entrave à la réalisation d'un marché intérieur du gaz opérationnel ».

réglementés. L'arrêt souligne que « le principal fournisseur historique s'approvisionne de manière prépondérante par le biais de contrats à long terme [couvrant 88% de la consommation totale des clients en 2013] » et que « cet état de fait ne résulte pas d'une obligation mise à sa charge par la loi, ni, à la date du décret attaqué, par le contrat de service public prévu par l'article L. 121-56 du code de l'énergie ». Le fait que les contrats de long terme couvrent la quasi-totalité des offres de l'opérateur (et non uniquement celles aux tarifs réglementés) révèle, à suivre le raisonnement, un défaut de corrélation entre la stabilité des recettes qui serait inhérent aux tarifs réglementés et l'équilibre recherché des contrats d'approvisionnement. En outre, la possibilité pour les consommateurs d'opter pour une offre de marché ne garantit pas une visibilité suffisante aux opérateurs.

Le motif tiré de la cohésion territoriale n'est guère admis par ailleurs. Cette justification renvoie essentiellement à une exigence d'équité tarifaire sur l'ensemble du territoire, dans la mesure où, selon le ministre, les tarifs réglementés permettraient de garantir une harmonisation des prix. En l'absence de tels tarifs, celle-ci pourrait être remise en cause, d'une part, car les coûts d'éloignement du transport du gaz diffèrent selon les territoires, d'autre part, en raison d'une congestion des capacités de transport de gaz du Nord vers le Sud de la France, susceptible de renchérir les prix. De son côté, la Cour a pleinement reconnu la possibilité d'avancer un argument lié à la cohésion territoriale, en relevant, dans la lignée de son avocat général, qu'il y a, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, à l'origine d'un nouveau protocole n° 26 sur les services d'intérêt général, un « nouveau contexte », qui justifie de faire évoluer l'interprétation de l'intérêt général³⁷. Suivant un raisonnement similaire à celui précédemment développé pour la sécurité des

³⁷ Aff. C-121/15 : « il résulte de ce qui précède que le droit de l'Union, et notamment l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/73, lu à la lumière des articles 14 et 106 TFUE, permet aux États membres d'apprécier si, dans l'intérêt économique général, il y a lieu d'imposer aux entreprises intervenant dans le secteur du gaz des obligations de service public portant sur le prix de fourniture du gaz naturel afin, notamment, d'assurer la sécurité de l'approvisionnement et la cohésion territoriale, sous réserve que toutes les autres conditions que cette directive prévoit soient remplies ». L'expression « nouveau contexte » est employée par l'Avocat général Mengozzi dans ses conclusions (pt. 44).

approvisionnement, l'arrêt écarte ce motif, en énonçant (§ 13) que « la réglementation prévue aux articles L. 445-1 et suivants du code de l'énergie ne peut être regardée comme visant l'objectif d'harmoniser le prix du gaz sur l'ensemble du territoire national ». On peut y voir une appréciation du défaut d'aptitude de la mesure à atteindre l'objectif, notamment car la tarification instituée par l'article L. 445-3 n'est pas uniforme et laisse subsister d'importantes différences tarifaires selon les territoires. Surtout, comme pour les approvisionnements, il semble que ce soit l'incomplétude de la base légale et l'absence d'un droit au raccordement au réseau de gaz qui emporte la mise à l'écart de la justification : « à la différence de l'électricité qui, en application de l'article L. 121-1 du code de l'énergie est, « un produit de première nécessité » faisant l'objet d'un approvisionnement « sur l'ensemble du territoire national », le gaz, auquel d'autres sources d'énergie sont substituables, ne constitue pas un bien de première nécessité » (§ 13).

Enfin, le motif lié à la préservation de prix raisonnable n'est pas non plus accepté. Il peut être susceptible de justifier les prix réglementés car ceux-ci sont calculés par référence aux coûts supportés par les fournisseurs historiques. Pour l'écarter, l'arrêt ne renvoie plus ici à l'incomplétude ou au défaut de l'obligation de service public, mais, de manière plus technique, aux modalités de calcul des prix réglementés. Dans la mesure où ceux-ci sont calqués sur les coûts d'approvisionnement, ils suivent nécessairement le prix du marché de gros du gaz, qui est très volatil. Il s'en suit une certaine instabilité de ces prix, qui contraste avec le caractère plus stable des offres de marché, et qui fait obstacle à l'admission de la justification. Toutefois, a contrario, cet argument serait-il recevable si la formule de calcul des tarifs réglementés (du gaz ou de l'électricité) venait à évoluer? La réponse n'est guère évidente. On pourrait le cas échéant l'admettre, à condition que le prix ainsi fixé ne soit pas artificiellement plus bas que le prix de marché (il servirait en quelque sorte d'étalon) et que son mode de calcul garantisse une certaine stabilité (par exemple en envisageant la valeur d'un panier d'énergies, gaz, électricité, pétrole).

Dans le raisonnement développé pour chacun de ces motifs, le Conseil d'Etat se limite à rejeter les motifs de justification, sans procéder véritablement à un contrôle de proportionnalité: l'arrêt apprécie conjointement des objectifs d'intérêt économique général (qui servent de motifs de justification) et l'aptitude des prix réglementés à les réaliser,

« sans qu'il soit besoin de s'interroger sur le caractère proportionné de la réglementation » (§ 15 de l'arrêt). Ce faisant, il n'a pas développé pas l'intégralité du contrôle de proportionnalité tel qu'il est conçu par la Cour (en n'abordant pas les différentes facettes du contrôle de nécessité) et, surtout, à la différence de celle-ci, l'arrêt conçoit le contrôle de l'aptitude comme allant de pair avec l'identification de l'objectif d'intérêt général et non comme faisant partie de l'examen global de proportionnalité. Tout autre fut son raisonnement pour apprécier les tarifs de vente de l'électricité.

5. L'EXAMEN DES TARIFS RÉGLEMENTÉS DE L'ÉLECTRICITÉ: LA JUSTIFICATION POSSIBLE TIRÉE DE LA STABILITÉ DES PRIX (CE, 19 MAI 2018, ANODE, N° 413688)

En tant que source d'énergie, l'électricité présente des différences significatives par rapport au gaz naturel: elle est distribuée sur l'ensemble du territoire (alors que le gaz est distribué, en France, dans un tiers des communes), tous les foyers en sont nécessairement équipés et il s'agit d'un bien de première nécessité dont l'usage ne peut être substitué. En outre, il s'agit d'un bien qui ne peut être stocké (ou très difficilement) et l'équilibre entre l'offre et la demande doit pouvoir être assuré à tout moment par la mise en œuvre de capacités de production supplémentaires.

Ces considérations sont de nature à expliquer la différence de raisonnement pour apprécier les tarifs de vente du gaz et de l'électricité. Si le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 19 mai 2018, reprend le même cadre de raisonnement et mobilise, à ce titre, les solutions dégagées par la CJUE dans les arrêts *Federutility* et *ANODE*, il n'en tire pas du tout les mêmes conséquences. Son raisonnement est beaucoup plus fin et précis s'agissant de la mise en œuvre du principe de proportionnalité : là où, pour le gaz, il faisait coïncider l'examen du motif de justification (cohésion territoriale, stabilité des prix, équilibre des contrats d'approvisionnement) avec l'examen de l'aptitude de la mesure ; pour l'électricité, il procède à une mise en œuvre bien plus étayée de la proportionnalité, en identifiant un objectif d'intérêt économique général puis examine le respect du principe en tant que tel, en appréciant le champ de la réglementation en cause, ses bénéficiaires, l'absence de mesures

moins contraignantes et les garanties de transparence et d'accessibilité qui s'attachent au régime des tarifs réglementés.

S'agissant du motif retenu, le Conseil d'Etat retient comme objectif d'intérêt économique général l'exigence de stabilité des prix. Il s'agit d'une justification distincte de celle avancée par le gouvernement, qui préconisait de retenir le critère du maintien du prix de fourniture de l'électricité à un niveau stable et raisonnable afin de protéger le consommateur. A l'appui de sa motivation, et en s'appuyant sur des mesures d'instruction, la haute juridiction administrative met en avant la volatilité des tarifs de l'électricité, qui peuvent varier de 25 à 60€ par mégawattheure en quelques mois. Cette volatilité s'explique, à suivre l'arrêt, par la structure des coûts de fourniture de l'électricité qui sont appréciés par empilement de plusieurs composantes du prix. Le fondement ainsi retenu fait sens mais peut surprendre, d'une part, car la stabilité des prix aurait également pu justifier le maintien de tarifs réglementés pour le gaz (ce que le Conseil d'Etat a rejeté), d'autre part, car les offres commerciales – tant de l'opérateur historique que des nouveaux entrants – sont très souvent inférieures aux prix réglementés et se caractérisent par une permanence tarifaire. Aussi, l'on ne manquera pas de s'interroger sur l'opportunité de ce motif : soit le Conseil d'Etat souhaite préserver l'équilibre dans un secteur de l'énergie en mutation alors même que les approches macro et micro économiques annoncent l'obsolescence du mécanisme tarifaire, soit cette qualification permet de donner sens au fait que la fourniture d'électricité soit associée à des obligations de service public.

Sur le terrain de la mise en œuvre de la proportionnalité, l'arrêt du 19 mai 2018 fait montre d'une appréciation relativement conciliante. En faisant une exacte application des différents paramètres qui composent l'examen de la proportionnalité – champ d'application de la réglementation par rapport à la nature et à la consommation des usagers, durée dans le temps, absence de mesures moins contraignantes, caractère non-discriminatoire, prévisible et transparent du régime –, le Conseil fait droit à la requête de l'ANODE et annule la décision ministérielle contestée, qui fixait en 2017, les tarifs

réglementés de l'électricité. De manière prévisible, certaines étapes du test général de proportionnalité ne sont pas franchies : il n'existe aucune limitation dans le temps de l'offre de tarifs réglementés et celle-ci est proposée à tous les petits consommateurs³⁸ ainsi que dans des zones non interconnectées. Mais, à la différence notable du gaz, le Conseil d'Etat considère que le dispositif de réglementation vérifie le critère de nécessité, en ce sens qu'il n'existe pas, à le suivre, de mécanisme qui permettrait d'atteindre, de la manière analogue, l'objectif de stabilité des prix, à le suivre, « la suppression des tarifs réglementés risquerait ainsi d'entraîner une augmentation de la volatilité des prix qui, compte tenu des caractéristiques intrinsèques du marché de l'électricité, ne peut être encadrée de manière appropriée par des mesures temporaires » (§30). Aussi, « une réglementation générale du prix de vente au détail doit être regardée comme proportionnée à l'objectif de stabilité des prix, sous réserve qu'elle prévoie (...) un, réexamen période de la nécessité de l'intervention étatique sur les prix de vente au détail ».

Ce raisonnement, qui repose sur une mise œuvre fine des différents paramètres de la proportionnalité, conduit à le Conseil à prononcer une annulation essentiellement symbolique. La décision instituant la réglementation est annulée en ce qu'elle repose sur un champ excessivement large et sur une durée insuffisamment limitée, mais le principe même des prix réglementés n'est pas sanctionné. La satisfaction de l'association requérante est dès lors essentiellement platonique³⁹ : elle obtient gain de cause par l'annulation de la décision qui institue les prix réglementés pour une durée de un an, mais elle échoue à obtenir un constat d'incompatibilité général de ces prix avec le droit de l'Union. C'est là une différence majeure avec l'arrêt du 19 juillet 2017 portant sur les prix du gaz.

³⁸ Dont la puissance souscrite est inférieure ou égale à 36 kilovoltampères.

³⁹ V. en sens le commentaire de CLAUDIE BOITEAU, « *Les tarifs réglementés de vente de l'électricité: enjeux et limites* », RFDA 2018, p. 686.

6. UN ENJEU COMMUN SUR LE TERRAIN DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL: L'EXAMEN DE PROPORTIONNALITÉ

Au-delà des enjeux propres aux sources énergétiques, l'intérêt de deux arrêts rendus de manière rapprochée par le Conseil d'Etat tient à la diversité des formes d'appropriation du principe de proportionnalité. La mise en avant de ce principe dans le raisonnement du juge peut surprendre, si l'on a à l'esprit les rapports et prises de position du régulateur européen (ACER) ou des institutions qui remettent en cause les tarifs réglementés sous le prisme exclusif des barrières à l'entrée et des dysfonctionnements du marché. Mais le raisonnement, tant de la Cour que du Conseil d'Etat, paraît relativement hermétique à ces analyses: pour les juridictions, l'enjeu est de maintenir une unité d'interprétation des mesures considérées comme restrictives, dans le champ spécifique de l'article 106§2 TFUE.

En effet, un défi contemporain du droit économique européen, qu'il s'agisse des libertés de circulation, des marchés régulés ou du droit de la concurrence, consiste à intégrer et à préserver des impératifs de solidarité dans le champ du marché. Dans la mesure où la Cour a façonné son raisonnement par la dialectique de l'entrave et de la justification, elle ajuste ce champ en modulant son contrôle dans le cadre de l'appréciation de la justification de la mesure, en adaptant la mise en œuvre du principe de proportionnalité. Son application dans le cadre de l'article 106§2 est particulièrement délicate, dans la mesure où, selon une formule constante de la Cour, il vise « à concilier l'intérêt des Etats membres à utiliser certaines entreprises, notamment du secteur public, en tant qu'instrument de politique économique ou sociale, avec l'intérêt de l'Union au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun »⁴⁰. Bien

⁴⁰ Cette formule est employée avec constance depuis l'affaire dite des terminaux de télécommunication, CJCE, 19 mars 1991, *France c. Commission*, aff. C-202/88, Rec. p. I-1259, pt. 12 (annulation partielle de la directive 88/301/CEE de la Commission relative à la concurrence dans les marchés terminaux de télécommunication). Elle est rappelée dans l'arrêt ANODE de la Cour (pt. 42) et fut également employée dans l'arrêt Federutily (pt. 28).

qu'elle soit quelque peu « caricaturale »⁴¹, une telle lecture justifie que le juge soit amené à justifier des interventions étatiques, sous forme de droit exclusifs ou plus exceptionnellement de prix, dans le champ concurrentiel. Le corollaire d'une telle possibilité de justification est la nécessité d'adapter le raisonnement contentieux à la spécificité des marchés et des entreprises couverts par l'article 106§2, qui sert de référence pour l'interprétation des dispositions de droit dérivé spécifiques à un marché sectoriel, telle que la directive 2009/73.

Or, l'une des difficultés qui résulte des arrêts de la Cour de justice (*Federutiliy*, puis *ANODE*), sur lesquels le Conseil d'Etat s'est nécessairement inspiré pour développer sa propre appréciation au fond, tient à la densité du contrôle de proportionnalité qui est envisagé⁴². En effet, le raisonnement de la Cour associe à l'examen de la proportionnalité des exigences classiques tirées du contentieux des libertés de circulation (appréciation de l'aptitude de la mesure, de sa nécessité) et des considérations qui rappellent la mise en œuvre du principe de transparence en présence d'un droit exclusif, telles que la définition à l'avance des obligations, leur caractère non discriminatoire et contrôlable. Par ailleurs, le contrôle de nécessité semble lui-même reposer sur des opérations distinctes. Il s'agit, tout d'abord, d'apprécier un excès de généralité de la mesure, à la fois dans le temps (le tarif est-il proposé de manière illimitée ou enserré par une durée maximale) et au regard de ses bénéficiaires (existe-t-il des différences selon les catégories de clients). Il convient, ensuite,

⁴¹ Selon l'heureuse expression du PR. FABRICE PICOD, « *Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur* », in *L'identité du droit de l'Union européenne*. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 767.

⁴² Aff. C-121/15, pt. 55 : « le respect du principe de proportionnalité implique, premièrement, que la mesure en cause soit susceptible de garantir la réalisation de l'objectif d'intérêt économique général envisagé » ; deuxièmement, « que la durée de l'intervention étatique sur les prix doit être limitée à ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi » (pt 60) ; troisièmement, « la méthode d'intervention mise en œuvre ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour » (pt 64) ; quatrièmement « l'exigence de nécessité doit également être appréciée au regard du champ d'application personnel de la mesure en cause et, plus précisément, de ses bénéficiaires » (pt 67).

de rechercher une éventuelle disproportion dans la détermination des prix, en veillant à identifier la composante du prix du gaz sur laquelle une intervention est nécessaire⁴³. Telle n'est pas le cas de la méthode suivie en France, qui repose sur un principe de couverture des coûts complets du fournisseur historique par application d'une formule représentative de ses coûts d'approvisionnement. A l'inverse, dans l'arrêt *Federutility*, la Cour avait considéré que la composante du prix, susceptible d'être réglementée et faire l'objet d'une récupération, était celle directement influencée par la fluctuation du prix du pétrole.

En décortiquant le raisonnement, il apparaît que la Cour, sans l'afficher clairement, cherche à faire coexister plusieurs rationalités dans son contrôle: celle des libertés de circulation (en appréciant l'aptitude et la nécessité de la mesure par rapport à son champ matériel et temporel) ; celle du principe de transparence, qui implique d'apprécier la prévisibilité du régime et l'absence de caractère discriminatoire ; celle du droit de la concurrence, qui constitue le cadre de référence principal des marchés régulés, en envisageant les conséquences de la mesure d'intervention sur la formation des prix du marché (ce qui ressort de l'analyse de la nature des coûts).

Au regard de la complexité et des enjeux économiques des marchés sectoriels de l'énergie, l'on peut comprendre la nécessité de recourir à un contrôle si fin et si précis au titre de la proportionnalité. Elle peut également se justifier au regard de complexité des contrats que les consommateurs finaux sont amenés à conclure avec les fournisseurs, qui comprennent des clauses souvent peu lisibles et guère transparentes.

Toutefois, compte tenu de la volonté de l'Union de préserver les spécificités des SIEG⁴⁴, l'on peut aussi se demander s'il ne serait pas temps de clarifier et de simplifier le

⁴³ Aff. C-121/4, pt. 66 et 67.

⁴⁴ On pense ici à la reformulation de l'article 14 du TFUE (ex. art. 16 TCE) consécutivement au traité de Lisbonne : « eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ

raisonnement suivi sur le terrain de l'article 106§2⁴⁵. S'il ne s'agit pas, dans cet article général, de proposer une nouvelle approche, l'on peut toutefois envisager un contrôle qui combinerait un examen de proportionnalité centré sur l'exigence de cohérence. A ce titre, il serait possible d'envisager un contrôle qui associe, d'une part, un examen de proportionnalité centré sur l'exigence de cohérence et de systématique (qui permet au juge, ainsi que cela s'observe dans des contentieux sectoriels tels que les droits exclusifs ou encore les jeux, de vérifier le caractère indissociable entre une obligation et l'équilibre économique d'une activité⁴⁶), d'autre part, une appréciation de l'atteinte concurrentielle pour la présence de nouveaux opérateurs sur le marché en réseau.

En l'absence d'une telle clarification, il faut s'attendre à ce que des interprétations divergentes – y compris par une même juridiction – continuent de se développer dans les contentieux économiques associé à l'article 106§2. S'il en résulte une marge de manœuvre relativement conséquente (et au demeurant nécessaire) pour les juridictions nationales, cette situation peut également conduire à un risque d'éparpillement et à des solutions contradictoires.

d'application des traités, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services ».

⁴⁵ F. PICOD, op. cit., « *Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur* »,

⁴⁶ V. ainsi récemment, dans le cadre de l'appréciation d'un SIEG qui porterait sur une activité de contrôle et de prévention du feu, CJUE, 23 décembre 2015, GEBHART HIEBLER c. WALTER SCHLAGBAUER, aff. C-293/14, ECLI:EU:C:2015:843, pt. 70.

PROCUREMENT AND SMART CITIES:

EXPLORING EXAMPLES ON BOTH SIDES OF THE ATLANTIC

Laurence FOLLIOT-LALLIOT* - Peter MCKEEN**

INDEX

1. INTRODUCTION

2. PUBLIC POLICY AS MAIN DRIVER FOR SMART CITIES' INNOVATION

2.1. First Steps - Operational Changes

2.2. Building on public needs

2.3. Smarts cities require combined operation of traditional services and e-services

3. SMART CITIES NEED INNOVATIVE PROCUREMENT TECHNIQUES

3.1. Needs assessments

3.2. Procurement design

4. GOING BEYOND PUBLIC PROCUREMENT CONTRACTS: SMART PUBLIC-PRIVATE COLLABORATION

5. CONTRACTS FOR SMART CITIES NEED TO FIND SMART FINANCING

6. SPECIAL CLAUSES FOR CONTRACTS IN SMART CITIES

6.1. Data collection

6.2. Data release policy

6.3. Data protection

7. DESIGNING CONTRACTS FOR SMART CITIES

7.1. Global contract for smart cities

7.2. Specific clauses on technical adaptation are needed

8. CONCLUSION

1. INTRODUCTION

Smart cities are the new Eldorado for companies in developed countries¹. They create new opportunities in the already saturated market of old infrastructure: booming innovations trigger new services and new demands, connected devices call for replacement of a lot of existing goods, virtual services produce tons of data, fueling a new market. Stakes and expectations are high in an area where there seems to be no limits for innovation. Across the Internet, consulting firms and startups advertise about their knowledge and expertise in the making of smart cities. Established or incumbent service providers prospect local officials, proposing smart “turnkey” projects.

But current smart cities initiatives around the world remain heterogeneous, scattered, and still in their infancy, exploring several business models. Smart cities projects are developed at different speed, based on different legal arrangements, and contractual options. While countries in Europe, Asia and elsewhere took the first steps in promoting the concept of smart cities, the effort to develop smart cities has gained momentum in the U.S. in recent years. This chapter discusses smart city efforts in France and in the U.S., in particular, the early success in the city of Philadelphia in developing smart city initiatives, and its move toward a more comprehensive smart city program. The smart city concept, as applied in the U.S., is consistent with its application in other parts of the globe. For example, in a 2016 report, the National League of Cities (NLC), which was founded in 1924 as a national organization to strengthen local governments, notes that:

* Full Professor of Public Law, University Paris-Nanterre.

** Adjunct Professor, University of Virginia.

¹ See L.G. ANTHOPOULOS, *Understanding Smart Cities: A Tool for Smart Government or an Industrial Trick?* Springer, 2017.

Smart city initiatives involve three components: information and communication technologies (ICTs) that generate and aggregate data; analytical tools which convert that data into usable information; and organizational structures that encourage collaboration, innovation, and the application of that information to solve public problems.

For many countries, green and sustainable development is also an essential objective embedded in smart cities projects. However, as things are evolving rapidly in this field, smart cities projects may vary. Traditional legal framework shall be adapted for smart cities as they require several ad hoc regulations such as IP regulation, transparency and data regulation, energy regulation, environmental regulation, or dedicated sources of financing. In this context, the question of the choice of the legal framework and of the optimal contractual mode takes all its dimension, seemingly only practical but in fact highly theoretical. In today's transparent environment with public decisions prepared under the scrutiny of citizens, classical questions about privatization, or public ownership, free negotiations or competition, performance monitoring and public service obligations, are becoming more sensitive at the local level. Where experiments are mushrooming, public contracts are considered as tools that can be mobilized for building and operating smart cities. Flexible for their scope to a certain extent but sometimes rigid during their formation process, they may offer an interesting legal answer in the area of "smart cities". One can indeed identify trends: (1) a variety of services surpassing the single goal which characterized traditional procurement contracts; (2) questioning the traditional public procurement procedures; (3) a call for collaborative innovation between the public and the private sectors; (4) the need for smart public and private financing; and (5) an integrated, decentralized, and evolving delivery of material and immaterial services calling for specific contractual clauses. Each of these elements raises legal issues, with exponential difficulties, only mentioned by this modest chapter exploring, through several examples, how public contracts could be vectors for innovation in smart cities.

2. PUBLIC POLICY AS MAIN DRIVER FOR SMART CITIES' INNOVATION

Smart cities projects are usually promoted by public champions. In September 2015, the Obama Administration announced a smart cities initiative that sought to: [I]nvest over \$160 million in federal research and leverage more than 25 new technology collaborations to help local communities tackle key challenges such as reducing traffic congestion, fighting crime, fostering economic growth, managing the effects of a changing climate, and improving the delivery of city services².

In a related effort, initiated in December 2015, the U.S. Department of Transportation (DOT) issued a Smart City Challenge that asked mid-sized cities across America to develop ideas for an integrated, first-of-its-kind smart transportation system that would use data, applications, and technology to help people and goods move more quickly, cheaply, and efficiently³. DOT received 78 responses and chose 7 finalists to work with DOT to further develop their ideas⁴. In addition to efforts at the federal level, organizations such as the Smart Cities Council are actively involved in promoting smart city development by bringing together public sector leaders, experts and other stakeholders to raise awareness about smart technologies⁵. Thus, as these examples indicate, the U.S. smart city effort has involved a range of local, national and federal initiatives. In addition to Philadelphia, the U.S. cities involved in the early smart city efforts included: New York, San Francisco,

² See <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/09/14/fact-sheet-administration-announces-new-smart-cities-initiative-help>.

³ See <https://www.transportation.gov/smartcity>.

⁴ <https://www.transportation.gov/smartcity>, o.p. cit., 3.

⁵ See <http://smartcitiescouncil.com/>.

Boston, Seattle and San Jose. As of 2017, many more U.S. cities are pursuing smart city initiatives.

Philadelphia's smart city effort was initiated during Michael Nutter's tenure as mayor of the City, from 2008 through 2016. Prior to his election as mayor, Nutter was a member of the Philadelphia city council for 15 years. This breadth of experience in gave Nutter insights into the dynamics of municipal government. As mayor, Nutter recognized the importance of analyzing data as it relates to a city's activities, and also understood that in terms of data collection, Philadelphia needed a more complete sense of measurement⁶. Nutter found that, as in many municipalities, there was a lack of coordination between departments⁷. In addition, Nutter found that the recession highlighted the need for greater collaboration⁸. Nutter also observed how data was being used in other cities, such as New York, and recognized that although the City possessed large amounts of data, it was not being used to maximum advantage⁹.

The current European policy goals are reflected in the EU 2020 Strategy¹⁰ without mentioning smart cities which were not a main concern when the agenda was prepared in 2014. However, the later Investment Plan for Europe, also called Junker Plan, it has proved

⁶ S. GOLDSMITH, *Infusing Government with a Data-Driven Culture, Philadelphia's former mayor explains the steps his city took to make effective use of data*, May 2016.

⁷ S. GOLDSMITH, *Infusing Government with a Data-Driven Culture, Philadelphia's former mayor explains the steps his city took to make effective use of data*, o.p. cit., 6.

⁸ S. GOLDSMITH, *Infusing Government with a Data-Driven Culture, Philadelphia's former mayor explains the steps his city took to make effective use of data*, o.p. cit., 6.

⁹ S. GOLDSMITH, *Infusing Government with a Data-Driven Culture, Philadelphia's former mayor explains the steps his city took to make effective use of data*, o.p. cit., 6.

¹⁰ European Council June 2014, EUCO 79/14, <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2079%202014%20INIT#page=15>.

useful in triggering €164bn in its first 18 months for smart cities development, “but it is not addressing regional inequality” said Markku Markkula, the President of the European Committee of the Regions¹¹. The EU is trying to better coordinate EU regulations and national regulations and improve knowledge sharing regarding smart cities through the Urban agenda for the EU¹². In the course of Horizon 2020, the EU Framework Programme for Research and innovation, the European “Sharing cities” initiative is monitoring the deployment of new services in 3 cities (London, Milan, and Lisbon) and 3 more are joining (Bordeaux, Warsaw, and Burgas) such as integrated smart lighting with other smart service infrastructures (eV charge, smart parking, traffic sensing, flow data, Wifi etc.), interconnected initiatives supporting the shift to low carbon shared mobility solutions (specifically eV Car-Sharing, e-Bikes, eV Charging, Smart Parking, eLogistics), Integrated Energy Management System, and Urban Sharing Platform (USP) – which manages data from a wide range of sources including sensors as well as traditional statistics; built using common principles, open technologies and standards. In turn, these new virtual services may later on disseminate idiosyncratic digital services, an exponential movement raising concerns about its legal framing.

As an EU member State, France, has prepared several instruments which frame its policy regarding smart cities with successive national plans for digital development, and a dedicated Ministry on digitization since 2014. It has launched, since 2016, a network of public and private actors for the sustainable city (“Vivapolis”) who brainstorm about the

¹¹ Pan European Network, *Smart cities, Go Green, Go Smart*, May 2017, <http://www.paneuropeannetworkpublications.com/SC1/files/assets/common/downloads/publication.pdf>.

¹² <https://ec.europa.eu/info/eu-regional-and-urban-development/topics/cities/urban-agenda-eu> The urban themes (such as air quality, circular economy, climate adaptation, digital transition, innovative and responsible public procurement, urban mobility, and urban poverty) were set forth in the Pact of Amsterdam, ratified by urban-policy ministers from the EU member countries in May 2016. <https://ec.europa.eu/futurium/en/urban-agenda> Recommendations for innovation in public procurement were elaborated: https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/orientation_paper_public_procurement_0.pdf.

modernization of traditional utilities and creation of new activities within the ambit of the sustainable policy goal. Several grants and labels have been designed at the national but also European and international levels to boost local endeavors (French Tech, Eurocities Network, UNESCO network of Creative cities). However, smart cities projects are more bottom based, usually driven by proactive municipalities with a smart city champion. According to TACTIS (2015 study), 60% of these municipalities have elaborated dedicated strategies, even updated ones based on lessons learned. From a legal perspective, French towns are keen to take on such proactive approaches as they are responsible for providing local public services for citizens, at least the traditional ones such as utilities and beyond: water, sanitation, roads, cemeteries, firefighting, public transportation, public schools, civil registry, local public archives, socio and health services, etc. Presently, there is no legal framework regarding new services, including virtual, to be displayed by smart cities. According to the French Law (Code on Local Governments)¹³ and administrative case law, beyond the mandatory local public services, it is up to the competent public authority, the State or a local authority, to assess whether a collective need justifies the institution or maintenance of a public service. In addition, a local government may entrust the management of a local public service to a private company. In this case, EU competition law defines the legal framework opposable to both the public authority and the private companies in charge of the management of local public services as regards the objectives they can pursue, such as the method of management and the conditions of their financing.

¹³ *Code Général des Collectivités Territoriales*, accessible at <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

While some private consulting firms advocate for a reduced public involvement with a “Government as versatile facilitator,”¹⁴ it is worth remembering that Smart cities projects pertain to urban planning decisions, or at least affect such policy area. While the city of Philadelphia was taking its initial steps in creating a smart city, it was also updating the comprehensive plan of the City, which identifies its present and planned physical development. Philadelphia’s home rule charter requires the City Planning Commission to “prepare and adopt, from time to time modify, and have custody of a comprehensive plan of the City showing its present and planned physical development. The comprehensive plan shall ... provide for the improvement of the City and its future growth and development and afford adequate facilities for the housing, transportation, distribution, health and welfare of its population.”¹⁵ The plan “envision[s] a city with an expanded transportation network that better connects home and workplace; ensures convenient access to sources of healthy food; supports the productive reuse of vacant land; provides modern municipal facilities that serve as the anchors of strong neighborhoods.”¹⁶ In France as well, Urban Law is the prime concerned legal field when it comes to carry on smart cities projects including physical infrastructure.

¹⁴ Quote from the PwC NL website: “Within this approach, municipal authorities transform from individual entities to a whole network, and will no longer be the sole service provider – they will act as a versatile facilitator or supply chain manager for the various involved parties. Bonds can be reinforced using new technologies and ‘open’ and ‘big’ data, which will help to improve measurability and predictability. These parties can then work together to resolve social problems and generate value for the public.” <https://www.pwc.nl/en/industries/public-sector/themes/smart-city-regions.html>.

¹⁵ *Philadelphia Home Rule Charter*, Section 4-600.

¹⁶ Cover letter from Mayor Michael A. NUTTER accompanying the Citywide Vision document for Philadelphia2035, dated June 2, 2011.

2.1. First Steps - Operational Changes

The NLC report notes that while the technologies for a smart city are essential for smart development, technology alone is insufficient. A key challenge lies in establishing the organizational components and administrative structure to effectively utilize the technology¹⁷. Thus, appropriate policies and administrative departments capable of implementing them are needed to facilitate smart city development. In 2012, subsequent to the creation of the OIT, Philadelphia established the Mayor's Office of New Urban Mechanics (MONUM), which was modeled after a similar effort by the city of Boston. MONUM's mission was to "develop and promote innovative and entrepreneurial approaches to and processes for solving complex civic problems"¹⁸. In a press release, NUTTER stated MONUM: "will have the flexibility to experiment, the ability to re-invent public-private partnerships and the strategic vision to create real change for Philadelphia. I am excited to establish the Office of New Urban Mechanics as a civic innovation tool for urban transformation."¹⁹ The creation of OIT and MONUM thus offer tools for greater collaboration within the City's departments, as well as with the private sector in identifying innovative solutions to the City's needs.

Most of the time, the initiative of creating or upgrading existing city/neighbor ("smarter cities") depends on public authorities (Nice or Montpellier in the South of France have launched such projects already 7 years ago while other municipalities have more

¹⁷ Cover letter from Mayor Michael A. NUTTER accompanying the Citywide Vision document for Philadelphia2035, cit., 16, 11.

¹⁸ Executive Order No. 5-12 at Section 2. The Order, at Section 2, further states the MONUM "shall work to encourage the region's entrepreneurial, startup, and business incubator communities to solve civic problems and shall promote those solutions in partnership with the Office of Innovation & Technology, the Office of the Deputy Mayor for Planning and Economic Development, and other City departments and offices as well as outside partners."

¹⁹ *Philadelphia Mayor Formally Creates Office of New Urban Mechanics*, Govtech.com, December 11, 2012.

recently joined the movement: Mulhouse, Chartres, Roubaix), although some of them may actually try to harmonize and scale up spontaneous private or citizens initiatives (Grenoble, Toulouse, Paris or Rennes in Brittany)²⁰.

Development of smart cities projects may vary according to the size of the city. Big cities such as Paris, or state capitals in the U.S. have sufficient leverage for conducting their smart initiative on their own, where small towns tend to combine forces. In France, where the decentralization process has reached an incredible level with more than 36 000 cities and villages for a population of only 67 million, administrative superstructures are needed. Dedicated public bodies (EPCI²¹) pooling traditional services such as water distribution, public transportation, or waste management, are already in place. A 2017 Report on smart cities prepared by a Member of Parliament²² recommends using this administrative layer as the bedrock of the smart cities, to equip each EPCI with new competences on data, and economics, enabling it to support territorial innovations, promote common sharing among communities, and finally, increase training so that all the decisions surrounding the digitization of local public services can be made in an informed way. It is fair to say that smart cities effort may induce a re-centralization process for the smallest towns, but it can also accompany rebirth of rural territories²³. In middle-size towns, a

²⁰ Ministère de l'Environnement, de l'Energie et de la Mer – Commissariat Général au développement durable, *Villes intelligentes, smart, agiles: Enjeux et stratégies de collectivités françaises*, 2016, 4.

²¹ The acronym EPCI stands for “Etablissement public de coopération intercommunale,” which could translate as Public body for intercities cooperation.

²² R.M.L. BELOT, *sur les smart cities, De la smart city au territoire d'intelligence(s) - l'avenir de la smart city*, 19 avril 2017, http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2017/04/rapport_smart_city_luc_belot_avril_2017_definitif.pdf.

²³ Groupe Caisse des Dépôts, *Guide Smart city vs. Stupid village?* Sept. 2016 (in French), available at https://www.adcf.org/files/Public--publications/Guide_Smart_Cities.pdf.

specific status of “metropolis” allow them to centralize services for the whole agglomeration including suburban cities²⁴ as in Toulouse²⁵.

2.2. Building on public needs

Smart cities create new demands from citizens, asking for new local services that should be driven by public policies. The NLC report also suggests that smart city initiatives should focus on the desired outcomes before seeking solutions from the marketplace. Cities should “find out what their residents and local businesses want to see happen, and turn those desires into clearly defined objectives before proceeding with smart initiatives.”²⁶

Initial public initiative led to questions pertaining to governance. Not only these new activities bring the light on public actors taking responsibilities for the new public services to be deployed but they also raise the bar about civil society’s expectations. New tools based on Internet technology will also offer new monitoring powers to citizens who want to take direct part. In Paris, a first strategy on a smart and sustainable city was published in 2015 but since the deployment of new services and connected goods, the Committee of Partners (City’s regrouping representatives businesses, and socio-economics actors) initially divided in working groups covering topics such as energetic transition, mobility, urban logistic, waste, etc., had to reposition their role upfront in the design of the projects and their objectives²⁷, experimenting a co-construction movement relying on a

²⁴ Enacted on August 7, 2015, the law on the *New Territorial Organization of the Republic* (NOTRe) entrusts new powers to the regions and clearly redefines the competences attributed to each territorial collectivity. This is the third part of the reform of the territories, after the law of modernization of territorial public action and affirmation of metropolises and the law on the delimitation of regions.

²⁵ <http://www.toulouse-metropole.fr/projets/smart-city>.

²⁶ <http://www.toulouse-metropole.fr/projets/smart-city>, o.p. cit., 25.

²⁷ *Rapport Villes Intelligentes*, 2016, 33.

bottom-up approach. How this movement could be reflected in the definition of the needs prior to a bidding process raises new questions.

2.3. Smarts cities require combined operation of traditional services and e-services.

The public will behind innovation in cities explains why this movement usually begins by focusing on new governance tools, bringing direct participation and legitimacy. These soft public services cost far less than physical infrastructure with an immediate and effective impact of citizen's life. For such set of virtual services, outsourcing may not be needed, minus the required IT technical skills. Like many U.S. cities, Philadelphia seeks to "manage urban growth during an era of tight budgets and often conflicting priorities."²⁸ In addition to its high urban density, the City also has a significant poverty rate of more than 25 percent²⁹. Issued in June 2011, Citywide Vision for Philadelphia2035 is the City's current development plan for the next 25 years. Among the initial projects undertaken by MONUM's was a pilot program known as Textizen. Textizen is a tool for gathering real time feedback using cell phone text messaging³⁰. The City sought a method to address: (1) the difficulty for prospective participants to attend public meetings at the scheduled time and location and (2) the desire of some citizens to provide feedback anonymously³¹. In addition, the City also sought to maximize engagement of low-income populations, which comprise approximately 37% of households in Philadelphia³². The creation of Textizen by MONUM highlights the benefits of sharing ideas between smart cities, given that MONUM

²⁸ *Rapport Villes Intelligentes*, o.p. cit., 27.

²⁹ *Trends in Smart City Development: Case Studies and Recommendations*, o.p. cit., 22.

³⁰ *Textizen Philadelphia*, available at <http://participedia.net/en/cases/textizen-philadelphia>.

³¹ *Textizen Philadelphia*, o.p. cit., 30.

³² *Textizen Philadelphia*, o.p. cit., 30.

was modeled after an effort in Boston. Textizen also represented a successful test of a fundamental element of smart cities - the use of technology to connect directly with citizens in developing policy.

Virtual service may be an autonomous activity (ex: restricted opening of public facilities' doors) requiring its specific rules and monitoring, but most of the time these new services are (or will be) interconnected through platforms offering a panel of services. Such tools greatly improve governance and transparency in local governments, offering tangible successful results for the citizens. One of Philadelphia's earliest and most successful smart city initiatives, Philly311, is essentially a non-emergency contact program, providing the public a direct way to request services, submit a complaint, and provide feedback to the City. Philly311 was modeled after a program in Baltimore where that city sought to reduce the number of non-emergency calls being made to 911 emergency call centers. Similarly, Philadelphia sought to reduce the call volume to 911 by offering citizens an alternative for non-urgent matters. Philly311 offers various ways to contact the City: telephone, mobile application, web application, email, and social media. By offering citizens distinct options for urgent (911) and non-urgent (311) requests, the City has been able to fulfill a key objective that allowing agencies and departments to focus on their core mission and manage their workload efficiently³³. Philly311 has also provided additional data to City officials to assist in their decision making and it is used to monitor and track operational performance³⁴. The data obtained from the 311 system identifies "hot spots" around the city that need attention. For example, the 311 data have changed the way the City prioritizes street light replacement. Clusters of call from a particular area indicate that an issue, such as replacing a street light, need to be addressed³⁵.

³³ T.A. PARDO, *Transforming City Government: A Case Study of Philly 311*, Taewoo NAM, 2012.

³⁴ T.A. PARDO, *Transforming City Government: A Case Study of Philly 311*, o.p. cit., 33.

³⁵ T.A. PARDO, *Transforming City Government: A Case Study of Philly 311*, o.p. cit., 33.

Another important benefit of Philly311 has been to promote transparency and integrity within the City government processes. City officials discussed with Tam and Pardo that, prior to Philly311, many citizens did not know where to request a service. Some sought out a member of the City council as a representative of their community. Because of a lack of understanding of the process, many citizens believed they needed to know someone within government to obtain a service. Philly311 has shed a light on how the process works and citizens have a better understanding of their government, thereby reducing the need to seek “favors” from someone within government. Thus, Philly311 become an anticorruption strategy, as since its launch, citizens can see more clearly how their government works, reducing the need to seek to influence city officials to obtain services³⁶.

Traditional or physical networks may also evolve. In energy distribution, the development of smart grids is one key element for smart cities. Digital technologies make it possible to better control the electricity consumption of office buildings, dwellings, or public lighting, which may represent up to 40% of the electrical costs for a town. In France, the IssyGrid project was initiated in 2011, created by the city of Issy-les-Moulineaux (located in the south-west suburbs of Paris). This laboratory initiative intended to build a whole new business neighborhood while achieving savings and reducing the carbon footprint by optimizing consumption and pooling resources between offices, homes and businesses³⁷. It relies on the production of renewable energies (photovoltaic panels, cogeneration, micro-wind, etc.), the energy consumption of dwellings, offices and shops, and the storage of the electricity produced. In 2016, IssyGrid became operational with three photovoltaic production facilities, one of which is connected to IssyGrid via a network, an intelligent public distribution station that can be remotely controlled from the ERDF regional management agency and that optimizes exchanges between consumption,

³⁶ T.A. PARDO, *Transforming City Government: A Case Study of Philly 311*, o.p. cit., 33.

³⁷ Communiqué de Presse, *Premier smart grid de quartier opérationnel en France*, 26 Sept. 2013.

production and storage, two energy storage systems, a system for forecasting photovoltaic energy, fourteen interconnected information systems, and an energy monitoring dashboard able to provide the data in open data.

Traditional services will also be linked to virtual services (ex. a garbage collection service will be operated when an electronic sensor is indicating that the trash container is full). What is genuinely new in Smart cities, is the transversality³⁸ of services: infrastructure providing for utilities, can also deliver immaterial or virtual services. The NLC report, mentioned above, adds that: “a smart city is a city that has developed some technological infrastructure that enables it to collect, aggregate, and analyze real-time data and has made a concerted effort to use that data to improve the lives of its residents,”³⁹ to perform analytics and develop software applications. In France, the water distribution is so far the more connected network with 20% of small cities with remote systems for monitoring individual consumption and station control⁴⁰, followed by waste management with, for example, connected goods such as weighting trash cans which allows for tariff incentive or geolocated garbage-trucks to optimize the collects. Sound public lighting is also popular as a source of energy savings with, for example, connected furniture and energy recovery pavers on the roads. The Internet of things open up a vast range of services that have just begin to be explored⁴¹.

³⁸ Fr. RICHARD, *Des solutions au service de la ville intelligente*, Synthèse des travaux 16 nov. 2017, available at http://chairgovreg.fondation-dauphine.fr/sites/chairgovreg.fondation-dauphine.fr/files/attachments/171116_synthese.pdf.

³⁹ *Textizen Philadelphia*, available at <http://participedia.net/en/cases/textizen-philadelphia>.

⁴⁰ CDC Guide on Smart city vs. Stupid Village, 2016, 16.

⁴¹ World Bank Group, Internet of Things: *The New Government-to-Business Platform*, 2017.

As noted by the 2017 CNIL Report on smart cities⁴², the arrival of major digital players in urban services (Sidewalk City Lab, Waze Connected Citizen of Alphabet / Google, Uber or Facebook) raises the question of the real rewards required from individuals and public actors for services presented as free. Furthermore, creativity on platforms, and artificial intelligence development also multiply services among citizens such as goods' rentals (apartments, gardens, cars, tools, manpower, etc.). These trends illustrate one major characteristic of the smart city concept: collective services will also be customized to each individual needs.

3. SMART CITIES NEED INNOVATIVE PROCUREMENT TECHNIQUES

Traditional procurement methods do not fit with the requirements of these kind of projects: off-the-shelf answers are out of purpose, since with all their incremental and experimental needs, smart cities call for smart design and engineering while large competition requires standardization of the technical elements. Indeed, the design of the procurement procedure itself may have a strong implication on innovation. As mentioned by the OECD Report on Public Procurement for innovation⁴³. "The use of public procurement for innovation is defined as any kind of public procurement practice (pre-commercial or commercial) that is intended to stimulate innovation through research and development and the market uptake of innovative products and services". On its side, the EU 2020 has also promoted demand-side innovation policies support public procurement beside other action tools (legislation increasing consumer confidence in innovative

⁴² CNIL, La plateforme d'une ville, Les données personnelles au cœur de la fabrique de la smart city <https://www.cnil.fr/fr/smart-city-et-donnees-personnelles-quels-enjeux-de-politiques-publiques-et-de-vie-privee>.

⁴³ OECD, *Report on Public Procurement for innovation - Good practices and strategies*, 2017, 18.

products, safety regulations, standards)⁴⁴. However, designing standards in the context of smart cities open a new issue, recently addressed by the World Standard day⁴⁵.

3.1. Needs assessments

Considering the variety of solutions and services, it is crucial to evaluate the needs of the future city or neighborhood. A pre-assessment of all the costs, externalities and expected gains, coupled with a financial analysis is a pre-requisite, recommended by the BELOT Report⁴⁶ in France. Such analysis shall ensure that digital infrastructure will be both flexible and evolutive through the time. However at least two rows of public contracts may actually be necessary to conduct a smart cities project. If the first set will be service contracts helping the City task force to conceive its future smart city policy, relying on the expertise of consulting firms, the second set will be directly in charge of creating and operating new infrastructure and/or services. In July 2016, the Office of Innovation and Technology (OIT) in Philadelphia issued a Request for Ideas (RFI) on how the city can utilize assets for new technological purposes to improve operations while generating revenue at the same time⁴⁷. The RFI indicated that the information obtained would be used by the City as a basis for further discussion and the development of an RFP. Among the topics listed in the RFI were: meter reading, street lighting controls, gunshot detection,

⁴⁴ <http://ec.europa.eu/growth/industry/innovation/policy/demand-side-policies>.

⁴⁵ 2017 World Standards Day, Standards make cities smarter. <https://www.worldstandardscooperation.org/world-standards-day/world-standards-day-2017/> See also, the EU General Directorate GROW Conference, Cities set standards to become smarter and more sustainable, 19 October 2017.

⁴⁶ L. BELOT, *Député, Rapport au premier ministre sur l'avenir des smart cities - De la smart city au territoire d'intelligence(s) - l'avenir de la smart city*, 19/04/2017, <http://www.gouvernement.fr/partage/9140-rapport-de-m-luc-belot-sur-les-smart-cities>

⁴⁷ See Request for Ideas: *Using Technology to Create a Smart City*, City of Philadelphia Office of Innovation and Technology, July 12, 2016

transportation analytics, infrastructure monitoring, public safety surveillance, free, high-speed public wi-fi, and sensor technology.

3.2. Procurement design

Regarding the design of its procurement processes, smart cities require a sequential approach through progressive steps combined with a comprehensive framework. After reviewing over 100 RFI responses, Philadelphia determined that to best support Internet of Things (IoT) solutions, it first needed a strategic plan to guide the City through a process of identifying how to make IoT possible in Philadelphia in a way that reflects the needs of its citizens and business communities. Subsequently, on April 28, 2017, OIT issued a Request for Proposals (RFP) seeking a vendor to develop a comprehensive and strategic Smart City roadmap⁴⁸. The RFP stated that:

The City desires to enhance its ability to deliver quality services for the residents and businesses of Philadelphia through the development and use of secure interconnected information, communication, and sensor technology and Internet of Things (IoT) solutions. This roadmap will guide the City in realizing its vision to become a Smart City⁴⁹.

Therefore, after a number of pilot projects and focused smart city initiatives, Philadelphia is poised to pursue a more comprehensive approach to becoming a smart city. RFP issued by the City in April 2017, seeking a vendor to develop a comprehensive and strategic Smart City roadmap, while not providing much detail, indicates a recognition of the issues of privacy and cybersecurity. The RFP states that the City seeks a vendor familiar

⁴⁸ See *Request For Proposals: Consulting Services to Develop a Smart City Roadmap For The City of Philadelphia*, City of Philadelphia Office of Innovation and Technology, April 28, 2017.

⁴⁹ *Request For Proposals: Consulting Services to Develop a Smart City Roadmap For The City of Philadelphia*, City of Philadelphia Office of Innovation and Technology, o.p. cit. 38, 1.

with best practices and regulations around IoT security and privacy⁵⁰. In addition, the RFP identifies as a Tangible Work Product - A security framework to ensure safe development of IoT solutions and provides continued assessment of risk moving forward and create transparent policies around privacy and protection of sensitive information and protected data⁵¹.

In France, while numerous and innovative projects are mushrooming, difficulties remain with the current set of procurement procedures, which are not customized for the special needs of smart cities projects. In particular, local actors are complaining about the remaining complexity, lack of fluidity and issues faced by small businesses and start-ups to participate in public biddings. Negotiations or dialogue procedures, such as the competitive dialog or the competitive negotiations, could be more accurate than the call for tenders, in this context. Prior to the bidding process, and through a pre-commercial analysis, the procurement team should explore the market and available solutions. This could also justify the call for variants and/or for contract divided in tranches, allowing the public entity to sequence the project in a risk-averse approach⁵².

Through the implementation of the 2014 EU Directives, local governments have been tempted to experiment the Innovative Partnership (Dir. 2014/24, art 31). However, the initial feedback is not positive⁵³, specifically in the ambit of smart cities projects: the

⁵⁰ *Request For Proposals: Consulting Services to Develop a Smart City Roadmap For The City of Philadelphia*, o.p. cit., 38, 2.

⁵¹ *Request For Proposals: Consulting Services to Develop a Smart City Roadmap For The City of Philadelphia*, *City of Philadelphia Office of Innovation and Technology*, o.p. cit., 38, 7.

⁵² This last solution is advised by the Député (Representant) L. BÉLOT in his 2017 Report, 74.

⁵³ No one single contract after two years: see P.A. MOGENIER, *Deux ans après son adoption, retour sur le Partenariat d'innovation*, 1 March 2016, <https://www.village-justice.com/articles/Deux-ans-apres-son-adoption-retour,21591.html>.

procedure tends to be too narrow defined for a specific product or service while smart cities are often looking for comprehensive, collaborative, and exploratory services such as the ones designed after « hackathons »⁵⁴. Indeed, the use of innovative partnership, as a R&D tool, is only allowed⁵⁵ when there is no other solution available on the market whilst such rule can reduce potential use of this new contract. While for smart cities, local buyers may look for existing services but they are in need of an ad-hoc architecture. Moreover, this innovative partnership may be more suitable for manufacturing or developing on single product or service when the smart city initiative calls for a “bouquet” of services. Fear of using the wrong procedure that may lead to a criminal conviction of favoritism (unfair advantage), French procurement staff and local representatives either prefer to choose the traditional methods of procurement which are not tailored for such innovative solutions, or they opt for a genuine “experiment” outside the procurement rules, such as the Issy Grid project⁵⁶. In the context of the Internet of Things, few initiatives have been launched⁵⁷, addressing interoperability, and most are coming from the private sector. However, experimentations are not viable schemes for companies since they are looking for perennial

⁵⁴ Report of the Ministère de l’environnement, 2016, 47.

⁵⁵ Decree 25 mars 2016 on public procurement contracts, art. 93: « The purpose of the innovation partnership is to research and develop innovative products, services or works within the meaning of 2 ° of II of Article 25 as well as the acquisition of products, services or works resulting therefrom need that can not be satisfied by the acquisition of products, services or works already available on the market. The buyer may decide to set up an innovation partnership with one or more economic operators who perform the services separately under individual contracts. This decision is indicated in the contract notice or in another document of the consultation”.

⁵⁶ BELOT Report, 67 to 78, available at http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2017/04/rapport_smart_city_luc_belot_avril_2017_definitif.pdf

⁵⁷ Listed by the World Bank Report on IoT, 2017, RAMI 4.0 (Led by the German federal Ministries of Economic Affairs and Energy and of Education and Research, and with stakeholders); IIC (Industrial IOT Consortium; OFC (Open Connectivity Foundation) and Project Haystack.

activities that could be standardized and reproduced⁵⁸. Precise technical specifications may not be the most adapted to an evolving environment: functional requirements with performance criteria would better reflect the potential services reconfiguration that may take place later on.

Thus, Smart cities project can also trigger procurement reform. The FastFWD program in Philadelphia promoted additional procurement innovation for the City, which has worked with Citymart, an organization that focuses on problem-based procurement methods and practices⁵⁹. Citymart trains city officials to use problem-solving and problem-based procurement methods and has worked with the City's Office of Innovation Management to reach out to city departments, train workers on how to rethink the way they approach problems⁶⁰. This training includes guidance on preparing a clearly defined solicitation (tender) to maximize competition.⁶¹

In France, and in Europe, one may think about introducing procedures for unsolicited proposals, at least in the context of smart cities and digital services, as local governments are particularly solicited by Start-ups and innovative companies looking for new market and sources of data. Contracts can be a way for developing new activities and services. Germany considers reforms like the relaxation of government procurement requirements⁶².

⁵⁸ BELOT Report, o.p. cit., 56, 76.

⁵⁹ See <http://www.citymart.com/>

⁶⁰ R.P. SHEPELAVY, Solving...Not Buying, March 18, 2016.

⁶¹ R.P. SHEPELAVY, Solving...Not Buying, o.p. cit. 60.

⁶² Federal Government of Germany, Digitale Agenda 2014-2017, August 2014.

Finally, positioning the sustainability goal at the core of the smart cities initiative must have a direct impact on the procurement policy. Therefore, procurement criteria must look for energy production from renewable sources, energy efficiency and waste management. In this area, the recent procurement concept of life cost cycling analysis may be the most persuasive tool. IssyGrid, presented above, makes it possible to smooth peaks of consumption and to ensure the general balance of the network while reducing the carbon footprint of the neighborhood.

4. GOING BEYOND PUBLIC PROCUREMENT CONTRACTS: SMART PUBLIC-PRIVATE COLLABORATION

The Building advanced broadband technologies networks requires heavy infrastructure investments for the moment only financed by public authorities. In France, the Government is conducting a national plan for the equipment of all remote areas, a plan that will benefit to smart cities local projects as well. In other contexts, cities may have to find their own solutions. The British city of Bristol, and Mississauga in Canada “are trying to overcome such challenges by constructing their own infrastructure and offering them to businesses for use.”⁶³ In the US, national or federal initiatives in R&D public procurement trigger change in IT and subsequent development at the local level. However, given the magnitude of the smart cities projects, their necessary exploratory dimension, the potential arising of technical or legal issues, the contractual arrangement should channel a true collaboration between public and private partners. Since public services cannot fulfill all needs, private and public services, managed by public and private bodies, are here, more than ever, complementary.

After the great fire of 1666, which destroyed 1/6 of its houses, the city of London was reorganized around “squares”, or “garden squares”, whose pieces of land were distributed for free by the King to constructors who invested in building new houses to be

⁶³ World Bank Report on IoT, 2017, o.p. cit., 41, 14.

rented by tenants. This first modern town planning was indeed based on what one would call today Public-Private Partnerships (PPP). However, the partnership can range from a simple collaboration to a strong legal relation built on a contract. Based on several topic examples around the world, a 2017 World Bank report on the Internet of Things recommends a tripartite collaboration including the Academia, through “public-private-academic partnerships and platforms”. However, the PPP reference there should not be mistaken with its contractual version: in this report it is only a way to underline the collaboration that has to be put in place. A “coordinator” office may reinforce the missions conducted through these “PPAP” which “cover both infrastructure and non technical aspects, including policy assessments and implications, public perception and awareness, data stewardship, financial models, business value propositions, competency and skill requirements”.

In the Netherlands, the Dutch experience is enlightening in that it leaves a large part to innovation, not only technological but also organizational and legal⁶⁴. The predominant approach is that of consultation, on a given territory and involving different stakeholders. There is a range of legal support: initiative directly piloted by municipalities, experimentation in the form of public-private partnerships between a public entity and a company, sometimes without competition, or using a concession contract in the transport sector. Indeed, Dutch authorities have transposed a conventional approach between several private and public parties which had been developed in the circular economy to create green deals. After recommending a “safe standardized digital infrastructure”, the national strategy for smart cities⁶⁵ points at the necessity of relying on “Public-private partnership

⁶⁴ See *The Smart City Embassy website*, founded by Amsterdam Smart City, Connekt and the Ministry of Infrastructure and Water.

⁶⁵ With a bottom-up approach, a large number of Dutch cities, companies and scientists have contributed to the preparation of the National Smart City Strategy, presented in January 2017 to Prime Minister Mark RUTTE, who had requested a consolidated Smart City Vision. Report in English: https://gsc3.city/wp-content/uploads/NL_Smart_City_Strategie_EN_LR.pdf

with room to experiment”, calling for the creation of a new business model. Social cost-benefit analysis (SCBA) and Overview of Effects of Infrastructure (OEI) already used by the Dutch Government for several public projects shall be the reference tools for accessing costs, while exploring innovative procurement methods could be backed by a fund established to inspire confidence to the local governments⁶⁶.

The French legal system offers a range of contractual solutions that may be relevant for smart cities projects, with some caveats. The town may pick a type of global public procurement contract, the solution recently retained by the town of Dijon and a regrouping of 24 municipalities, with the signature of a 12 year-contract. The consortium of several French companies such as Bouygues, Capgemini, Citelum and Suez, will be in charge of the design, construction, operation and maintenance of connected urban centers piloting of several public services through connected goods such as (sensors on public vehicles, lighting, traffic lights, access terminals in downtown, video-protection or, still, security and BWM of the buildings of the communities), under the monitoring of a unique control center for a total cost of 105 million euros⁶⁷. Half of these costs will be covered by the City of Dijon and Dijon metropolis - the city is also betting on the savings that may result from better management of the public lighting service. They also expect that the data collected, some of which should be made available to citizens free of charge, may be partly monetized.

French local governments are also familiar with certain PPP arrangements, such as “service concession contracts” where the initial investment is financed by the private party

⁶⁶ https://gsc3.city/wp-content/uploads/NL_Smart_City_Strategie_EN_LR.pdf, o.p. cit., 65, 48-49.

⁶⁷ G. GAMBERINI, *Smart City: Dijon Métropole se positionne en pionnière*, La Tribune, 7 Sept. 2017, <https://www.latribune.fr/entreprises-finance/industrie/energie-environnement/smart-city-dijon-metropole-se-positionne-en-pionniere-749440.html>; F. MAILLET, *Comment Dijon veut devenir la première smart city française*, 13 sept. 2017, <https://www.lemoniteur.fr/article/comment-dijon-veut-devenir-la-premiere-smart-city-francaise-34804831>.

who will be operating the infrastructure and its related (public) service for a long duration, bearing the demand risks, and paid by users' fees. France has a long history with "concessions" as being long term contracts entered into by a public body (such as a city) and a company in order to build an infrastructure or a network and to operate the (public/utilities) service attached to it (ex: water sanitation in a city, electrical power or a gymnasium for sports). Although these contracts may encompass large projects, they were usually specialized in providing one type of service (ex: water access, electricity, or sports facilities) which could be referred to as "mono-service". What is new in smart cities is that they require a bunch of infrastructures built and operated simultaneously for delivering "combined services". Opportunely, the French Administrative Supreme Court, the Conseil d'Etat, held in 2016⁶⁸ that separate services could be bundled under one contract, with two temperaments: the perimeter does not have to be grossly excessive and the contract cannot bring together services that would otherwise be clearly unrelated to each other.

French local governments may also rely on the "Marché de Partenariat" which is a sort of B.O.T., although a more recent form of PPP in the French legal system, where the public entity is renting the facility or service delivered by the private investor, owner of the infrastructure until the end of this long-term contract. However, it is fair to say that if French local governments are used to work with companies for the delivery of traditional services, they are less prone to deal with new digital actors. If not yet well developed, creating an ad-hoc company may also be considered, with public entities as shareholders coupled with private investors.

In France, local authorities and their groupings may also create local public development companies (SPLA), of which they hold the entire capital (Article L. 327-1 of the Urban planning Code), authorized to carry out any development operation within the meaning of the Code (Article L. 300-1) exclusively on behalf of their shareholders and on their territory. These SPLAs are under control of the local authorities that create them. The

⁶⁸ CE 21 September 2016, req. n° 399656.

latter are therefore not obliged to apply the competition rules relating, as the case may be, to concession contracts or procurement contracts (in-house) when they use these SPLAs. As regards the contracts entered into by these SPLA for their purchases, it should be verified in each case whether the company concerned should be regarded as a buyer within the meaning of the provisions of Article 9 of the Ordinance of 23 July 2015 on public procurement.

5. CONTRACTS FOR SMART CITIES NEED TO FIND SMART FINANCING

Investors in smart cities need stability, durability and profitability for their money. Risk allocation in a highly versatile environment is one of the many challenges the legal framework for smart cities should address. Thus, public contracts need to provide for a flexible and secure environment. These goals mandate long term arrangement balancing real estate rights, use of eminent/public domain for infrastructure, as well as rights for creating and developing new services that will provide direct sources of income for the entity in charge. The economical context of smart cities' contracts resonates with specific issues. As noted by J. EDLER and L. GEORGHIOU⁶⁹, “the more radical an innovation, the higher the entry and switching costs. This relates to transaction and learning costs, to adoption of complementary equipment and to lock in and path dependency effects. Those problems of high entry costs are especially virulent in areas in which network effects occur”.

Initial public financing may be the optimal solution for stimulating innovation. The U.S. federal government has made grant funds available for cities to pursue smart city projects. In addition, a number of other sources have provided smart city grant funding,

⁶⁹ J. EDLER & L. GEORGHIOU, *Public procurement and innovation—Resurrecting the demand side*, ScienceDirect, Research Policy 36, 2007, 949–963, 956, available at http://dimetic.dime-eu.org/dimetic_files/EdlerGeorghiou2007.pdf.

often via challenge or competition between cities to encourage the development of new ideas applicable to smart cities. In 2013, Philadelphia was awarded a \$1 million grant by the Bloomberg Philanthropies Mayors Challenge to implement their winning idea, FastFWD, which sought to engage entrepreneurs in offering solutions to the City's public problems while also promoting reform of the procurement system to encourage innovation⁷⁰. Under FastFWD, the City gathered data across departments on a problem and then described it in a manner suited to creative solutions.

Under FastFWD in Philadelphia, an initial effort was designed to attract new companies/small businesses, with innovative ideas, along with private sources of funding. Working with new businesses and relying on private sources of funding is part of the promise and challenge of the program. Once a need was identified, a multi-phase process followed, with an initial request for solutions to the identified need⁷¹. The top proposals were selected to enter into a business accelerator program that refined those ideas through business development strategies, mentorship, and collaboration with city employees⁷². The city then selected two or three pilot projects to implement, evaluate, and refine⁷³. After the accelerator process pilot projects and/or contracts may be awarded.

More than 70% of smart cities in France are publicly financed⁷⁴, either through local, national or European funds. On this matter, European institutions have decided to finance several digital initiatives through various schemes for both sectoral and global

⁷⁰ *Procuring Innovation - Philadelphia's Bold New Model*, Harvard Kennedy School Ash Center Mayors Challenge Research Team, February 26, 2014.

⁷¹ See <http://fast-fwd.org/program/>; <http://icic.org/philadelphias-fastfwd/>.

⁷² <http://fast-fwd.org/program/>, o.p. cit., 71.

⁷³ <http://fast-fwd.org/program/>, o.p. cit., 71.

⁷⁴ TACTIS, 2015.

projects: “Connecting Europe Facilities for Transport”, the “LIFE Program”, including Financial Instrument for the Environment and Horizon 2020 with smart cities and communities program. The European Fund for Strategic Investments and the ERDF can also support smart cities projects. Thus, the project design at the local level might depend on external financing, being as well impacted by the European rules and constraints. At the French level, the Caisse des Dépôts et Consignations (CDC) a public financing institution created in 1816, is dedicated to support public projects, through the deployment of Telecom infrastructures since 2000, and digital services. It is now expanding its activities to become a “smartcity conceptor” providing support and financing. However, municipalities tend to rely more on traditional grants, neglecting new financing such as bonds and shares in institutional public private partnership or special purpose vehicle. Looking for new sources of financing, smart cities could mobilize green bonds. According to the EU’s 2030 climate and energy objectives, there is huge potential for further emission of sovereign green bonds.

Moreover, given the size of the project (a neighborhood or an entire new city), their integrative dimension, private financing should also be mobilized. In the French IssyGrid project, mobilization of private funding took another direction: the entire initiative is carried on by a consortium conducted by Bouygues Immobilier with other private companies who bring together all the strategic and technical skills of the smart grid: Alstom, Bouygues Energies and Services, Bouygues Telecom, EDF, ERDF, Microsoft, Schneider Electric, Steria and Total. Among this group some have created a joint-venture (EMBIX) in charge of launching the information system. The 10 companies of the consortium have invested 250,000 euros each, without subsidies or public funding. The 2.5 million euros collected finance the purchase of equipment, works and services by third-party companies. Innovative start-ups also bring their expertise in energy management for eco-neighborhood projects, in participatory energy management, in interactive presentation of data (as part of Microsoft's BizSpark program, which supports digital start-ups), and also in connecting objects that IssyGrid can now host. The town’s website proclaims that the consortium has created an “economic model of the smart grid, based on the deployment of a software layer and sensors dimensioned to the fair, to provide monitoring services, steering and verification of the performance of eco-districts”. However, one may consider

that is not a sustainable model: companies are only willing to initially invest in such a pilot project if they can further build on this expertise to obtain future commercial projects. Having demonstrated that they can create smart grids for a controlled cost, they are keen to mobilize these new skills in future bidding opportunities. Who is going to pay on a long-term perspective? If the experimental period benefits from the peering of public and private partners, the smart city concept has to find a sustainable financing model, such as inventing combinations of sources that are not today considered in traditional procurement.

6. SPECIAL CLAUSES FOR CONTRACTS IN SMART CITIES

Designing these public contracts will have to take into consideration their two main characteristics: the issues related with data collection, protection and dissemination, and their special need for evolution. Satisfactory performance of such contracts will rely on a careful crafted design of contractual clauses dealing with the data topic, including IP rights.

6.1. Data collection

Indeed, the new services and activities attached to smart cities process rely on massive data production. As mentioned by JB AUBY in Chapter 2, Part II of this book⁷⁵, data are the “fuel” of smart cities. Indeed, in a circular approach, these data constitute the baseline for all virtual services and they also are their main products. As such, their identification as private or public data, their collection, diffusion and also potential selling raise several legal issues that will definitely impact public contracts design in the context of smart cities. Thus, the recognition that effective collection and use of data could enhance the effectiveness of Philadelphia departments led to its first steps in becoming a smart city. In 2011, Mayor NUTTER issued an executive order establishing of Office of Innovation

⁷⁵ J.-B. AUBY, *Public Contracts and Smart Cities*, C. Yukins – G. Racca, eds., *Public Contracting and Innovation: Lessons Across Borders*, Bruylant, 2019.

and Technology (OIT)⁷⁶. Philadelphia's OIT has five components⁷⁷: IT Governance; Innovation; Infrastructure; Communications and Applications. IT Governance seeks to ensure that "information technology is structured and employs a well thought-out, comprehensive strategy across all City entities that includes risk management, performance, and security⁷⁸." Innovation focuses on "[d]eveloping and sustaining innovative technology practices within the City through engaging and empowering citizens, improving business processes, working collaboratively and constantly searching for new opportunities."⁷⁹ Infrastructure provides services across multiple technical platforms, systems, and general technical services⁸⁰. Applications is involved with "[b]uilding applications to enhance distribution of information, add convenience and automation to transactions, and increase access to city services."⁸¹ Each component has sub-units that focus on specific goals of the component⁸². The OIT was established as part of the effort to change the culture of the City's operations to emphasize innovation⁸³. Philly311 has also promoted a data-driven, customer oriented culture across the city government, which is an essential objective of a smart city. To promote its continued success, upgrades were made to the Philly311 system

⁷⁶ See Executive Order No. 12-11, Innovation and Technology.

⁷⁷ See <http://www.phila.gov/it/aboutus/Pages/default.aspx>; Trends in Smart City Development: Case Studies and Recommendations, 22.

⁷⁸ See <http://www.phila.gov/it/Pages/default.aspx>.

⁷⁹ <http://www.phila.gov/it/Pages/default.aspx>, o.p. cit., 78.

⁸⁰ <http://www.phila.gov/it/Pages/default.aspx>, o.p. cit., 78.

⁸¹ <http://www.phila.gov/it/Pages/default.aspx>, o.p. cit., 78.

⁸² <http://www.phila.gov/it/Pages/default.aspx>, o.p. cit., 78.

⁸³ P. THAKURIAH, N. TILAHUN, M. ZELLNER. *Cities Through Big Data: Research, Methods and Applications in Urban Informatics*, , Eds., Springer, 2017, 537.

in 2014 to improve request submission and data tracking⁸⁴ The 2016 NLC report notes that the creation of the OIT has enabled city leaders to have a more hands-on approach to ICT initiatives in the city⁸⁵. With the establishment of the OIT, Philadelphia possesses an essential tool to pursue its smart city efforts through greater integration of its infrastructures and services to improve efficiencies⁸⁶.

Data collection being central to any local innovation, effective implementation of data metrics to transform the way the City conducts business requires the buy-in from all actors⁸⁷. But data are not only collected, and stored in the cloud under specific contracts, they are also produced by the new interconnected services. NUTTER in Philadelphia underscored the importance of openness and transparency in a data-driven smart city to engage both the general public and businesses: “There have been other very positive outcomes -- entrepreneurs and the startup community are using some of that data and creating apps or new businesses.”⁸⁸ Then a smart grid can contribute in open data, accommodating contributions from individuals, head offices, operators, charging stations for electric vehicles, energy network operators, businesses, etc., who can, if they wish,

⁸⁴ Philly 311: Innovation that was worth the wait, GCN, Derek Major, Oct. 15, 2015.

⁸⁵ Trends in Smart City Development: Case Studies and Recommendations, o.p. cit., 77, 10. Trends in Smart City Development: Case Studies and Recommendations, o.p. cit., 77, 10.

⁸⁶ As noted in a white paper of the International Electrotechnical Commission (IEC): “[t]echnology integration helps cities to improve efficiency, enhance their economic potential, reduce costs, open the door to new business and services, and improve the living conditions of its citizens.” Orchestrating infrastructure for sustainable Smart Cities, International Electrotechnical Commission, White Paper at 4.

⁸⁷ Including public employees. As NUTTER put it about Philadelphia: “We made it clear we were going to start measuring employees on how well they are implementing these systems in the government.”

⁸⁸ Trends in Smart City Development: Case Studies and Recommendations, o.p. cit., 85.

make these data accessible in open data, provided that the interoperability (with standards?) of the data collection is made mandatory.

6.2. Data release policy

The very nature of the data, and the way their collection and use in the smart city environment is conducted, appear to render many existing laws, regulations and policies on data protection, outdated. The US report, *Open Data Privacy: A risk-benefit, process-oriented approach to sharing and protecting municipal data*, notes that the sharing of smart city data: “comes with inherent risks to individual privacy: released data can reveal information about individuals that would otherwise not be public knowledge. In recent years, open data such as taxi trips, voter registration files, and police records have revealed information that many believe should not be released.”⁸⁹ The authors cite a 2014 report of the President’s Council of Advisors on Science and Technology (PCAST), highlighting challenges such as “data mining and other kinds of analytics” and that “one can never know what information may later be extracted from any particular collection of big data.”⁹⁰ The authors further note that “while ensuring legal compliance is a natural starting point for crafting data release policies, cities must look beyond legal compliance when crafting data release procedures and strategies⁹¹. Finally, the authors state that public support is an

⁸⁹ B. GREEN - G. CUNNINGHAM - A. EKBLAW - P. KOMINERS - A. LINZER - S. CRAWFORD, *Open Data Privacy: A risk-benefit, process-oriented approach to sharing and protecting municipal data*, Berkman Klein Center For Internet and Society at Harvard University, 2017.

⁹⁰ *Open Data Privacy at Executive Summary, citing: President’s Council of Advisors on Science and Technology, Big Data and Privacy: A Technological Perspective*, 2014. https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/microsites/ostp/PCAST/pcast_big_data_and_privacy_-_may_2014.pdf.

⁹¹ *Open Data Privacy at Executive Summary*. Therefore, to promote the full and effective use of smart city data, the authors make four recommendations: “Conduct risk-benefit analyses to inform the design and implementation of open data programs; Consider privacy at each stage of the data lifecycle: collect, maintain, release, delete;

essential element of successful open data programs⁹². Engaging the public in the development of policies and practices builds critical support and will drive open data forward.⁹³ In the French IssyGrid project, a platform makes the neighborhood energy data available to the public free of charge.

In France, the enactment of the Loi pour la République Numérique, (Law on the digital Republic) in 2016, has created a framework for data dissemination which resonates with smart cities. The law creates a concept of “public data”, coupled with a new “Public service of data”, through datasets, i.e. for data with the greatest economic and social impact, available for reuse, so that companies can reuse them for their activities. In addition, Government data, i.e., administrative documents that are of economic, social, health or environmental interest, will be published. Two decrees have been issued which specify the threshold above which a public body must implement this requirement, and which fix the list of licenses for the provision of public data. Another decree requires the publication of the essential data related to contracts allocating public grants. The aforementioned law also creates a concept of “data of general interest”, which impacts public contracts, since its article 17 has amended the rules regarding concession contracts by creating a new obligation for the concessionaire on mandatory data transmission. Through amendments of the Energy Code, these same data will also have to be made available by the entities in charge of electricity service, or of the distribution of natural gas (utilities). From a contractual standpoint, clauses about data transfer to the public entity will have to be drafted, such as the ones sometimes mentioned in French concession (DSP) contracts.

Develop operational structures and processes that codify privacy management widely throughout the City; Emphasize public engagement and public priorities as essential aspects of data management programs.”

⁹² Open Data Privacy, o.p. cit., 90, 67.

⁹³ Open Data Privacy, o.p. cit., 91.

Regulation of private data has also been enacted. Since 1978, with the Law “Informatiques et Libertés” (on IT and Freedom), France has created an independent agency in charge of supervising data collection, the CNIL (Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés). It has recently underscored the vigilance commanded by the development of Artificial Intelligence in need of massive data collection. Overall, France will have to comply with the new EU’s General Data Protection Regulation (GDPR), which is entering into force on 25 May 2018, reinforcing the former 1995 EU Directive. According to this EU mandatory regulation, all companies, either established in or outside the EU, which are processing personal data of individuals based in the EU, shall comply with the EU data protection rules. On the matter of personal data protection in the ambit of public contracts, the GDPR states, in its recital 78:”

“The protection of the rights and freedoms of natural persons with regard to the processing of personal data require that appropriate technical and organizational measures be taken (...) Such measures could consist, inter alia, of minimizing the processing of personal data, pseudonymising personal data as soon as possible, transparency with regard to the functions and processing of personal data, enabling the data subject to monitor the data processing, enabling the controller to create and improve security features. When developing, designing, selecting and using applications, services and products that are based on the processing of personal data or process personal data to fulfill their task, producers of the products, services and applications should be encouraged to take into account the right to data protection when developing and designing such products, services and applications and, with due regard to the state of the art, to make sure that controllers and processors are able to fulfill their data protection obligations. The principles of data protection by design and by default should also be taken into consideration in the context of public tenders.”

According to the new EU Regulation and its implementing rules, while Public authorities must designate a Data Protection Officer (DPO), companies are only required to create such position when collecting personal data is their core activity - monitor individuals systematically, or process special categories of personal data - on a large scale.

Other companies are encouraged on a voluntary basis to hire a DPO or to rely on DPO consultant.

As things go, public and private data collection and dissemination are now an essential part of any smart cities projects. In collaboration with the CNIL, the French IssyGrid has led to the development of a procedure for collecting housing consumption data while respecting the privacy of residents. For example, IssyGrid now receives hour-by-hour consumption data for lighting, heating, water and electrical outlets building by building without knowing the detail per dwelling.

As noted by the 2017 World Bank report on IoT: “Data are central to IoT, but there is inconsistent understanding of data’s value and management” (p. 13). Stating free access to public data and protecting private data is a policy decision taken by the French Government in the debate about the recognized “data market”. The free dissemination of public data is not only meant to implement the transparency and governance goals, but it is expected to stimulate the economy, allowing starts up and companies to create new services based on the data available. Under such scheme, only private data, under several constraints, could be considered as goods. First, data-driven experiments can be an economic asset for local governments, triggering cost savings. Second, the potential monetization of these private data is now on the table, since it will clearly affect the profitability of private investments deployed under smart cities projects. This could even jeopardize some existing endeavors which have been designed, and balanced with the prospect of fees and revenues produced by the collected data (ex in the French town of Dijon). If these constraints and limitations over the use of collected data may be acceptable under a public procurement arrangement, because it is based on direct public financing, such limitations will obviously be one of the main concerns of any private investor before considering to participate in a public-private partnerships related to smart cities. Whatever the solution, in contracts related to smart cities projects, data recovery clauses should be introduced.

6.3. Data protection

Advocates for cybersecurity and privacy in smart city development, sometimes referring to the concept of SmartPrivacy⁹⁴, note the importance of adopting protection measures early in the process, as they may be more difficult to introduce once the smart city systems have been established:

“Smart city privacy concerns will not be going away soon, but the real risk is that the really smart city arrives before the law catches up to it or we realize how powerful the data collection and processing has become. It would be much smarter and better to develop a set of comprehensive privacy rules to govern the advent of smart cities and to limit municipal collection, use and disclosure of user information before it is too late.”⁹⁵

As of this writing, Philadelphia’s approach to privacy and cybersecurity, like its overall smart city effort, remains a work in progress. The issues of privacy and cybersecurity were discussed in a smart city planning workshop held in October 2017, as part of the effort to develop the City’s smart city strategic plan. City officials acknowledged that concerns over privacy are mentioned frequently in public forums, particularly with

⁹⁴ The concept of “smartprivacy”, noted above, introduced by authors CAVNOUKIAN, POLONETSKY and WOLF, identifies a set of tools to promote the proper use and protection of smart city data. Much like the compliance mechanisms in a procurement system, “smartprivacy” is a multi-faceted approach using familiar elements such as laws, regulations, independent oversight, transparency and accountability to promote the appropriate use and safeguarding of PII. A. CAVOUKIAN, J. POLONETSKY, C. WOLF, *SmartPrivacy for the Smart Grid: embedding privacy into the design of electricity conservation*, *Identity in the Information Society*, Aug. 2010, Vol. 3, Issue 2, 275–294.

⁹⁵A. GIDARI, “Smart Cities” Are Too Smart for Your Privacy, February 20, 2017, <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2017/02/smart-cities-are-too-smart-your-privacy>

regard to how the information collected will be used. As one City official stated, the privacy issue is a great concern to the City and will be addressed in its strategic plan⁹⁶.

7. DESIGNING CONTRACTS FOR SMART CITIES

7.1. Global contract for smart cities

Smart cities may actually require a web of contracts, with one main operator in charge of the whole project and several subcontracts and related contracts with companies, including startups, energy provider, plus other contracts signed with groups of citizens/users involved in local services. All of these contracts will need to be coordinated, with monitoring of private data collected.

The French Government has just released a new bill which, if voted by the Parliament, will offer new tools for smart cities development, although its scope is more about housing. Its drafted article 1 creates a new contract, the "partnership development project" (PPA) in order to support a new partnership adapted to the different territories in which the State and the intercommunality concerned or the metropolis of Lyon or Paris, can make their reciprocal commitments in favor of carrying out complex project. If its first aim is to conduct large local development projects with different financing, private and different public entities (including the State, the region, the public body, public local companies, all mentioned above in this chapter but which would be able to join forces).

Furthermore, the traditional commercial relation between supplying companies and public buyers may become outdated in certain sectors such as the energy network with new schemes where a private operator (ex. a community of residents) can also produce its own electricity and sell it to neighbors. For this sector, the European Parliament, the Commission and the Council are finalizing the development of a new regulation and a new

⁹⁶ *Philadelphia Kicks Off Smart City Planning Workshop*, Government Technology.com, Skip Descant, October 19, 2017.

directive on the organization of the electricity market, including the obligation to oblige Member States to Dynamic Pricing Contracts, which, through Linky smart meters, will allow consumers to choose to buy and resell electricity in real time, at market prices updated every 15 minutes⁹⁷.

7.2. Specific clauses on technical adaptation are needed

Regarding the performance phase of the contracts needed by smart cities' projects, the need for change and evolution is striking. In the first place, public contracts will have to adapt to the speed of change in the "smart city" environment. Procurement procedures are lengthy in terms particularly in the areas of public procurement, concessions and partnership contracts. However, the smart city wants to be innovative and dynamic, considering the speed of innovation in this area of connected services and connected goods, the adaptability of the main contract (and its subcontracts) will be crucial. In its 2018 Report, the European Court of Auditors deplores that most of the six ICT projects audited were hardly compatible with long-term contracts as they were exposed to rapidly evolving technologies.

Traditional contracts may be too rigid, although French procurement contracts, as the US federal contracts, allow for unilateral change if it is required by the public interest and if its negative financial impact on the private party is compensated. French concessions use to be very adaptable, in compliance with the continuity principle of the public service

⁹⁷ Commission's proposal for a directive to the Parliament defining the energy community: "a legal entity based on voluntary and open participation, effectively controlled by shareholders or members who are natural persons, local authorities, including municipalities or small businesses and microenterprises. The primary goal of an energy community is to provide environmental, economic or social benefits to its members or local areas where it operates rather than financial benefits. An energy community can be engaged in electricity generation, distribution and supply, consumption, aggregation, storage or energy efficiency services, renewable electricity generation or other energy services to its shareholders or members. "

they are in charge of. However, the new EU package of 2014, in order to ensure competition and prevent any essential modification, has created rules and limitations on contracts' modification that may render technological (for example) evolution more difficult for smart cities. For them, it could be interesting to think about substantial innovation as being a case for unilateral change or termination.

One solution could be to integrate the inherent mutability of the "smart city" model without requiring any changes to the contractual provisions. This would enable sustainable and mutable public contracts for the smart city. The price revision clauses for certain public contracts over periods longer than 3 months in reference to official world price indices to adapt the contract to economic fluctuations may serve as an existing inspiration. Mechanisms of unforeseen hardship are another way of making the public contract viable

8. CONCLUSION

All the examples mentioned above, far from being exhaustive, considering the exponential speed of innovation without mentioning the new prospects open by artificial intelligence and smart contracts, force us to reconsider how public contracts could safely convey the smart cities movement. Smart cities may today require new form of public contracts, transparent and allowing for performance oversight mechanisms conducted by third parties such as citizens. At this early stage, it could be argued that regulation and public contracts, comprising public procurement contracts but also more complex public-private arrangements developing new public service obligations to better serve the citizens (such as clear rules on data use), are still the best adaptable legal bedrocks for supporting the smart cities revolution.

**ENCOURAGING PUBLIC ENTITIES TO SETTLE ENVIRONMENTAL
DISPUTES THROUGH MEDIATION IN ITALY**
THEORETICAL ANALYSIS, PRACTICAL EVIDENCES, POSSIBLE SOLUTIONS

Lea DI SALVATORE¹

INDEX

INTRODUCTION

1. LEGAL FRAMEWORK AND DEFINITIONS

- a. Environmental Mediation at International Level*
- b. Environmental Mediation at EU Level*
- c. The Italian legal framework*

**2. THE IMPORTANCE OF MEDIATING ENVIRONMENTAL
CONFLICTS**

- a. Environmental Conflicts and Environmental Damage*
- b. Characteristics of environmental conflicts and mediation's answers*

3. PUBLIC ADMINISTRATIONS IN ENVIRONMENTAL MEDIATION

- a. Legislative uncertainty and doctrinal debate*
- b. Personal liability of the public officers*
- c. Imbalance of powers*
- d. Political responsibility and the mediation lengthening*

¹ PhD candidate 2019 2020 Nottingham University

4. CONCLUSIONS AND PROPOSED SOLUTIONS

a. Amendments to the Law Decree 28/2010

b. Regulation proposal

c. Proposal of mediation clause in PPP and public work contracts.

INTRODUCTION

How to properly manage environmental conflicts?

Being able to adequately settle those type of conflicts is fundamental for the functioning of our society and the preservation of the ecosystem for us and for the future generations. How to strike a proper balance between private interest and public needs, between environmental boundaries and economic growth, between citizens' wellbeing and the growth of big industries? It is so puzzling that environmental conflicts arisen from failed balance of interests are now a daily subject. Environmental issues are becoming more complex and frequent and their magnitude and degree of reversibility often generate a sense of helplessness.

Participatory planning, stakeholder engagement, transparency, precaution, access to justice and prevention are all principles related intrinsically with the environment itself; in fact, they are the core principles of the Aarhus convention². Nevertheless, we are not yet achieving those goals to protect the environment, overall in cases of emergency and conflict, where very few tools are at the disposal of the citizens and not all of them are efficient. In fact, recently, the Aarhus Convention Compliance Committee ruled on 17 March 2017 (case ACCC/C/2008/32) that the EU was not fulfilling its obligations in view of the very limited possibilities for NGOs and the public to have access to justice in the EU.

² United Nations Economic Commission for Europe, Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, Aarhus, 1998 (Aarhus Convention 1998).

As it will be exposed above, in case of conflicts linked to the environment, those principles are less likely to be respected, for many different reasons, including the lack of proper and adequate tools.

Many tools already exist (primarily civil reparation, criminal actions and market-based tools) to contrast them, but most of them are just partially efficient and our laws are scattered of gaps and loopholes³. This is the result of a world running on two different speeds, especially in Italy, where the institutions and the bureaucracy are archaic, but the commercial and social spheres are evolving at an increasing rate. In other words, institutional tools are not evolving fast enough to face new harsh and complex environmental issues. The outcome is often a bad management of environmental risk, a lack of timely restoration and a loss of resources, those being both of natural stock and economical means.

Beside the traditional instruments offered by our judicial system, different ones have been developed over the years, as, for example, Alternative Dispute Resolution tools (ADRs) that include mediation. Is mediation an adequate tool to settle environmental conflicts? To verify it, we conducted a theoretical and empirical analysis, precisely at the Milan Chamber of Arbitration (now on CAM).

To overcome the lack of this instrument in Italy, CAM was the first institution to offer environmental mediation services with a project that started in November 2015. The main objective of the project *La mediazione dei conflitti ambientali*⁴ is to extend the

³ LA SORTE V. C., *La conciliazione obbligatoria e facoltativa, la mediazione nelle controversie ambientale*, Padova, 2016; Various Authors, *La mediazione dei conflitti ambientali: linee guida operative e testimonianze degli esperti*, CAM, Milano, 2016; ROSSI C., *La disciplina della prevenzione e riparazione del danno ambientale*, (www.tuttoambiente.it); BENACCI E., *Compendio di diritto dell'ambiente*, Edizioni giuridiche Simone, 2016

⁴ Various Authors, *La mediazione dei conflitti ambientali: linee guida operative e testimonianze degli esperti*, CAM, Milano, 2016

application of the civil and commercial mediation to environmental conflicts in order to spread a culture of dialogue, transparency participation and engagement also in environmental disputes. After an experimental year, it became an effective tool offered by CAM. Since November 2015, different cases have been brought to CAM, giving us the opportunity to explore, first hand, this tool, its weaknesses and points of strength. Therefore, this paper will consider a) if and why mediation is a suitable tool to settle environmental disputes through empirical and theoretical analysis; and b) if it is possible to embed it in our legal system, where the focus will be the difficulty (and the responsibility) of the Public Administration to partake in the environmental mediation, in order not only to solve environmental challenges, but also to promote transparency and participatory planning.

1. LEGAL FRAMEWORK AND DEFINITIONS

The most common forms of ADR are negotiation, mediation, facilitation, arbitration and conciliation; though, these terms overlap and modify substantially depending on the legal system. Moreover, the term “mediation” can embrace a large number of activities and has no univocal definition. In fact, it can refer to an institutionalized process, as it is set in the USA or to the widespread tribal custom to settle controversies through the wise man or shaman of the village⁵.

Mediation, in its most basic and general sense, is the use of a third party to help resolve conflict between two or more parties. This tool has a long history in international relationships, and over time its application has been expanded from only commercial to labour, business, family, and community disputes and recently, to environmental issues.

Environmental mediation is a specific form of mediation that is aimed at resolving conflicts on environmental matters. It is already practiced abroad; in addition to being

⁵ MACNAUGHTON A. L. AND MARTIN J. J., *Environmental Dispute Resolution: and Anthology of Practical Solutions*, USA, 2002

embedded in several international agreements⁶ (such as the CETA, eventually), it is implemented in many Countries' legal system⁷. The Anglo-Saxon experience is characterized by a traditional network of social participation in environmental issues and forms of direct participation of sufficiently organized citizenship, while in Germany there are proper specialized agencies dedicated to environmental mediation. On the other side, in Canada it's institutionalized and in the United States it is demanded to the Environmental Protection Agency and has been practiced for almost every environmental controversy since the 1970s. The first transnational environmental dispute resolved through mediation dates back to 1973 and concerned the placement of a containment dam on the Snoqualmie River near Seattle, Washington⁸. Since then, in the USA, companies have negotiated with their counterparts, and in most cases it ended in mutual benefit: environmentalists had gained policy improvement; companies had obtained an image return and often an increase in efficiency⁹.

As a tool to resolve environmental conflicts, mediation has been deemed really efficient, in the international context, also to manage violent areas and in peace building operations¹⁰. The United Nations has been implementing it for decades now, witnessing its

⁶ For more information c.f.r. SIMOKAT C., *Environmental Mediation Clauses in International Legal Mechanisms*, mediate.com, 2008 <https://www.mediate.com/articles/simokatC1.cfm>

⁷ It is not functional for this research to gather an in-depth comparative analysis of foreign practices on environmental mediation, however, they can be found in the following texts: Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e storico-politici, Università degli Studi di Milano, *La mediazione ambientale nel diritto europeo e comparato: alcune prime indicazioni*, Milano, 2015. Various Authors, *La mediazione dei conflitti ambientali: linee guida operative e testimonianze degli esperti*, CAM, Milano, 2016, pp. 226-252

⁸ NAPIER C. (edited by), *Environmental Conflict Resolution*, London, 1998

⁹ MACNAUGHTON A. L. and MARTIN J. J., *Environmental Dispute Resolution: and Anthology of Practical Solutions*, USA, 2002

¹⁰ BUCKLES D., *Cultivating Peace: Conflict and Collaboration in Natural Resources management*, Ottawa, 1999. United States Institute of Peace, *Natural resources, Conflict and Conflict Resolution*, Washington, 2007.

efficacy in managing natural resources conflicts which are the main cause of violent conflicts and wars in high risk and politically unstable areas of the planet¹¹.

In other words, it could be generally inferred that environmental mediation sets up a discussion table where all involved parties sit to find an effective and rapid solution that avoids long processes, money waste, and allow both economic activities and the environment to resume their course. Due to its high efficiency in solving environmental disputes, international and European institutions are encouraging the use of this tool.

a. Environmental Mediation at International Level

To understand how environmental mediation figures in International Law, it is necessary to have a quick look at the International Environmental Law. The international regulation of the environment is not recent, but, since the 1970s, the necessity to protect the environment has grown, becoming one of the most pressing policy issues in the international agenda.¹² The Stockholm Declaration opened the path to the further development of principles of international environmental law. In particular, Principle 21 provides that:

"States have [...] the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their

HUMPHREYS M., *Natural resources, Conflict and Conflict Resolution: Uncovering the Mechanisms*, 2005.
UNDPA and UNEP, *Natural Resources and Conflict: A Guide for Mediation Practitioners*, 2015.

¹¹ For more information c.f.r. UN Secretary General, Report of the Secretary General, Strengthening the Role of Mediation in the Peaceful Settlement of Disputes, Conflict Prevention and Resolution, New York, 2012

UN Department of Political Affairs and United Nations Environment Programme, *Natural Resources and Conflict: A Guide for Mediation Practitioners*, 2015, p.7

¹² Dupuy P.-M. and Viñuales J. E., *International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2018

jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction,"

This has been recognised as representing, in effect, a State obligation related to protecting the environment, as the International Court of Justice subsequently recognized as part of international law.¹³

Since the Stockholm declaration, different principles of international environmental law have been developed and recognized.¹⁴ Although it is not recognised yet unanimously as a principle,¹⁵ the sustainable development paradigm would also be comprised in this list. In fact, the International Law Association pointed out seven major principles of international law relating to sustainable development that include ‘the duty of States to ensure sustainable use of natural resources’, which also reaffirms the principle of sovereignty of States and their consequent responsibility to ensure that no significant damage to the environment is perpetrated within their territory.¹⁶

¹³ International Court of Justice, *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment ICJ Reports, 1997 (7) and *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, (226)

¹⁴ The sovereignty over natural resources and prohibition of trans-frontier damage, which includes the preventive principle, the principle of co-operation, Environmental Impact Assessment (EIA) in a transboundary context and the polluter pays principle; the principle of common but differentiated responsibilities; the principle of equitable utilization of a shared natural resource; the principle of intergenerational equity.

¹⁵ For more information cfr. Dupuy P.-M. and Viñuales J. E., *International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2018 and Barral V., *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, *The European Journal of International Law* Vol. 23 no. 2, 2012

¹⁶ International Law Association, *Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development*, New Delhi, 2002 (New Delhi Declaration)

Moreover, some procedural obligations have developed into or are in process of becoming obligations in international law since the Rio Declaration. These include notice, consultation, access to information, public participation, effective access to judicial and administration redress and remedy, and prior informed consent for some activities. Very important to the aim of this research is the Aarhus Convention¹⁷, where its name is self-explanatory: *Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters*. All those principles are highly linked to the development of environmental mediation. In fact, over the years, International Environmental Law has been expanded also to improve international security, in fact, as early as 1987, in the report *Our Common Future*, the World Commission on Environment and Development stated that the concept of security should encompass environmental considerations:

“The first step in creating a more satisfactory basis for managing the interrelationships between security and sustainable development is to broaden our vision. Conflicts may arise not only because of political and military threats to national sovereignty; they may derive also from environmental degradation and the pre-emption of development options.”¹⁸

As a confirmation of this trend, since the 1990s¹⁹, many initiatives have been launched to incorporate the environmental dimension into security policies.²⁰ Now,

¹⁷ United Nations Economic Commission for Europe, *Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters*, Aarhus, 1998

¹⁸ United Nations World Commission on Environment and Development Report: *Our Common Future*, 1987, Oxford ch.11, p37

¹⁹ Dupuy P.-M. and Viñuales J. E., *International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2018

environmental conflicts have emerged as key issues challenging local, regional, national and global governance, throughout the world they are widespread and increasing rapidly.²¹

The link between environmental resilience and conflicts is not new: it made its first appearance as concerns were growing around the protection of natural environment in armed conflicts. The debate around the military or hostile use of techniques for modifying the environment started after the Vietnam War. Therefore, protection of the environment has been increasingly included as an aspect of national and international security and many different branches of national and international policies were born such as environmental peacebuilding.²² In 2009, UNEP accounted 40 per cent of all intra-state conflicts to the appropriation or control of natural resources. Adding the actual and projected climate change to the economic and population growth increasing levels of global consumption makes the conflicts over scarce resources, degraded environments and the environmental refugees likely to increase. Furthermore, there are considerable differences in the type of conflicts according to where they are located. Least developed countries are more likely to face violent outbreaks around natural resources appropriation. In fact, the global worsening

²⁰ e.g. An Environment Agenda for Security and Cooperation in south eastern Europe and central asia (ENVSEC), founded in 2002, OSCE, UNDP and UNEP, The European Union Network for the Implementation and Enforcement of Environmental Law (IMPEL) and the United Nations Interagency Framework Team for Preventive Action (FT Team)

²¹ Brown Weiss E., *The Evolution of International Environmental Law*, Japanese Yearbook of International Law Vol. 54, 2011, pp. 1-27; Van Jaarsveld Bronkhorst Urmilla Bob S., *Environmental conflicts - Key issues and management implications*, African Journal on Conflict Resolution, Vol 10, 2010, No 2; United States Institute of Peace, *Natural resources, Conflict and Conflict Resolution*, Washington, 2007; United Nations Interagency Framework Team for Preventive Action, *Toolkit and Guidance for Preventing and Managing Land and Natural Resources Conflicts*, New York, 2012 and Chasek P. S. et al., *Global environmental policies*, Routledge, New York, 2017

²² Homer-Dixon T. and Blitt J., *Ecoviolence: Links Among Environment, Population and Security*, Rowman & Littlefield, 1998

of the environment's conditions due to climate change will be particularly acute in lesser developed countries where, because of difficulties to adapt to or mitigate it.²³ On the other hand, developed countries are more likely to face territorial conflicts with private parties and or public administrations over development work.

In order to sustain the lifestyle of a growing population and economy of the developed countries, a large amount of facilities must be constructed such as power plants or waste disposal facilities and the private and economic interests must be balanced with the public good and the environment.

Although environmental conflicts prevention and restoration has become over the years a must, it often remains an ideal rather than a reality. In fact, despite environmental concerns and agendas are increasing and management is being advocated worldwide, current practices are generally scattered, remain regional, sectorial and unsustainable. There is a proliferation of international policies and treaties on the matters, but a clear framework does not emerge nor clear and practical tools are identified.²⁴

Finally, recent international agreements can include provisions and general principles on how to manage environmental conflicts. In this context, bilateral investment treaties play a very important role as foreign direct investments are a major source of international development capital, providing for much-needed infrastructure development,

²³ Brown Weiss E., *The Evolution of International Environmental Law*, Japanese Yearbook of International Law Vol. 54, 2011, pp. 1-27

²⁴ United Nations Interagency Framework Team for Preventive Action, *Toolkit and Guidance for Preventing and Managing Land and Natural Resources Conflicts*, New York, 2012; Paterson A., *Wandering about South Africa's new Protected Areas Regime*, SA Public Law, 22 (1), pp. 1-33; and Van Jaarsveld Bronkhorst Urmilla Bob S., *Environmental conflicts - Key issues and management implications*, African Journal on Conflict Resolution, Vol 10, 2010, No 2.

technology transfers, capacity building and more.²⁵ Therefore, more and more investment treaties present tools to settle environmental conflicts. As an example, the part three of Southern African Development Community Model Bilateral Investment Treaty Template - Rights and Obligations of Investors and State Parties – lists specific obligations for the parties to properly manage environmental and social risks. Growing this demand for a better management of environmental issues, over the years, the ICSID has been settling an increasing number of foreign investment case linked to environmental conflict; emblematic is the case of Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22.

It emerges than, from this very general outlook that there is no specific international provision regarding environmental mediation. Nevertheless, all the above states the stage for its implementation. In fact, Environmental Mediation can appear in international agreement as a tool to settle disputes²⁶ and is also widely used by the United Nation to adequately settle Natural Resources Conflicts.²⁷

b. Environmental Mediation at EU Level

In the US and Canada, environmental mediation not only is a well established tool, part of the wider range of Alternative Dispute Resolution (ADR), but it has also a generally accepted definition and is practiced with a homogeneous pattern. More precisely, the motivations behind alternative remedies have been well explained by the North American

²⁵ Bernasconi-Osterwalder N. and Johnson L., *International Investment Law and Sustainable Development: Key cases from 2000–2010*, International Institute for sustainable development, 2011

²⁶ Simokat C., *Environmental Mediation Clauses in International Legal Mechanisms*, mediate.com, 2008 available at: <https://www.mediate.com/articles/simokatC1.cfm>

²⁷ United Nations Department of Political Affairs and United Nations Environment Programme (UNDP and UNEP), *Natural Resources and Conflict: A Guide for Mediation Practitioners*, New York, 2015

doctrine: Value create and save time, expense, stress²⁸. This perspective has been then adopted by the European Union, which considers ADRs as means of social pacification and instruments for modernizing the European social model. But, at the same time and in an apparently paradoxical way, ADRs are also seen as instruments of self-realization of the individual and of the choice of freedom, as an expression of the individuals' autonomy. The latter aims to avoid legal disputes since they are obstacles to the fluidity of the market. Thus, ADR would not only reduce the costs deriving from the establishment of the processes, but would also constitute an instrument for the production of wealth and the promotion of collective well-being²⁹. For this reason, there are also strong justifications for law policies, which are not only efficiency-oriented: it is not just about deflation of litigations and overcoming the high costs, long delays and archaism of the process; it is but also improving access to justice and widening of the possibilities of citizens' rights protection. It therefore responds to a general need of greater adequacy and specificity in the justice response. Moreover, mediation, by its very nature of sharing information between the stakeholders, constitutes a means of participatory planning and transparency³⁰ for the public administration. In fact, by mediating directly with the stakeholders involved in the conflict in order to build a shared solution, the public interest is not only safeguarded, but also decided by the directly interested people³¹. According to the EU, public administrations should foster participatory planning and democracy and transparency³².

²⁸ RAMAJOLI M., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, *Diritto Amministrativo* 2014, pag. 1, fasc. 1-2, 01 giugno 2014

²⁹ POSNER R. A., *The Summary Jury Trial and the other methods of Alternative Dispute Resolution: some cautionary observation*, in *"The University of Chicago Law Review"* 1986, p.366. SHAVELL S., *Alternative Dispute Resolution: an economic analysis*, in *"The Journal of Legal Studies"* 1995, p.1

³⁰ This aspect will be treated more in details further on

³¹ Report from the MIT-Harvard Public Disputes Program, COHEN S., *Collaborative Approaches to Environmental Decision-Making: A State Agency's Guide to Effective Dialogue and stakeholder Engagement*, New England, 2013

Alongside the many favourable voices, critical positions against ADR were not lacking, which essentially feared a sort of dangerous privatization of the jurisdiction, which would not be able to provide sufficient protection for the weak parties of conflicts. "Dispute settlement is viewed as synonymous of compromise, or even of selling out", which supports the powers of force among the parties involved³². On this note it must be recalled that ADRs have no pretension of replacing the adjudicative mechanisms, on the contrary they are configured as a different, complementary set of tools. This feature is reinforced by the fact that their employment does not impede the parties from resorting to court at any moment.

In a historical framework such as the current one, where efficiency has become one of the main objectives of legislative reforms, ADRs have a special appeal. For this matter, at European Law level, in 2008, the Directive 52 was issued with the objectives of facilitating access to alternative dispute resolution and promoting mediation that would operate in a balanced relationship with judicial proceedings. It defines this tool as it follows:

a. 'Mediation' means a structured process, however named or referred to, whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator. This process may be initiated by the parties or suggested or ordered by a court or prescribed by the law

³² The Treaty of Lisbon, in force since December 2009, includes a number of reforms emphasising open-decision making, citizen participation and the role of transparency and good administration in building up the democratic credentials of the European Union (EU). As regards democratic decision-making and transparency in particular, a specific Title in the Treaty on the European Union (TEU) now includes a number of core provisions on democratic principles, applicable in all areas of Union action. Another cornerstone on transparency and stakeholder engagement is the 1998 Aarhus Convention, specifically related to environmental matters.

³³ PAJNO A., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in www.irpa.eu, che richiama a tal fine Cass. Civ., ord. 6 settembre 2010 n. 19051.

of a Member State. It includes mediation conducted by a judge who is not responsible for any judicial proceedings concerning the dispute in question. It excludes attempts made by the court or the judge seised to settle a dispute in the course of judicial proceedings concerning the dispute in question.

b. ‘Mediator’ means any third person who is asked to conduct a mediation in an effective, impartial and competent way, regardless of the denomination or profession of that third person in the Member State concerned and of the way in which the third person has been appointed or requested to conduct the mediation³⁴.

The Directive 2008/52/CE provides for specific obligations for Member States to ensure the application of agreements resulting from mediation (art. 6), access to judicial proceedings or arbitration for those parties opting for mediation (art. 8), confidentiality of mediation (art. 7). The regulation foresees these obligations for States just with reference to cross-border disputes, because of the legal basis available to European legislators; but, as mentioned in the preamble of the Directive, nothing should prevent Member States from applying such provisions also to internal mediation processes. It is important to recall that the Mediation Directive was signed and published after the adoption, but before the entry into force, of the Lisbon Treaty, which moved European integration in the area of civil procedural law beyond the market focus. What nevertheless still remains in the relevant provisions of the current Article 81 TFEU is the fact that European law can only regulate judicial cooperation in matters having cross-border implications³⁵. The EU views on mediation are therefore clear, and it pushes for a wider implementation of this tool.

³⁴ EU Directive 2008/52/EC of the EU Parliament and of the Council 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, Art. 3

³⁵ EU, Directive 2008/52/EU on certain aspects of mediation in civil and commercial matters: European Implementation Assessment, In-depth Analysis, 2016, Brussels

On the contrary, for what concerns its environmental application, the scenario is more complex. Firstly, the European Union has not yet adopted specific measure to tackle the mediation of environmental conflicts, secondly there are scattered and different practices all over the continent and the legal and semantic definitions can differ widely from Member State to Member State.

Accordingly, being the regulatory frameworks on a national level very diverse, the European Parliament and the Commission set up a EU reference framework that shall facilitate the use of mediation in the environmental field. This purpose is clear in the Decision 1386/2013/EU³⁶ that establishes the 7th Environment Action Programme (EAP):

Article. 2.1

The 7th Environment Action Programme shall have the following priority objectives:

- (d) to maximise the benefits of Union environmental legislation by improving implementation;

Under this objective is then set the obligation to Promote non-judicial dispute resolution as a means of finding amicable and effective solutions for disputes in the environmental field. Despite the opening to the institution of environmental mediation, the European Union has not yet adopted specific provisions: it may adopt binding provisions only in the matters conferred upon it by the Treaties and only, insofar, as its action can better achieve the objectives laid down in the TEU with respect to the action of individual Member States³⁷.

³⁶ Decision No 1386/2013/EU of the European Parliament and of the Council on a General Union Environment Action Programme to 2020 ‘Living well, within the limits of our planet’

³⁷ With regard to procedural civil law, it is important to understand the limited field of responsibilities of the EU, which evolved from intergovernmental cooperation between the Member States (available at the time of the Treaty

It is interesting to note, however, that environmental matters are a competence of the Union competing with the Member States³⁸. This means that both the Union and its Member States are required to pursue *a high level of protection and improvement of the quality of the environment*³⁹. In other words, States and the Union contribute, each with its own environmental protection legislation.

Ergo, according to the above-mentioned legislation, extra-judicial mediation of disputes in the environmental field can be seen as an element to implement the European environmental goals and pursue transparency in the public good management. Therefore, despite the absence of a specific EU regulation, each Member State shall act in this direction, as it has been suggested several times by the European Union.

c. The Italian legal framework

Although the law regulating the mediation process is recent, this instrument has ancient roots. Since the Roman law, it has been used to settle commercial and civil disputes and it was first mentioned in the Italian Civil Code in 1865⁴⁰. In its history, the Italian Chambers of Commerce have always been the institutions to handle commercial litigations, mainly related to manufacturing activities, with the approach of managing a conflict rather

of Rome) to the standard community method under the area of freedom, security and justice (introduced as a general objective by the Amsterdam Treaty).

³⁸ TFEU, Art. 4

³⁹ TEU, art. 3

⁴⁰ GIUDICE G.N., GIUSTINIANI C.L., RICCARDI C., *L'attività di mediazione della camera arbitrale di Milano*, in "Le Opere del Sole 24 Ore" n.3, 2016

than decision-defining it. This heritage has reached recent times and has been embedded in the Law Decree No. 28/2010⁴¹.

The mitigated mandatory system and the voluntary mediation

Previous normative experiences

In June 2009, the Italian Parliament issued the Law Decree n° 69, which recognized mediation as an option of dispute resolution for civil and commercial disputes. It also granted the Italian government the power to issue a legislative decree on mediation, which resulted in the enactment of the Legislative Decree n° 28 in 2010.

This law has been amended several times over the years, but the Legislative Decree 69/2013⁴², art. 84 introduced the main important and substantial modification, which introduced the obligation to attempt mediation before resorting to court for some specific matters⁴³. It is very interesting to note that the Legislative Decree 69/2013 disposes some Urgent provisions for the revival of the economy. Therefore, the introduction of the mandatory attempt of mediation was included in the bigger context of unlocking market actors such as enterprises from tedious civil procedures (known to be really long and costly) in court. In other words, the legislators were trying to slim down the pending civil cases to ease the work of both the economic actors and the courts. This effort was then

⁴¹ D.L. 4 marzo 2010, n. 28, Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali - Implementation of Article 60 of the Law of June, the 18th 2009, no. 69, on mediation aimed at the conciliation of civil and commercial disputes

⁴² D.L. 21 giugno 2013, n. 69 Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia - Urgent provisions for the revival of the economy

⁴³ According to Article 5, the following cases are subject to mandatory attempt of mediation: tenancy, land rights, partition of property, hereditary succession, leases, loans, rental companies, medical and sanitary malpractice, defamation by the press or other means of advertising, contracts, insurance and banking and finance.

reinforced by the Legislative Decree n°132/2014⁴⁴, which brings the eloquent name of: Eliminazione dell'arretrato e trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti civili pendenti - Elimination of the stopped civil cases and transfer of the pending civil procedures to ADR.

The system in vigour is a 'mitigated' mandatory mediation system, where the litigants are only required to sit down with a mediator for a preliminary meeting (first meeting), instead of having to go through, and pay for, a full-blown mediation. During the first meeting, the mediator illustrates the procedure and invites the parties and their lawyers to comment on the possibility of starting the mediation procedure. If any of the parties is not persuaded that mediation has good chances to succeed, they can 'opt-out' from the process at any time and go directly to court. This feature presents many advantages, including to reduce concerns about the litigants' right of access to justice.

Although mediation is regulated by law, the mediation organisms regulate the procedure. However, these regulations must ensure certain rules as they are set forth in Legislative Decree 28/2010. Such considerations include confidentiality, impartiality of the mediator, the length of the mediation and the legal assistance⁴⁵.

Another peculiar and relevant aspect of the mediation in Italy is the power of the judges to order litigants to attempt a mediation at any stage of the dispute. Furthermore, the Court may also order sanctions for parties who refuse to attempt mediation in good faith. The judge can condemn a party who declines participation in the mediation process without

⁴⁴ D.L. 12 Settembre 2014, N. 132 Eliminazione dell'arretrato e trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti civili pendenti - Elimination of the stopped civil cases and transfer to ADR sitting of the pending civil procedures

⁴⁵ European Parliament, 'Rebooting' the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, 2014

a valid justification by ordering that party to make an additional payment, equal to the administrative fee due in the judicial proceeding into the state budget, which would result in this party's fees being doubled.

What is really unique of the Italian legislation is the nature of the reached agreement: a mediated agreement on matters that impose a mandatory attempt is automatically enforceable. When the parties have reached an agreement, it becomes a writ of execution and has the same legal effect of a court judgment.

Besides the specific matters that trigger a mandatory attempt of mediation, it must be underlined that mediation can be resorted to on a voluntary base for any type of controversy, which deals with disposable rights. In other words, mediation can be resorted to for any claim and right that can be freely disposed of by the relevant parties. Therefore, this excludes, for example, criminal law, which includes eco-crimes that are processed by the criminal justice system, but applies, for example, to any civil and commercial litigation.

Those mediations are usually referred to as “*mediazione volontaria*” (now on voluntary mediation) and the rules contained in Legislative Decree 28/2010 extend to them with some exclusions and differences. In voluntary mediations there is no compulsory legal assistance because the links with the process are less stringent and there isn't a list of matters that would delimit its field of intervention. Contrary to the mandatory mediation, the nature of the agreement of the voluntary one has no immediate enforceable value; if wanted, the parties can request it before the competent court. The indemnities due are also different, as a slight increase is foreseen. The total cost remains in any case convenient and advantageous, especially if compared to the judgment's one.

In addition, voluntary mediation can also be extended to contracts, through the introduction of a mediation clause as a commitment by the parties to attempt it in the event of the emergence of particular disputes. The effects on the procedural level would be tangible, allowing the interested party, in the absence of the attempt, to bring the relevant exception to court.

In conclusion, the voluntary mediation, the mandatory mediation or the mediation ordered by the judge are articulated through the same process, it is always configured as a facilitated transaction, aimed at satisfying the interests of the parties, suitable to pursue optimal results in a short time.

It has to be noted that the mandatory attempt was set out for a 4-years experimentation. In fact, the Law Decree 69/2013⁴⁶ amended the Law Decree 28/2010 as it follows: Art. 5 1-bis. [...] La presente disposizione ha efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore. Al termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore è attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione.

Art. 5 1-bis. [...] This provision is effective for the four years following the date of its entry into force. At the end of two years from the same date of entry into force, the Ministry of Justice will monitor the results of such experimentation.

This 4-year experimental period of the mitigated mandatory system, at the end of which the senate should decide whether to maintain it or not, is interesting for two main reasons: firstly, it is perfectly in line with the above mentioned European deflationary purposes and, secondly, it provides a monitoring period in which the ministry of justice can check and balance the efficacy of mediation.

In 2015, the ministry of justice drafted the report *Misurare la performance dei tribunali nel settore civile - Measuring the civil courts performance*⁴⁷ to examine the outcomes of the implementation of the mandatory system. According to this report, the

⁴⁶ D.L. 21 giugno 2013, n. 69 Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia - Urgent provisions for the revival of the economy

⁴⁷ Ministry of Justice, Osservatorio per il monitoraggio degli effetti sull'economia delle riforme della giustizia, *Misurare la performance dei tribunali nel settore civile*, 26 marzo 2015

results of the experimentation period were positive as a decrease of 15% (almost 8,000 practices) of civil proceedings from 2009 to 31 December 2013 has been recorded, mainly due to the higher resolution of the litigations through mediation. It has been also noted that the fact that mediation is, for some disputes, a compulsory preliminary step over judgment is, at the moment, the only instrument valid to reduce the flow of incoming judgments and to enhance this important out-of-court vehicle. It is important also to bear in mind that the mandatory attempt to mediation does not preclude judicial action; therefore, the parties can resort to it at any time. As it has been observed in the above report, even if the parties can resort to the court, there has been a great increase in the successful settlement through mediation and of its effectiveness: not only controversies were solved at an increasing rate, but, most importantly, they were solved definitively as the cases of appeal after the agreements are really low or almost null⁴⁸.

Besides the impact on justice, the mandatory nature is functional also for the dissemination of mediation. To this end, the mentioned above European study⁴⁹ has shown that the introduction of compulsory nature can produce positive effects even on voluntary mediations. Accordingly, when mediation was not mandatory (until Law Decree 69/2013), there were no more than two thousand mediations per year. Since the introduction of the mandatory attempt to mediation in September 2013, both mandatory and voluntary mediations are being initiated at a rate of tens of thousands per month.

Given all those positive outcomes, not only the European Union stated in the same report that Italy is a positive model, but the senate decided to confirm the mitigated

⁴⁸ Ministry of Justice, Osservatorio per il monitoraggio degli effetti sull'economia delle riforme della giustizia, Misurare le performance dei tribunali nel settore civile, 26 marzo 2015

⁴⁹ European Parliament, 'Rebooting' the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, 2014

mandatory system at the end of the 4-years trial with the approval of the Law Decree 50, in June the 15th, 2017. Therefore, since June 2017⁵⁰, the article 5.1 bis has been canceled.

The actual normative

Legislative Decree n. 28/2010 defines mediation and mediator as:

a) mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;

b) mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;

(a) mediation: the activity, however called, carried out by an impartial third party and aimed at assisting two or more persons in seeking a friendly settlement agreement, including by formulating a proposal for the resolution of the dispute;

(b) mediator: the person or individuals who, individually or collegially, mediate and remain in any case without the power to make judgments or binding decisions for the addressees of the service⁵¹;

⁵⁰ Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50, recante disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo <https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/centro%20studi%20normativa/stabilizzazione-mediazione-civile-commerciale.pdf>

⁵¹ D.L. 4 marzo 2010, n. 28, Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali - Implementation of Article 60 of the Law of June, the 18th 2009, no. 69, on mediation aimed at the conciliation of civil and commercial disputes, Art. 1.1.

The field of action in which the CAM decided to activate the environmental mediation is the voluntary one, following the frame set up for the commercial and civil mediation in the Law Decree 28/2010⁵². Thus, the cases submitted to CAM deal with disposable rights.

As it has been previously exposed, mediation is considered promising in the resolution of transnational disputes and in other national systems, environmental mediation is increasingly considered an important supplement to litigation. It might also be considered an important resource when parties cannot resolve their disputes in court because of the lack of environmental laws on which litigation can be based or because of the lack of political and judicial competence to enforce existing laws. In these settings, environmental disputants must rely almost exclusively on voluntary agreements and negotiated transactions. Besides those situations, in the event of a conflict of any kind, the classical recourse to the legal order is generally limited to the determination of the tort or the reason by the court without providing concrete and practical solutions to the problems⁵³. In the environmental field, the need for rapid action to limit or restore any damage makes the purely legal procedures unsuitable to meet the needs for a prompt response. For example, if a land has been polluted, it is very likely that the court will slow down, if not impede, the reclamation process; and then, the court will determine who is the wrongdoer and impose fines or imprisonment, but the major need for the environment is its restoration.

Environmental Law Premises - the admissibility

⁵² According to the preparatory research conducted before the experimental phase of the project, the scholars concluded that, on paper, nothing obstruct the application of the LD 28/2010. C.f.r.: La mediazione dei conflitti ambientali: linee guida operative e testimonianze degli esperti. For further information see SPINA G., *La mediazione delle controversie ambientali*, in "Ambiente & sviluppo", n. 5/2013, Ipsoa. Spina drafts a very clear legal framework.

⁵³ This aspect will be in-depth investigated in the following chapters, as it has been observed on the field.

According to environmental law, the environment is a public good, considered the public nature of environmental matters non suitable for ADR tools. But as it will be exposed, such evidence is not sufficient to exclude, a priori, the possibility of resorting to mediation, since environmental conflicts have a special characteristic (as it will be analysed in the next chapter) according to the type of damage (caused as a result of detrimental conduct towards the environment) and to the accountable subject for the compensation.

For greater clarity it is useful to dwell on the juridical definition of environment and environmental damage. In Italian legislation, it can be observed that there is no normative provision that explicitly and incontrovertibly indicates a juridical notion of "environment". Not even the Environmental Code⁵⁴ provides a univocal definition⁵⁵. Nevertheless, the interventions of the doctrine and of the jurisprudence can help to close the gap. In fact, there are numerous judgments of the Consulta and of the Supreme Court, which prove to be useful and decisive in defining the context. Some, which follow here, deserve, albeit briefly, attention.

Constitutional Court, December the 17th, 1987, n. 641 - The environment is a "unitary intangible asset" made up of various components each of which, on the whole or separately considered, can form "object of care and protection"⁵⁶.

Civil Cassation, April the 9th, 1992, n. 4362 - The environment is a whole that, although comprising various goods or values such as flora, fauna, soil, water, etc., "is distinguished ontologically from these and is identified in a reality, without any material consistency, but expressive of an autonomous value which is as well collective and

⁵⁴ D. L. 3 aprile 2006, n. 152 Norme in materia ambientale - Environmental regulation (TUA)

⁵⁵ BENACCI E., *Compendio di diritto dell'ambiente*, Edizioni giuridiche Simone, 2016

⁵⁶ L'ambiente è un "bene immateriale unitario" costituito da diverse componenti ciascuna delle quali, isolatamente o separatamente considerata, può formare "oggetto di cura e di tutela".

constitutive. Therefore, the environment is a specific object of protection by the legal system⁵⁷ ”.

Criminal Court, Section III, March the 10th, 1993, No. 513 - “Environment means the context of natural resources and of the very significant works of man protected by the [legal] order because their conservation is considered fundamental for the full development of the person. The environment is a notion that is not only unitary but also general, including natural and cultural resources⁵⁸”.

In accordance with the jurisprudence, the dominant doctrine also embraces a univocal and generalized definition, identifying, in the object in question, three fundamental components. Precisely, the environment is taken into consideration as:

- Landscape (conservation protection, Article 9 of the Constitution);
- Soil, air, water, etc. (protection from aggressive factors);
- territory (protection of human settlements and of the quality of life - urban planning legislation)⁵⁹.

Having said this, one point is unequivocal: the environment is a common good composed by different elements related to each other. Thus, the environment is a unitary

⁵⁷ L'ambiente è un insieme che pur comprendendo vari beni o valori quali flora, fauna, suolo, acqua, etc., “*si distingue ontologicamente da questi e si identifica in una realtà, priva di consistenza materiale, ma espressiva di un autonomo valore collettivo costituente, come tale, specifico oggetto di tutela da parte dell'ordinamento*”.

⁵⁸ “Per “Ambiente” deve intendersi il contesto delle risorse naturali e delle stesse opere più significative dell'uomo protette dall'ordinamento [giuridico] perché la loro conservazione è ritenuta fondamentale per il pieno sviluppo della persona. L'ambiente è una nozione, oltre che unitaria, anche generale, comprensiva delle risorse naturali e culturali.”

⁵⁹ BENACCI E., *Compendio di diritto dell'ambiente*, Edizioni giuridiche Simone, 2016

and economic good that is legally protected by the environmental law. The question whether it can be or not considered a disposable right, in order to be suitable for ADR, may seem the crucial point, but it is so only on a theoretical level. In fact, it is more viable to move the analysis to a concrete level with peculiar attention to the main European and Italian objective exposed previously: environmental restoration.

The experience of conciliation in labour disputes shows that where there is a precise choice of the legislator, conciliation is always possible, regardless of the available or unavailable nature of the disputed right. And even in the tax reports, the judicial conciliation for the total or partial definition of the dispute has been institutionalized, with the consequence that, even in this case, the profile of substantial unavailability is reduced⁶⁰. It is therefore possible to state that the notion of non-disposable rights is historically and legally relative⁶¹.

It should be noted that actions for compensation related to environmental damages are recognized in our legal system, which attributes to both public and private subjects the legitimacy to defend the environment in Courts. In parallel, mediation could be configured as an instrument to be used in order to protect the environment as a public good. It is precisely the Supreme Court that underlines the validity of this assumption, recognizing to the regions and to the local public bodies the possibility to act in court under art. 2043 of the civil code to obtain compensation for the "further and concrete" pecuniary damage suffered as a result of a conduct that is harmless to the environment.

The position of private individuals remains to be assessed. In this regard, individual citizens have the power to activate an ADR procedure. On the assumption that many issues, despite being related to environmental matrices (smoke, noise, etc.) are still "disputes

⁶⁰ Comoglio L.P., FERRI C., TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995

⁶¹ RAMAJOLI M., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in "Diritto Amministrativo" 2014, fasc. 1-2, p. 1

concerning available rights and which remain distinct from those related to the guarantee of environmental resources and their collective uses⁶² ".

It can therefore be concluded that mediation finds application in the field of environmental issues of a civil nature to the extent that Italian disputes between private law subjects or public subjects (which do not act in the exercise of their authoritative power, but rather, *iure privatorum*) and on subjective rights.

In the hypothesis of illicit environmental alteration, the carrying out of a mediation procedure (at the request of a party) could be fruitful in order to negotiate:

- how to restore the status of the places;
- compensation for the so called provisional losses;
- and possibly compensation for non-pecuniary damage due to the constitutional importance of the institution.

2. THE IMPORTANCE OF MEDIATING ENVIRONMENTAL CONFLICTS

In December 2015, CAM launched the environmental mediation project: *La mediazione dei conflitti ambientali*. After a research phase started the experimental one and due to its success and growth, this service has been established permanently within CAM. During the 15 experimental months, which ended in September 2017, CAM handled 17 mediation cases related to environmental issues. This project has partners and supporters who have submitted environmental disputes to the body. Half of the disputes was submitted by the project's supporters, while the other half came independently. Of the latter group, in

⁶² Vv. Aa., *La mediazione dei conflitti ambientali: linee guida operative e testimonianze degli esperti*, CAM, Milano, 2016, p. 213

three cases the parties did not have a real awareness of the "environmental" dimension of the dispute, since the subject matter was not an irreparable environmental damage, but a territorial controversy where the peculiarities were many, not only environmental, but also social and economic.

This first year allowed CAM to observe, first hand, the following characteristics of environmental conflicts and introduced us to the difficulties of mediating environmental conflicts involving the public entities. The parties have almost always participated personally to the mediation, always assisted by their lawyers⁶³ and the mediator's approach has so far not been particularly different from the handling of "traditional" civil and commercial mediation cases⁶⁴. But first, what is an environmental conflict?

a. Environmental Conflicts and Environmental Damage

An environmental conflict is a particular type of social conflict that has arisen around environmental causes, in fact, the concept of environmental conflict must be considered very broad. The term "environmental", therefore, includes all the cases where an activity determines or may have an impact on the territory, on the environment and on the quality of life (including any damage to the person), understood as "common goods".

Gal Bingham, in her 1985 research, analyses 160 environmental mediation and listed six broad categories within which issues fell into: land use; natural resource management and use of public land; water resources; energy; air quality; and toxic

⁶³ Environmental mediation is considered a type of voluntary mediation, where the legal assistance is optional.

⁶⁴ For more detailed information please see: <http://www.mediazioneambiente.it>; official website of CAM; DI SALVATORE L., Environmental Mediation: Some Cases, 2017, Greenideas.com; DI SALVATORE L., *Mediazione ambientale: il contributo della Camera di Commercio di Milano*; 2017, Forum Iuris and DI SALVATORE, *One Year of Environmental Mediation at the Milan Chamber of Arbitration*, 2017, Milan Chamber of Arbitration

substances⁶⁵. According to Napier⁶⁶, the list would now include climate change, health, food safety, marine stewardship, housing allocation and management, the management of major metropolitan areas and other issues.

More specifically, an environmental conflict occurs when there is a dispute concerning environmental matters having:

- deeds or measures of the administration concerning future decisions regarding the management of the environment and of the territory from which risks may arise or on which the set of preferences and interests of the actors involved may not converge;
- acts of the administration concerning the decisions concerning the management of already existing damage or pollution, caused by private behaviour or by incorrect administrative decisions, including in particular:
- damage to assets related to environmental offenses (including the so-called temporary losses, economically assessable) and related methods of compensation for such damage and restoration of the state of the place;
- non-patrimonial damages (e.g. to the image, moral damage, etc.) connected to environmental offenses;
- pecuniary and non-pecuniary risks, connected to the approval of allegedly illegitimate administrative acts for violation of environmental legislation;

⁶⁵ BINGHAM G., *Resolving Environmental Disputes: A Decade of Experience*, Washington, D.C.: Conservation Foundation, 1986.

⁶⁶ NAPIER C. (edited by), *Environmental Conflict Resolution*, London, 1998

- personal injury, related to illegal behaviour, committed in violation of environmental protection regulations, and unlawful acts of the p.a. issued in environmental matters
- in general, any violation of the environmental protection legislation contained in the civil code, in the penal code and in the sector legislation (for example: The Testo Unico sull'Ambiente (TUA)⁶⁷ and the Codice dei beni culturali e del paesaggio⁶⁸);
- and, in any case, a controversy that arose in the environmental sphere or directly or indirectly linked to the protection of the environment, as understood by the community legislation and the consequent policies⁶⁹.

The causes of territorial conflicts are many and often linked to one another: some are attributable to contextual questions, others to specific issues related to the realization of a work, the implementation of an activity or a specific decision-making process. In general, it is possible to point out the emergence of an environmental and territorial conflict to:

1. the level of irreversibility of the work or intervention, intended to create an additional impact on existing environmental pressures;
2. the crisis of forms of representation (formal political representation, representation of specific interests) for which opponents often not only do not feel their interests represented, but in some cases they feel they are

⁶⁷ D. L. 3 aprile 2006, n. 152 Norme in materia ambientale - Environmental regulation (TUA)

⁶⁸ D. L. 22 gennaio 2004, n. 42 Codice dei beni culturali e del paesaggio - Code of Cultural Heritage and Landscape

⁶⁹ Various Authors, *La mediazione dei conflitti ambientali: linee guida operative e testimonianze degli esperti*, CAM, Milano, 2016

- opposed to those determined by the relations between political / bureaucratic actors and proponents;
3. the poor culture of co-operation by the proposers, but not only;
 4. the willingness to address interventions in a general climate of urgency (and the lack of capacity / aptitude to prevent new emergencies);
 5. the inequitable distribution of benefits and costs compared to the realization of an intervention or a work;
 6. the public utility character, often contested in its local and national dimension (NIABY syndrome, not in anybody's back yard, in addition to NIMBY, not in my backyard);
 7. the Public Administration besieged in multiple roles and therefore subject to conflicts of interest;
 8. the difficulty for citizens to interpret current regulations and laws regulating authorization processes;
 9. the low transparency of processes with high opacity of programming and authorizing modes for the most impacted works (such as strategic infrastructures);
 10. the lack of transparency in decision-making and of stakeholder engagement⁷⁰.

⁷⁰ Various Authors, *La mediazione dei conflitti ambientali: linee guida operative e testimonianze degli esperti*, CAM, Milano, 2016

For environmental damage, consequently, is intended the public nature conflict, referred to in Articles 300 and 311 of the TUA, but also the compensable one, pursuant to art. 2043 of the Civil Code, possibly suffered by a public or private entity, natural or legal person, due to unlawful conduct and/or illegal acts for violation of environmental protection regulations.

Moreover, the definition of environmental damage is widely dealt with by legal doctrine, both at the Community level with Directive 2004/35/EC and at national sector level with the TUA. Article. 300 of the TUA contains the definition of environmental damage and the integration of community legislation:

È danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima.

An environmental damage is any significant and measurable, direct or indirect deterioration of a natural resource or the utility provided by the latter.

In accordance with Directive 2004/35/EC⁷¹, an environmental damage is the deterioration, compared to the original conditions, caused:

- a. to the species and natural habitats protected by national and EU Laws [...];
- b. to internal waters [...];
- c. coastal waters and those included in the territorial sea through the aforementioned actions, even if carried out in international waters [...];

⁷¹ EU DIRECTIVE 2004/35/CE OF THE European PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage

d. to the land [...].

The concept of environmental damage is therefore very wide and includes many sectors (water, soil, air, species, protected habitats) and different sizes (reversible; non-reversible; damage to biodiversity).

Furthermore, it is important to remember that the environment is a natural, common and meritorious asset, and that therefore it constitutes a good of all that must be protected by our authorities. In other words, it is essential not only to protect the environment but also, as previously seen, to restore the damage caused. These two basic actions, however, are not absolutely simple. One of the first reasons is that it is difficult to quantify environmental damage; not only itself (how much damage has been caused to the ecosystem and what impact it will have on future generations), but also on a monetary level (it is very difficult to monetize a destruction of local natural resources for example). At a later time, it is difficult to choose the best option for recovery; or, once the value of the damage has been identified, it might not be clear who bears the costs.

As regards the identification of the responsible parties, the Consolidated Law on environmental matters has implemented the community principle "polluter pays"⁷², establishing that the costs necessary for the implementation of environmental prevention and restoration measures are charged, also through the exercise of a specific action for recourse, of the operator responsible for the damaging event. As anticipated in the introduction, however, this contribution is also applicable to damages to assets compensable for subjects other than the Ministry of the environment and the protection of the territory and the sea, pursuant to art. 2043 of the Civil Code, when related to illegal behaviour or illegal administrative acts for violation of environmental protection rules.

⁷² FERMEGLIA M., *Chi inquina, ripara: imputazione della responsabilità per danno ambientale e risarcimento dopo la legge europea 2013*, in *"Responsabilità Civile e Previdenza"* 2015, fasc. 5, p. 1591

The CDCA – Documentation Centre on Environmental Conflicts developed an Environmental Justice Atlas⁷³ that can provide an overview of the environmental conflicts in the world. Its is really interesting in order to have a more tangible idea of what kind of conflicts are present not only worldwide, but also, for the purpose of this research, in the Italian territory.

Graph. 1 - Italian Atlas of Environmental conflict



b. Characteristics of environmental conflicts and mediation's answers

⁷³ <http://ejatlas.org/>

Environmental conflicts differ widely from other types of conflict as they present many peculiar characteristics. Amongst those, the common denominator of all environmental conflicts is very classic: the possession and use of scarce resources (such as economic, environmental, time, space, etc.); that is, if time, money or the environment were infinite, there would be no need to protect any of these goods. While time and money are limited resources that people can protect or derive depending on the chosen way of life, the environment must be protected so that it does not lose its wealth that allows us and future generations to live and prosper. Beside this imperative paradigm, in order to expose all the characteristics and to verify if they are compatible with the mediation, this subchapter has been divided by arguments, which are the following:

- lack of transparency
- highly localized conflicts;
- technical and scientific complexity and uncertainty;
- multistakeholderism and apparent incompatible interests;
- parties often have asymmetrical resources and power;
- quantification of the damage and the urge to repair;

Lack of transparency

The common denominator of environmental conflicts and, more broadly, of public matters conflicts is the lack of transparency, the lack of communication and the resultant lack of trust in the public administrator or the private entity (allowed by the public administration). Altering a territory or great public works often generates the NIMBY and NIABY syndromes, which can lead to interruption of work (even if of public utility) and, ultimately to territorial conflicts, where the local population opposes public decisions or private development. Besides the utility of the intervention, it is very common that the lack of information, of transparency and of involvement of the local stakeholders engender great

opposition in them⁷⁴. In fact, it is not a casualty the European Union (as stated above) foster transparency and democratic decision-making.

Transparency and participatory planning have had good results when implemented, for example, in France, through Débat Public, and at a minor scale, in the experimental project carried out at CAM. In France, it is common practice that the public administration involves the citizens to participate in the decision processes and the most glaring example of the difference in between involving the stakeholders or not is the high-speed rail line construction between Lyon and Turin, where the French side has already been built and the Italian side became almost a guerrilla warfare region⁷⁵. If lack of transparency and stakeholder engagement is coupled with a lack of trust in the institution (because of the political crisis of the democratic representation) and in the judiciary system (because of the long and bureaucratic processes), as it is the case in Italy, it is almost mathematic that territorial conflicts will arise.

A strategy to reduce or recompose local conflict is represented by the activities of sharing, negotiating and mediating with the actors involved, not just the institutional ones. thanks to the involvement of the actors (stakeholder engagement), the information asymmetries are reduced, the citizens become more aware and responsible for the difficulties faced, creative solutions are identified collectively. Mediation offers the possibility to indentify shared solutions based on effective knowledge acquired through shared information. Those solutions are ore likely to be long lasting and solid than decision defined by an authoritative court⁷⁶.

⁷⁴ Various Authors, Osservatorio Nimby Forum: 10° edizione 2014/2015, Aris, 2015

⁷⁵ NO-TAV movement against High-Speed Train, Val di Susa, Italy - <https://ejatlas.org/conflict/no-tav-movement-against-high-speed-train-val-di-susa-italy>

⁷⁶ BLAIR M. M. Stout L. A., *A Team Production Theory of Corporate Law*, Jstor - 2008, <http://www.jstor.org/stable/1073662>

Highly localized conflicts

By its very nature, an environmental conflict refers to a place. They are thus strongly localized: they strike the territory that is part of citizen's daily experience. For example, any public work or policy will ultimately become part of an individual's environment for the time he lives in that place. Accordingly, the subjects involved, usually, share the same spaces or territories, for example, the mayor, the citizens or the private company of a small city. As a result, the issue will present geographically related features and neighbouring relationships. Therefore, it is important to find a solution that suit the specific features of that area and that ends the quarrel within it.

As a consequence, more than a definitive solution to the problem, in some cases, it is more realistic and perhaps desirable to aim at building a coexistence method that will allow the continuation of the relationship between the parties also in the future and that will make a contribution to the construction of a community of subjects sharing the same territory.

Through mediation, a third and impartial party, the mediator, facilitates communication between the parties so that they can reach a shared solution, a meeting point that realizes the interests and needs of each party involved. This has great benefits: it maintains relationships, key issues can be identified and discussed, and proposals that can lead to imaginative solutions can be made. Symmetrically, solving these disputes in a non-consensual way may destroy any intention to maintain good relationships, fundamental feature for good businesses. The parties may even agree only on some elements, but not on others or they may agree to disagree on all the points, but communication will be reactivated in order to find a shared solution (that can also mean a mutual agreement on not being anymore related by any matter⁷⁷).

⁷⁷ BONDY V., DOYLE M., REID V., *Mediation and Judicial Review - Mind the Research Gap*, in "Judicial Review" 2005, pp. 220 ss.

For all those reasons, environmental mediation has also to be considered a place-based intervention or as an opportunity to promote social capital, civic values and care for common goods.

Technical and scientific complexity and uncertainty

Scientific complexity and legal uncertainty⁷⁸ are at the heart of any environmental conflicts. Misunderstandings and legal impasses are core features of those situations: not only it is difficult for the non-technician to grasp every scientific detail of an environmental-related problem, but also, as it emerged previously, there are legal gaps and uncertainties in this field.

When it comes to the environment, technical and scientific knowledge is often required to settle a dispute; the purpose of mediation is not to negotiate science, but to allow the proper acquisition of scientific data. The highly technical and entangle nature of the issues dealt with creates the need to make these understandable to all participants in their technical and / or scientific aspects as well. The mediator and the parties will therefore be able to agree on the presence of an expert (or a team of experts) involved in providing technical / scientific data. During the course, the technician is called to answer all the questions that are in the minds of the involved parties. For those reasons, mediation can help ensure that all the parties understand and are aware of what the actual situation is. Moreover, the technical consultancy has no decisive purpose and is not binding, but aims at leading the parties to take informed decisions.

Multistakeholderism and apparent incompatible interests

Environmental conflicts usually involve many parties and interests. Stakeholders in those issues can differ widely for economic status and political power: they can range from citizen's associations to enterprises of any scale and Public Administration of any

⁷⁸ GROSSI P. *illustrates comprehensively the administrative law crisis* in www.diritto-amministrativo.org.

level and usually they are many involved in the same controversy. The circulation of information among all stakeholders is a key step in finding an agreement that is actually shared and therefore lasts long and mediation process allows all the stakeholders to partake in the decision-making process.

The ubiquitous accountable factor for environmental conflicts is the imbalance of apparently contrasting interests (deriving from apparently contrasting parties); that is, an imbalance towards one of the three fundamental interests (economic, social and environmental) that permeate any sphere of our lives. In the United States, the often used People, Planet, Profit paradigm illustrates very well how this triad is interdependent and should be applied to any human activity. It is important to balance these interests not only to ensure a better quality of life for the present and a prosperous future for posterity; but also in order to grant the activity in question, the business idea, to thrive for a long time, and anyone who starts a path in the economic market hopes that its business will last over time. Mediating creates a space for confrontation and sharing where to examine future opportunities. By giving space to all the interests at stake, the objective is to rebalance these three pillars.

On the one hand, a mediation process can settle quickly an environmental problem, mitigating its eventual propagation and therefore satisfy a public need. A shared solution can satisfy also the surrounding community and restore the previous lifestyle. On the other hand, it can be useful also from the point of view of the person or entity responsible for the damage, which might be interested in defining the matter quickly, with lower charges and, above all, with less media exposure. Not only a mediation agreement can save the reputation of an activity, but it also follow the new precepts set by international institutions, such as CSR, which push the enterprises to be socially and environmentally responsible and to repair their eventual damages.

The next chapter will focus entirely on the Public Administration's position and interest in environmental mediation, being it the focus of this research.

Parties often have asymmetrical resources and power

Environmental and territorial conflicts arise, among other things, because they create a situation of asymmetry between the beneficiaries and those who bear the costs, precisely, the damage that obviously increases as plant size rises or risk perception. The power imbalance can be perceived as political (public entities having the power to release permits and define strategies), economic (large companies) or number (committee's with many members).

By putting all the parties at a table, mediation gives the opportunity to overcome the power imbalance and helps all the involved parties to express their interests. It is in fact a pillar of mediation to give same time and space to all the parties to express their concerns.

Quantification of the damage and the urge to repair

En environmental damage must be repaired, as it has been exposed above, and the environment generally has to be restored fast, in order not to propagate the damage or to protract the situation of the distress of the community affected by it.

As it has been pointed out previously, this is not an easy process. Coupled with the need for a fast action is the necessity of finding an adequate solution for the territory in question. Resorting to court seems therefore non adequate for 2 main reasons. First, the time of the Italian courts is too slow for an immediate restoration of the ecosystem subject to damage. The results of the Observatory of the ministry of justice⁷⁹ suggest that despite the latest data on the performance of the civil courts show a slight improvement in the timing of the proceedings (equal to 5% less per year in the last 5 years) and a good efficiency in the disposal of the first grade gradients, the overall performance of the judicial offices continues still far from international benchmarks. In fact, the average duration of the trial in the first instance is around 2 years and 4 months (844 days), in appeal around 2

⁷⁹ Osservatorio per il monitoraggio degli effetti sull'economia delle riforme della giustizia, Misurare la performance dei tribunali nel settore civile, 26 March 2015

years and 11 months (1061 days) and in the Supreme Court around 3 years and 4 months (1222 days), for a total of roughly 9 years in the three levels of judgment.

Secondly, those issues, being mainly rooted in a specific territory, need specific and tailored solutions that are best defined by closer operators (or local stakeholders).

Mediation overcomes those two problems by being a faster procedure (the longest mediations experienced lasted a year) and by involving directly the interested parties in finding the best solution.

There are often conflicting situations that evolve into judicial disputes with unforeseeable outcome, which underlie a lack of communication and lack of confidence. Even though the hostile character might be seen as an obstacle, if interpreted in a right way, looking at the future possibilities, the conflict itself can introduce useful elements, as it enables the emergence and enhancement of widespread knowledge, which can greatly improve the quality of projects and imaginative management models. Therefore, it may allow finding a creative, knowledgeable and informed solution, which is crucial since these conflicts have a very negative impact on three necessary and complementary realities: the local community, the environment and the economic activities. Symmetrically, solving these disputes in a non-consensual way may destroy any intention to maintain good relationships, fundamental feature for good businesses and for communities' wellbeing.

Furthermore, it is not about deciding who is wrong or who is right, but about implementing the so called situational justice⁸⁰, a justice that concerns the whole many-faceted situation in which the isolated episode that rose to the conflict is inserted. On the search for a wrong and a reason (in the past), the search for a possibility of permanence and

⁸⁰ NADER L., *The Direction of Law and the Development of Extra-Judicial Processes in Nation State Societies*, in Gulliver P. H., *Cross-Examinations. Essays in Memory of Max Gluckman*, Leiden, Brill, 1978

coexistence (in the future) must prevail⁸¹. This is a cornerstone while dealing with environmental issues. As it has been stressed in this research and considering the contemporary environmental problems, it is obligatory and fundamental to solve rather than prolonging any damage to our eco-system. This is derived not only from the urge to cope with human footprint, but also to ensure future generation's prosperity. It can be then inferred that effective, fast and efficient solutions are needed in the environmental field and with specific reference to issues related to the restoration of environmental damage. To the end mediation allows to:

- Solve environmental problems through concrete solutions that are hardly obtainable – and rarely fast - in judicial offices,
- Obtain solutions more adherent to the peculiarities of the dispute, not imposed by a third party but identified by the parties, involving all the actors
- Satisfy the real interests and needs of all the stakeholders,
- Intervene in a timely and appropriate manner,
- Use an active tool for prevention,
- Achieve these goals with lower costs (and with specific tax incentives) and greater confidentiality,
- Avoid the risk of interruption or suspension of work for economic operators and local authorities, in the case of construction works and / or infrastructures,

⁸¹ RAMAJOLI M., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in “Diritto Amministrativo” (1-2), 1-43, 2014

- Improve the image of all the stakeholders and to create consensus,
- Improve relations between the parties and create job opportunities and often new relationships⁸².

As a result of the above, it becomes very clear that an alternative justice instrument such as mediation can be expanded to the management of environmental disputes. Their complexity, their facets, and their peculiarities oblige to research ways other than the classic ones of the legal procedure.

All the features that make so heterogeneous environmental conflicts, in turn, make them very suitable to be solved in mediation. This process not only favours the environment itself by promptly responding to the damage caused, but it also helps private and public bodies to better understand the needs of the other actors involved, it maintains neighbourhood relationships and it improves the image of the entities involved.

3. PUBLIC ADMINISTRATIONS IN ENVIRONMENTAL MEDIATION

Following the previous theoretical and practical analysis, mediation represents a good tool for solving environmental conflicts. As it has been exposed above, being the environment a public unitary good, it is protected by public authorities; consequently, public bodies have a great role in environmental proceedings, including mediations on the matter. This tool has many advantages as, for example, it could allow Public Administrations to open paths resulting to be more in line with the EU fostered values such as the engagement of the stakeholders in public choices and identification of public policies, accessibility and transparency. The latter being extremely important in this historical context of crisis of the democracy and of the public forms of representation of the citizens. This notwithstanding, it has also been noted that mediating with public bodies is

⁸² Various Authors, *La mediazione dei conflitti ambientali: linee guida operative e testimonianze degli esperti*, CAM, Milano, 2016

complex and demanding for the reasons that have been experienced in practice⁸³: admissibility of the mediation as a tool to settle controversies that involve a public entity; personal liability of the public officer; imbalance of power; the delegation of decisional powers (political responsibility) and the lengthening of the mediation.

a. Legislative uncertainty and doctrinal debate

Differences with other administrative means of dispute settlement

The difficulties faced by the Public Administration are fostered by the current Italian administrative law crisis which declines in a crisis of the legislator in dictating efficient rules⁸⁴, a crisis in the Public Administration and in particular, a crisis in the administrative procedure⁸⁵ and a crisis of administrative justice, on which these previous dual tensions are discharged⁸⁶.

To the extent that the public officer's judgment calls to select personal protection following established and tedious procedures rather than resolving conflicts, with a dissatisfaction and an increasing distrust towards him by economic operators and the administration itself, as well as the legislator. This engenders a major estrangement between substantive rights and procedural law. It must be underlined that environmental procedures, such as Environmental Impact Assessment or construction permits, are procedural instruments that affect the substantive right to the environment. Following this

⁸³ See Chap. III p. 27

⁸⁴ DENOZZA F., *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002.

⁸⁵ RAMAJOLI M., *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempiuto*, in "Diritto Amministrativo", 2014, p. 709

⁸⁶ RAMAJOLI M., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in "Diritto Amministrativo", 2014, p. 1

reasoning, an administrative remedy that is non-participative or long lasting in its accomplishment or that obliges to long and tedious judicial process may hinder the right to the environment and wider the gap between the administration and the citizens.

However, the appeal to ADRs necessarily requires a development of its own in administrative law as the problem of their admissibility arises. It is therefore necessary to show that the problem of the admissibility of alternative remedies in administrative law is not a question of limits, but of modalities and criteria. These differences were well known during the long debate, which led to the approval of Law Decree no. 28/2010 and it is certainly not a case if the legislator opted for the solution to limit the scope of application of the new regulation to civil and commercial disputes, bypassing the paragraph that assumed its extension also to disputes involving the Public Administrations⁸⁷.

But the instances that then justified that hypothesis are still awaiting replies, entrusting the solution to a subject (the judge) who is obliged to evaluate those interests primarily by using the lens of the law, without being able to enter into the administrative merit of the contested decisions. It is evident, however, that the collective nature of those interests and the implications on a large scale, territorial and temporal (the time of future generations), of their management requires, and in some ways imposes, that meta-judicial instruments are taken into consideration side by side with judicial ones. Suffice it to think, above all, of assessments aimed at identifying a possible convergence point between

⁸⁷ The paragraph established that "... Except for different provisions contained in special laws, this law also applies to disputes in which a Public Administration according to art. 1, paragraph 2, of the legislative decree 30 March 2001, n. 165, and subsequent amendments. The conciliation of the dispute by those representing the Public Administration, if favored by a conciliator who carries out his activity within one of the conciliation bodies provided for in this law, does not give rise to administrative liability". - "... Salvo diverse previsioni contenute in leggi speciali, la presente legge si applica anche alle controversie nelle quali è parte una pubblica amministrazione di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni. La conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, se favorita da un conciliatore che svolge la propria attività all'interno di uno degli organismi di conciliazione previsti dalla presente legge, non dà luogo a responsabilità amministrativa".

opposing conveniences, the cost / benefit ratio of the abstractly possible solutions for the reclamation of an area or the economic and / or political sustainability of a choice rather than another⁸⁸.

The participatory logic, intended to favour shared solutions⁸⁹, underlying alternative remedies is very different from that of administrative appeals⁹⁰ as traditionally and still currently configured, which instead reflects an authoritarian and rigidly superordinated conception of the Public Administration⁹¹. Hence, in administrative appeals, as regulated by law, the participatory and consensual logic is absent, which leads to favouring traditional judiciary appeals. But above all, in the ordinary administrative appeals there is no further characteristic feature of the alternative instruments, that is the third neutral party with respect to the interests at stake. Among other things, it is precisely the lack of independence of the deciding administration that has determined the current crisis of administrative appeals. In turn, this crisis has led to the resolution of any kind of conflict through the court, contributing to the more general crisis of the system of comprehensive guarantees offered to the citizen⁹².

⁸⁸ Various Authors, *La mediazione dei conflitti ambientali: linee guida operative e testimonianze degli esperti*, CAM, Milano, 2016

⁸⁹ Principle widely recognized internationally and embedded in the Italian legislation through the Law 241, of August, the 7th, 1990, *Nuove norme sul procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi* - New regulations on the administrative procedure and on the right of access to administrative documents

⁹⁰ CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2015

⁹¹ MASSERA A., *Strumenti non giurisdizionali contro la pubblica amministrazione: tendenze contemporanee, in Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010

⁹² RAMAJOLI M., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in "Diritto Amministrativo", 2014, p. 1

In addition, even with reference to the latter category of remedies, the advantages in terms of speed, timeliness and simplification of the ADR model are lost due to the different compulsory procedures and degrees that are established by law⁹³.

The admissibility

According to the current legislation, it is not possible to give a single answer to the question regarding the compatibility between ADR and disputes of which a Public Administration is part. Pursuant to the current law and to an almost consolidated opinion in legal literature, the public controversies cannot be solved through alternative remedies, while the ADR can be used in the case of disputes in which the administration acts through private law⁹⁴.

The alternative remedies are much more problematic in the case of disputes more properly under public law, so much so that it has been affirmed that they are "off-limits in our legal system when we discuss disputes over provisions"⁹⁵. The denial of the admissibility of alternative remedies to resolve disputes in the case of public relations is traditionally based on the inadmissibility of alternative remedies in the case of disputes

⁹³ For more information, C.f.r. CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2015. Or RAMAJOLI M., Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche, in "Diritto Amministrativo", 2014, p. 1. Or TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016

⁹⁴ LA SORTE V. C., *La conciliazione obbligatoria e facoltativa, la mediazione nelle controversie ambientale*, Padova, 2016. GIOVANNINI M., *La mediazione delle controversie ambientali*, in Various Authors, *La mediazione dei conflitti ambientali: linee guida operative e testimonianze degli esperti*, CAM, Milano, 2016, p.200

⁹⁵ TRAVI A., *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa*, in "Rivista della regolazione dei mercati", 2016, pp. 6-31.

See also CHIRULLI, P. and STELLA RICHTER P., voce *Transazione* (dir.amm.), in Enc.dir., Milano, 1992, vol. XLIV

relating to non-disposable rights⁹⁶. However, there is no common definition of non-disposable rights⁹⁷, the only certain fact is that the same legislation induces not to attribute an excessive weight to the available character of the law as a condition for the recourse to alternative remedies, having the legislator precisely exceeded this limit⁹⁸.

In our view, this regulatory closure should not be taken as a postulate. It may be useful to analyse if the reasons on which the closure is based can be overcome or not, and then if there may be openings in the legislation for the introduction of ADR applied to controversies featuring a public party.

One of the biggest hurdles to overcome when talking about environmental mediation is the alleged antagonism between the public interest and the use of a mediation procedure. Yet, there is no conflict: it is precisely the ontological features of negotiated procedures that allow the emergence of those public utility profiles that would otherwise be omitted once the conflict arrives before the judge. In other words, when the authority agrees to the mediation process, it only takes up a function that already belongs to it, that of synthesizing and balancing the different interests of the community. Ultimately, mediation implies the use of a model different from that of the traditional administrative procedure understood as the *modus operandi* hinged on doing the will of the administration. Abandoning the anachronistic absoluteness means recognizing that the public interest cannot be predetermined, because it must always adapt to the concrete: it lends itself to

⁹⁶ This analysis already focused on the admissibility of mediation to deal with environmental conflicts. See p.14

⁹⁷ GIOSIS F., *Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in "Dir.proc.amm.", 2006, p. 243. DELSIGNORE M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007. PERFETTI L., *Sull'arbitrato nelle controversie di cui sia parte l'amministrazione pubblica. La necessaria ricerca dei presupposti teorici e dei profili problematici*, in "Aipda", Annuario 2009, p 209

⁹⁸ Some of the matters subjected to mandatory attempt of mediation aforementioned were considered before as non-disposable (e.g. Labour Law)

continuous redefinitions because of its indeterminacy. To strengthen this need for an evolution in the administrative *modus operandi* is precisely the legislation, in fact, an emblematic administrative reform took place in 1990 through the Law 241 *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi* - New regulations on the administrative procedure and on the right of access to administrative documents. Indeed, this law embedded the principle of transparency and accessibility and it has been drafted to evolve the archaic administrative system to specially fit the new needs for efficiency, flexibility and adherence to reality. This Law is decisive as it is a first step towards a change in juridical mentality from the conveyed idea of untouchable and pre-established public good and administrative system to the more dynamic and adherent to reality idea of a democratic and participative building and management of the common good. Moreover, if one of the constant features of the particular discipline applicable to the unavailable law is the invalidity of the agreements between the parties, the introduction of the public agreements pursuant to art. 11 of the Law 241/90 transforms the face of administrative power. The consensual methods of exercising the administrative function have affected the concept of public interest, since the admissibility of an interest regulation agreed with private parties has been recognized.

Following this line of encouraging a more participative administration, a circular was issued by the Public Function Department in 2012⁹⁹ precisely on the participation of public administration to mediation procedures stating that the compulsory attempt to mediation for the above-mentioned specific matters applies also to public administration. Albeit being just a start and only related to the compulsory matters, it is a concrete opening and an incisive guideline for the public administrators.

⁹⁹ Circolare n. 9/2012, Presidenza del Consiglio, Dipartimento della Funzione Pubblica, Linee guida in materia di mediazione nelle controversie civili e commerciali. Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, recante "Attuazione dell'art. 60 della Legge 18 giugno 2009, n.69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"

Once it is recognized, thanks to the study of the most attentive doctrine and to the most sensitive and modern jurisprudence, that administrative power is not synonymous with sovereign power, but is always regulated by law; that the public interest cannot be predetermined in an abstract way, but is always the result of a concrete and continuous process of weighting the numerous interests at stake; that the considerations concerning the necessary one-sidedness of the management of the public interest are a priori; that the activity of the Public Administration is not perennial, but must also be subject to the temporal variable, to protect legal certainty and legitimate expectations of individuals, then there are no theoretical obstacles for alternative remedies even in administrative law¹⁰⁰.

At the same time, in the absence of a legitimate norm, the fact that it may be convenient, in the public interest, to handle a dispute in mediation, must be determined case by case: if, on the one hand, administrative power is always regulated by law, even when this is not immediately perceptible, thanks to the principle of reasonableness and proportionality¹⁰¹; and if, on the other hand, every controversy is a crisis of the spontaneous application of substantive law, the ordering point of view should not be the power, nor the subjective situation, nor the public interest, but the normative framework of the concrete story. In other words, the determination case by case depending on the characteristics of the conflict, the interests at stake and the additional opportunities that the use of mediation could potentially offer to resolve the conflict, naturally without prejudice to the right of both parties to take (or continue) the judicial path once the attempt to resolve it out of court has failed. Accordingly, ADR should not be represented as private law actions only, therefore precluded in the case of exercise of administrative power, but, more correctly, they should be conceived as possible ways to differently apply the rules with respect to what was considered by the Public Administration in first instance.

¹⁰⁰ All those conclusions are well founded and illustrated in Villata R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, p. 43

¹⁰¹ TONOLETTI B., *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001

Admitting that the rules can be applied “differently”, then, the opinion of the administration means acknowledging that the concrete public interest is able to contain, within itself, even the overcoming of the dispute: the alternative resolution of a dispute is a possible way of pursuing the public interest, which expresses a more equal and consensual relationship between citizen and administration¹⁰².

It must also be considered that tools similar to the mediation process are already being used in disputes that involve the exercise of administrative power. Only that they occur, in a larval, spontaneous, informal way and escape the possibility of detection. In fact, reality shows that the administration makes frequent use of a contract whose causal scheme is in all respects similar to that of the agreement that closes a mediation: it is the transaction contract pursuant to art. 1965 of the Civil Code, frequently used in the context of legal relationships concerning the provision of public powers and faculties. A very good example can be the transaction to resolve environmental conflicts in terms of remediation of polluted sites: by incorporating a practice that has long been established at national and regional level, the Legislator recently introduced the paragraph 6-bis to art. 306 of the TUA¹⁰³ and dictated an organic regulation of the transaction within the remediation procedures of sites of national interest¹⁰⁴. These are cases where it is necessary - or even only cheaper for the competent territorial administration - to parameterise (agreeing) the determination of the amount that the liable party will have to pay as compensation for the amount of costs that the authority should reclaim the polluted area.

¹⁰² CINTIOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e «giurisdizionalizzazione»*, Milano, 2005. GIOSIS F., *Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in “Dir.proc.amm.”, 2006, p. 243

¹⁰³ D. L. 3 aprile 2006, n. 152 Norme in materia ambientale - Environmental regulation (TUA)

¹⁰⁴ GIOVANNINI M., *La mediazione delle controversie ambientali*, in Various Authors, *La mediazione dei conflitti ambientali: linee guida operative e testimonianze degli esperti*, CAM, Milano, 2016, p.20

b. Personal liability of the public officers

If the absence of a legitimizing norm does not seem to constitute an insurmountable obstacle to the recognition in general of the administration's right to establish the mediation procedure, there is at least one critical profile which, unaltered, lends itself to negatively influence, on the one hand, the choice to submit to the mediation procedure in concrete terms and, on the other hand, the achievement of a final agreement. As a matter of fact, Public Entities cannot completely disregard established practices, let alone escape from procedural constraints; nor they are supported by some sort of self-exemption from legal and political responsibilities that weigh on the administration and on the subjects acting in the name and on its behalf. As it has been verified in practice, there is a risk that the public prosecutor of the Court of Auditors or the anti-corruption unit (Anac), suspicious of the choice to proceed with a mediation attempt, activates a proceeding against the subject who chose to participate and, eventually, signed the agreement to ascertain whether the early definition of the dispute possibly caused damage to the Treasury. In fact, given the informal characteristics of the procedure and the negotiated nature of the agreement, there are many margins for pleading that, if the matter were decided at the end of a regular judgment, the obligations agreed upon by the administration and the impact of these products on the public could have been "different". This risk, moreover, is directly proportional to the legal complexity of environmental disputes and the multifaceted nature of the underlying interests. The resulting uncertainty could, therefore, induce the accounting judge to superimpose his conviction (and therefore the ascertainment of responsibility), *ex post*, on the choice made in good faith by the official.

Although circumscribable only to cases of gross negligence of the official, the disincentive scope of such a scenario is evident, if only for the fact that he/she does not run any risk, nor does he/she suffer any disadvantage on an individual level, when he /she refuses to cooperate actively in the order to reach an agreement. As a result this legal responsibility puts in a very bewildering position (very close to immobility) public administrators. To remedy this, it would be useful to encourage (through the legislation) the administrations to resort to mediation.

c. Imbalance of powers

For a mediation procedure to be established properly, the parties involved must give their consent, that is, to genuinely demonstrate their willingness to submit to the procedure to verify the possibility of agreeing. But the administration, for the reasons and traditions mentioned above, is not always genuinely interested in the early definition of an environmental controversy and indeed, due to the asymmetric nature of the balance of power with the private, is often led to a lack of cooperation or, even, to speculate (more or less consciously) on the duration and costs of the dispute whether it is current or potential.

From this point of view, the administration that does not undergo the mediation procedure more or less consciously accepts the growth of the "external costs" of its action, that is of the costs to which the public meets whenever it disregards the involvement of the interests of the recipients of the action: feeling excluded, these subjects are pushed to adopt strategies of resistance and contrast. On this aspect, the deepest meaning of the mediation used to resolve environmental controversies can be grasped, which becomes an instrument, on the one hand, of inclusion of the actors involved and impacted by environmental administrative decisions and, on the other hand, of ex post legitimization of the exercise of political and administrative power.

It follows that the consent to establish the procedure of mediation, even if closely linked to it, should not focus on the mere extemporaneousness of the single hostile situation but should be considered as a whole, as a sign of a new institutional maturity acquired not in order to pursue the general public interest, but in order to calibrate the consequences of that choice in light of the practical result obtainable at the end of the dispute (duration of the trial, court costs, uselessness of the sentence for different reasons and so on).

As an example, the typical Anglo-Saxon pragmatism decided to overcome the disparity of positions between public and private subjects that mediation, unlike the process, would not be able to rebalance, or the inadequacy of mediation to resolve disputes

in which matters of law would prevail, rather than a mere fact¹⁰⁵. This was done by relying on the undoubted advantages that mediation also offers in the case of public litigation in terms of improving access to justice. In our legal system this pragmatic realism, which, as seen, is not lacking when discussing labour law disputes or tax law, is instead absent as regards the applicability of alternative remedies to the disputes involving a public party such as the environmental ones.

d. Political responsibility and the mediation lengthening

The consent of the administration in the terms described above does not play a key role only when the mediation procedure is established, but also during its implementation and when the parties formalize the final hypothesis of agreement. Both during the procedure and while stipulating the final agreement, the effectiveness of the administration's input is often hampered by the need to define the margins before which the public official is legitimated to express the will of the authority represented. At first sight, it would seem to be a problem of an exclusively practical nature, linked to the extension of any delegation received from the employee, but this is not the case. Every act of delegation, in fact, presupposes the prior establishment of limits beyond which the delegate cannot go, but this feature of the employment relationship with the Public Administrations constitutes a potential rigidity, which, by itself, is likely to jeopardize the mediation from the beginning. The mediation procedure presupposes a high capacity to make extemporaneous decisions that only the public official with managerial qualifications seems to be able to provide at the moment¹⁰⁶. In mediation proceedings, all the parties, in other words, must be able to decide according to the temporary contingencies. This aspect seems to conflict with the rigidity of the discipline of the administrative procedure, but, as it has been observed in

¹⁰⁵ RAMAJOLI M., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in "Diritto Amministrativo", 2014, p. 1

¹⁰⁶ GIOVANNINI M., *La mediazione delle controversie ambientali*, in Various Authors, *La mediazione dei conflitti ambientali: linee guida operative e testimonianze degli esperti*, CAM, Milano, 2016, p.209

practice, mediation processes involving a public entity can be tailored on the needs. An example was the option of leaving more time between the meetings in order to guarantee the official the necessary time to get all their propositions approved with the direct consequence of lengthening the process.

Closely related to the previous, but relevant for the purposes of stipulation of the final agreement, is the problem of the political responsibility of the public official who commits the administration by adhering to the hypothesis of agreement. As acknowledged practically¹⁰⁷, there is a contrast between the political responsibility and the level of concreteness, which are both inversely proportionated and depending on the hierarchical level of the Public Administration. In concrete, it means, for example, that a mayor of a small town will be closer to the local community and environmental problems, but will have less responsibility (also less money) than a regional officer, who will be more detached to the effective situation, but bearing more political responsibilities. Furthermore, political distress is worsened as public entities are subject to election and political ballots, meaning that entering an agreement that could automatically pass onto the future administrations is generally not desirable for the public administrators as their actions might be subject to revision (and therefore leveraging on their personal liability), overall if the future administration has diametrically opposed political views. This feature is detrimental to long lasting previsions and therefore might impact on the decisions of the single public officer.

Those two features have a great impact on the duration of the mediation. The observable consequences are a) a conspicuous lengthening of the mediation in process in order to give the opportunity to the public officer to submit any decision to the internal meeting of its institution; b) an adjustment of the length of the mediation according to the administrative elections. The latter has been experienced twice at the CAM where in one case the agreement was postponed until the elections (the administrator did not want to take

¹⁰⁷ Case 1, p. 35

responsibility) and in another case the opposite happened: the administrator wanted to close fast in order to take the merits.

In any case, the question calls the interpreter and the operators to an assessment on a case-by-case basis and cannot be solved in general and abstract terms; even the experimentation carried out at CAM, which has succeeded in many cases, highlighted on this point the still present discomfort on the part of the administrations. The hope is that all the authorities involved - the territorial and the government, as well as the control authorities - will soon be able to start a debate aimed at verifying the possibility of putting before the exercise of control powers a practice of dialogue, preventive comparison a damage reparation.

4. CONCLUSIONS AND PROPOSED SOLUTIONS

Although mediation has been proved to be effective to solve environmental conflict and is promoted both at international and regional level, its implementation is being prevented by the apparent incompatibility of the means with the concept of public good. This impasse situation can be overstepped and the provisions considered in this paper could be seen as a possible solution to overcome the motionless position of public administration and, thus, to manage environmental conflict in a more efficient, transparent and participatory way.

Moreover, there are some openings for its extension, legally speaking, to controversies featuring a public party; in fact, fragmented changes have been witnessed in recent years¹⁰⁸. The administrative sector (in response to tridimensional crisis of the sector)

¹⁰⁸Analysed previously, but about this tendency also see: CASSESE S., TORCHIA L., *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014. CONSOLO C., *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in "Corr. giur." 2014, 1173 ss. De LISE P. per il Consiglio di Stato, *Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa*, Roma, 2011

is evolving from its classical closure towards alternative remedies¹⁰⁹, to the point that the President of the State Council, in his inaugural speech of the 2015 judicial year, tracing the lines of possible changes to the system of administrative justice, suggested that:

si potrebbe ... pensare per il futuro all'introduzione, a scopi deflattivi, di rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale — le cosiddette a.d.r. (alternative dispute resolution) — in analogia con un indirizzo che Governo e Parlamento hanno già intrapreso in campo civile e commerciale sulla scorta delle direttive europee

we could ... think for the future on the introduction, for deflationary purposes, of alternative remedies to judicial protection - the so-called ADR (alternative dispute resolution) - in analogy with a path that Government and Parliament have already undertaken in the civil and commercial field on the basis of European directives¹¹⁰

This opening, very important given its origin, witnesses that something is changing with respect to the past and imposes a reflection on the point.

This general evolution of the Administrative Justice has just recently been reconfirmed and encouraged by the European Parliament. In fact, in its 12 September 2017 resolution, not only it praises (again) Italy for its implementation of the mediation in its legal system, but it also “Calls on the Commission, in its review of the rules, to find

¹⁰⁹ RAMAJOLI M., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in “Diritto Processuale Amministrativo” 2015, fasc. 2, p. 481

¹¹⁰ GIOVANNINI G., *Cerimonia di inaugurazione dell'Anno Giudiziario*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2015

solutions in order to extend effectively the scope of mediation also to other civil or administrative matters, where possible¹¹¹”

Due to the novelty of both mediating environmental conflicts¹¹² and mediating with public entities it would be premature to draft a proposition of an ad hoc law decree on environmental mediation. It is unlikely that such legislation would be accepted as experience shown long period of evaluation and amendments before the consolidation of the Law Decree 28/2010 on civil and commercial mediation. Nonetheless, according to the previous analysis, openings in the current legislation could be exploited in order to encourage public entities to participate in mediation. Hence, in accordance with the recent EU resolution and in accordance with the general principle of transparency and to promote democracy and the participatory management of the public good, we propose three amendments to the actual legislation and a contractual close to be embedded in Public Private Partnership for great public works. All those propositions will remain in the wider frame of the voluntary mediation and be subject to the Law Decree 28/2010.

a. Amendments to the Law Decree 28/2010

The problem of consent to the establishment of the procedure, as is known, also exists in civil and commercial disputes and it is also known that in these disputes the Legislator intervened with mandatory rules that have configured the start of the mediation

¹¹¹ European Parliament resolution of 12 September 2017 on the implementation of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (the ‘Mediation Directive’) (2016/2066(INI))

¹¹² Despite, in the USA, it has been established since the 80’, in Europe, and overall in Italy, Environmental Mediation is a new concept

attempt, as a condition of procedure for the subsequent exercise of judicial action. But it is clear that this solution - regardless of its opportunity in the controversies here considered - is not in any case viable in the absence of an express regulatory intervention.

To remedy this, it could be useful to amend the Law Decree 28/2010 reintroducing the discarded provision:

... Salvo diverse previsioni contenute in leggi speciali, la presente legge si applica anche alle controversie nelle quali è parte una pubblica amministrazione di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni. La conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, se favorita da un conciliatore che svolge la propria attività all'interno di uno degli organismi di conciliazione previsti dalla presente legge, non dà luogo a responsabilità amministrativa.

... Except for different provisions contained in special laws, this law also applies to disputes in which a Public Administration is part according to art. 1, paragraph 2, of the legislative decree 30 March 2001, n. 165, and subsequent amendments. The conciliation of the dispute by those representing the Public Administration, if favoured by a conciliator who carries out his activity within one of the conciliation bodies provided for by this law, does not give rise to administrative liability.

It is understandable why, at the time of the proposal for this Law Decree, the legislator decided to discard this provision. But now that the outcomes have been examined, it could be important, not only for environmental, but also for the civil and commercial mediations, to reintroduce this provision. In fact, this would give the public administrator more freedom of action, which in conclusion would lead to the proper conduction of mediation procedures.

Another amendment should be produced. Art. 6 of the Law Decree establishes a maximum length of three months. As it has been acknowledged previously, mediating with public subjects lengthens the duration of the mediation. Thus, to the end of facilitating the position of public administrators, this limitation should not apply to controversies that involve a public party.

b. Regulation proposal

The Law n. 162/2014 of conversion of the Legislative Decree n. 132/2014, on assisted negotiation and "special" arbitration, has already introduced specific measures for disputes involving a Public Administration (the presumption of PA's consent to the transfer of the dispute to arbitration; to be assisted in the negotiation procedure by your own Attorney, if any)¹¹³.

It would be appropriate to provide similar arrangements for mediation as well, substituting art. 1 of the quoted law with the sequent wording:

"Nei procedimenti civili pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, che sono relativi a diritti disponibili o che comportano compensi ambientali, le parti, con richiesta congiunta, possono attivare una mediazione ambientale di fronte ad una Camera Arbitrale o un'altra istituzione che fornisce una regolamentazione specifica per tali procedimenti. Questa facoltà è riservata anche alle amministrazioni pubbliche. Il consenso delle pubbliche amministrazioni a questa procedura è assunto in ogni caso se l'ente pubblico interessato non esprime il proprio dissenso entro trenta giorni dalla richiesta della parte privata "

"In civil proceedings that are pending at the date of entry in force of the present decree, that are related to disposable rights or that involve environmental compensations, the parties, with joint request, are allowed to promote an environmental mediation in front of an Arbitration Chamber or another institution providing a specific regulation for such proceedings.

¹¹³ D.L. 12 Settembre 2014, N. 132 Eliminazione dell'arretrato e trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti civili pendenti - Elimination of the stopped civil cases and transfer to ADR sitting of the pending civil procedures

This faculty is reserved also to public administrations. The consent of public administrations to this procedure is assumed in any case, if the interested public body does not express its dissent within thirty days from the request of the private party”

c. Proposal of mediation clause in PPP and public work contracts.¹¹⁴

Since the adoption of the Agenda21, in 1992¹¹⁵, it is a well-established principle that governments alone cannot achieve sustainable development, but requires the active participation of all people. Stakeholder engagement, therefore, has to penetrate any decision or policy made by a public authority. This principle has been, together with transparency, well-adopted and integrated at EU Level. Pursuant to this analysis, the recognition by the legislator of the admissibility of mediation for public disputes satisfies multiple needs: not only those that are on the lines of North American doctrine (rapidity, economy, informality), but also responding needs to a logic of the sector, which allow a more adequate protection of the public and private interests.

In fact, alternative remedies are suitable to meet the growing demand for participation and involvement of individuals in administrative choices and, at the same time, also introduce a new way of protecting the public interest. It is in this that the specificity and added value that alternative remedies can offer to administrative law is contained: from alternative remedies benefits not only the private sector, but also the Public Administration.

Great public works represent the major sector that impacts our ecosystem and our society and to respond to the current need of sustainability and stakeholder engagement is an obligation. Generally, each project is entrusted to private companies through public tender, thus creating Private Public Partnership (PPP). It is historically acknowledged that

¹¹⁴ VALAGUZZA S. *Sustainable Development in Public Contracts*, Napoli, 2016

¹¹⁵ United Nations, Agenda 21, UN Conference on Environment and Development, Brazil, in 1992

public major works (e.g. highways or digs) are sources of endless conflicts with the local population. Italy is not exempted from this mechanism; on the contrary, the country has faced in the last years some¹¹⁶ of the major environmental conflicts in Europe¹¹⁷. It is worth recalling the unfortunately very famous case of the EU project to connect every country by railways in order to promote a fast and ecological way of transportation from any point to any other of Europe. In Italy, it took the name of TAV and it is currently in an impasse situation in the segment Turin-Lyon because of endless tensions in the region. It is important to underline how, on the other side of the Alps, the French government already finished the works with no troubles. The reasons lying under the different outcomes of the two countries have a simple root (beside the heavy problems related to Italian corruption): in France, the government prepared the population for the previous 5 years through *Débat Public*, carried a proper environmental impact assessment and relied on a participated planning, while in Italy none of those measures were taken and the population felt their rights were being violated and their properties de facto expropriated. In other words, France engaged the local population in the processes while Italy did not. This is just an example of stakeholder engagement, but, being highly meaningful to the Italian ears, it clearly illustrates its importance.

As previously exposed, mediation would be an excellent tool for engaging all the stakeholders in the definition of a conflict. For those reasons, we propose a clause to be embedded in the articles of the Legislative Decree n. 50/2016 on public contracts related to ADRs (205 and ss.) of the sequent wording:

Mediazione

¹¹⁶ <http://www.repubblica.it/argomenti/tav>

¹¹⁷ European Union - Directorate General for Mobility and Transport, *Highspeed Europe: a sustainable link between citizens*, Luxembourg, 2010

"Tutte le controversie tra le parti di un contratto di appalto, concessione o partenariato pubblico-privato che coinvolgono questioni ambientali potrebbero essere risolte tramite mediazione.

La richiesta di mediare la controversia potrebbe provenire da qualsiasi parte del contratto.

A tal fine, le autorità aggiudicatrici possono inserire nell'invito a presentare offerte e negli schemi contrattuali una clausola che imponga alla società aggiudicatrice la necessità di tentare una mediazione "

Mediation

"All controversy between parties of a contract of procurement, concession or public-private partnership involving environmental issues could be solved through mediation.

The request to mediate the dispute could come from any party to the contract.

To this end, adjudicating authorities may insert in the invitation to tenders and in the schemes of contract a clause imposing to the awarding company the necessity to attempt a mediation "

Contracts of public works could then contain the sequent provision:

"Le Parti si impegnano a sottoporre tutte le controversie derivanti dall'applicazione del presente contratto o ad esso correlate, relative al risarcimento e ai danni per la riparazione di un danno ambientale, a un mediatore nominato e che agisce secondo il Regolamento redatto dalla Camera Arbitrale di (°)"

"The Parties agree to submit all the controversies deriving from the application of the present contract or related to it, related to compensation and damages to repair an

*environmental harm, to a mediator appointed and acting according to the Regulation
drafted by the Chamber of Commerce of (°) ”*

The alternative remedies would thus become an integral part of a legal system intended as a network, animated by a dialogic-procedural logic, in a more participated, more transparent and more informal context.

In this framework, the use of alternative solutions to solve environmental controversies, on the one hand, benefits the private sector, which finds another opportunity, in addition to the administrative procedure, to satisfy its request for participation in administrative decisions, on the other hand, it benefits the Public Administration itself, which can employ another, more consensual way of protecting the public interest. It goes without saying that also the citizen needs are heard.

REFERENCES

- Ahmed F., 2008, Development pressures and management constraints in the coastal zone, *Alternation*, 15 (1), pp. 45–65
- Alpa G., Commissione di studio per l’elaborazione di una organica disciplina volta alla “degiurisdizionalizzazione”, in “*Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*” 2017, fasc. 2, p. 793
- An Environment Agenda for Security and Cooperation in south eastern Europe and central asia (ENVSEC), founded in 2002, OSCE, UNDP and UNEP
- Atkins E., 2016, Environmental Conflict: A Misnomer?, in Soza-Nunes G and Atkins E. (edited by), 2016, *Environment, Climate Change and International Relations*, E-International Relations Publishing
- Austin J. E. and Bruch C.E., 2000, *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspective*, Cambridge University Press
- Barnett J. and Adger A., 2007, Climate Change, Human Security and Violent Conflict, *Political Geography*, 26(6), 629-655
- Barral V., 2012, Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm, *The European Journal of International Law* Vol. 23 no. 2
- Benacci E., 2016, *Compendio di diritto dell’ambiente*, Edizioni giuridiche Simone
- Benjaminsen T., Alinon K., Buihaug H. and Buseeth, J. T., 2012, *Does Climate Change*
- Benacci E., *Compendio di diritto dell’ambiente*, Edizioni giuridiche Simone, 2016
- Besthorn, F.H., Restorative Justice in environmental restoration – Twin pillars of a just global environmental policy: hearing the voice of the victim, in “*Journal of Societal and Social Policy*” 2004, 3(2), p.33

Bingham G., *Resolving Environmental Disputes: A Decade of Experience*, Washington DC: Conservation Foundation, 1986

Birnie P. W. and Boyle A. E., 1992, *International Law and the Environment*, New York: Oxford Press

Birnie, P. W. and Boyle A. E., *International Law and the Environment*, New York, 1992

Blair M. M. Stout L. A., *A Team Production Theory of Corporate Law*, Jstor - 2008, <http://www.jstor.org/stable/1073662>

Bondy V., Doyle M., Reid V., *Mediation and Judicial Review - Mind the Research Gap*, in "Judicial Review" 2005, pp. 220

Bovens M., 2007, *Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework*, *European Law Journal*, 13(4): 447-468

Boyle A. and Freestone, D., 1999, *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford University Press

Boyron S., *Mediation in Administrative Law: The Identification of Conflicting Paradigms*, in *European Public Law*, 2007

Brown H. J., Mariott A., *ADR Principles and Practice*, London, 2011

Brown Weiss E., 2011, *The Evolution of International Environmental Law*, *Japanese Yearbook of International Law* Vol. 54, pp. 1-27.

Buckles D., 1999, *Cultivating Peace: Conflict and Collaboration in Natural Resources management*, The International Research Centre and The World Bank, Ottawa

Buckles D., *Cultivating Peace: Conflict and Collaboration in Natural Resources management*, Ottawa, 1999

Busuioc M., 2013, *European Agencies: Law and Practices of Accountability*, Oxford: Oxford University Press

Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015

Cassese A., *International Law*, Oxford, 2005

Cassese S., Torchia L., *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014

Chasek P. S. et al., 2017, *Global environmental policies*, Routledge, New York

Circolare n. 9/2012, Presidenza de Consiglio, Dipartimento della Funzione Pubblica, Linee guida in materia di mediazione nelle controversie civili e commerciali. Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, recante "Attuazione dell'art. 60 della Legge 18 giugno 2009, n.69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"

Cohen S., 2013, *Collaborative Approaches to Environmental Decision-Making: A State Agency's Guide to Effective Dialogue and stakeholder Engagement*, Report from the MIT-Harvard Public Disputes Program, New England, 2013

Commissione di studio per la riforma degli strumenti ADR, *Il contributo di Confindustria*, May 2016

Comoglio L. P., *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in "Rivista di diritto procedurale" 2000, p.318

Comoglio L.P., Ferri C., Taruffo M., *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50, recante disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo

D.L. 12 settembre 2014, N. 132 Eliminazione dell'arretrato e trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti civili pendenti - Elimination of the stopped civil cases and transfer to ADR sitting of the pending civil procedures

D.L. 21 giugno 2013, n. 69 Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia - Urgent provisions for the revival of the economy

D.L. 3 aprile 2006, n. 152 Norme in materia ambientale - Environmental regulation (TUA)

D.L. 4 marzo 2010, n. 28, Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali - Implementation of Article 60 of the Law of June, the 18th 2009, no. 69, on mediation aimed at the conciliation of civil and commercial disputes

D.L. 7 agosto 1990, n°241, Nuove norme sul procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi - New regulations on the administrative procedure and on the right of access to administrative documents

De Lise P. per il Consiglio di Stato, Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa, Roma, 2011

Decision No 1386/2013/EU of the European Parliament and of the Council on a General Union Environment Action Programme to 2020 'Living well, within the limits of our planet'

Denoza F., Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche, Milano, 2002

Di Salvatore L., Environmental Mediation: Some Cases, 2017, Greenideas.com;

Di Salvatore L., Mediazione ambientale: il contributo della Camera di Commercio di Milano; 2017, Forum Iuris

Di Salvatore L., One Year of Environmental Mediation at the Milan Chamber of Arbitration, 2017, Milan Chamber of Arbitration

Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e storico-politici, Università degli Studi di Milano, Musselli L. and others, *La mediazione ambientale nel diritto europeo e comparato: alcune prime indicazioni*, Milano, 2015

Dokken K. and Graeger N., 1995, *The Concept of Environmental Security – Political Slogan or Analytical Tool?*, PRIO Report, No. 2. Oslo: International Peace Research Institute

Drive Land-use Conflicts in the Sahel?, *Journal of Peace Research*, 49(1), 97-111. Bingham G., 1986, *Resolving Environmental Disputes: A Decade of Experience*,

Dupuy P.-M. and Viñuales J. E., 2018, *International Environmental Law*, Cambridge University Press

EU Decision No 1386/2013/EU of the European Parliament and of the Council on a General Union Environment Action Programme to 2020 ‘Living well, within the limits of our planet’

EU Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage

EU Directive 2008/52/EC of the EU Parliament and of the Council 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters

EU Directorate General for Mobility and Transport, *High-speed Europe: a sustainable link between citizens*, Luxembourg, 2010

EU In-depth Analysis, Directive 2008/52/EU on certain aspects of mediation in civil and commercial matters: European Implementation Assessment, 2016, Brussels

EU Resolution of 12 September 2017 on the implementation of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters

European Parliament, ‘Rebooting’ the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, 2014

European Union, European Union Network for the Implementation and Enforcement of Environmental Law (IMPEL), founded in 1992

European Union, Procedural Tools for Effective Governance (PROTEGO 2016) Patterns, Outcomes and Policy Design Procedural Tools for Effective Growth: Patterns, Outcomes and policy Design, 2016-2020

Evans A., 2010, Resource Scarcity, Climate Change and the Risk of Violence Conflict, Washington, DC: World Bank.
<http://documents.worldbank.org/curated/en/2010/09/14296670/resource-scarcity-climate-change-risk-violent-conflict>

Fermeglia M., Chi inquina, ripara: imputazione della responsabilità per danno ambientale e risarcimento dopo la legge europea 2013, in “Responsabilita' Civile e Previdenza” 2015, fasc. 5, p. 1591

Fineschi A. and Pozzi F., Temi e procedure di mediazione ambientale, in “Mediazione sociale. Riflessioni teoriche e buone pratiche”, Pisa, 2015, pp. 51-69

German Advisory Council on Global Change (WBGU), 2007, Climate Change as a Security Risk, Berlin: Earthscan
http://www.wbgu.de/fileadmin/templates/dateien/veroeffentlichungen/hauptgutachten/jg2007/wbgu_jg2007_kurz_engl.pdf

Gleditsch N. P., 1998, Armed Conflict and the Environment: A Critique of the Literature, Journal of Peace Research, 35(3), 381-400

Greco G. (edited by), Il sistema della protezione preventiva, in Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa, Milano, 2011

Gulliver P.H. (edited by), *Cross-Examinations. Essays in Memory of Max Gluckman*, Leiden, Brill, 1978

Higgs S., The potential for mediation to resolve environmental and natural resources disputes, in “Am. J. Mediation” 2007, HeinOnline

Homer-Dixon T. and Blitt J., 1998, *Ecoviolence: Links Among Environment, Population and Security*, Rowman & Littlefield

Humphreys M., *Natural resources, Conflict and Conflict Resolution: Uncovering the Mechanisms*, 2005

Humphreys M., *Natural resources, Conflict and Conflict Resolution: Uncovering the Mechanisms*, 2005

International Court of Justice, *GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment ICJ Reports, 1997 (GabCikovo-Nagymaros) <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>

International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996

International Court of Justice, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina/Uruguay)*, I.C.J. Reports 2010 (Pulp Mills Case)

International Law Association, 2002, *Declaration of Principles of International Law Relating to SD*, New Delhi (New Delhi Declaration)

Iwama T., 2001, The Principle of Public Participation in the Management of Natural Resources Embodied in International Environmental Instruments, *SeinangakuinDaigakuHogakuRonsbu* [Seinan Law Review], Vol. 33 (2001), pp. 33-66.

La Sorte V. C., *La conciliazione obbligatoria e facoltativa, la mediazione nelle controversie ambientale*, Padova, 2016

Lewis B., 2002, Environmental Rights or a Right to the Environment?: Exploring the Nexus between Human Rights and Environmental Protection, *Macquarie Journal of Comparative and International Environmental Law*

Ligugnana G., *L'altra giustizia amministrativa*, Torino, 2010

Lucattini S., *Modelli di giustizia*, Torino, 2013

Luciani M., Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale, in *Aic*, n. 4, 2014, passim

MacNaughton A. L. and Martin J. J., *Environmental Dispute Resolution: and Anthology of Practical Solutions*, USA, 2002

Martinelli A., 2003, *Markets, Governments, Communities and Global Governance*, SAGE, Vol 18(2): 291–323, London, Thousand Oaks, CA and New Delhi

Mason S. A. and Spillman K. R., 2009, *Welfare Economics and Sustainable Development - Vol. II - Environmental Conflicts and regional conflict management*, EOLSS

Massera A., Strumenti non giurisdizionali contro la pubblica amministrazione: tendenze contemporanee, in *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010

Ministry of Justice, Osservatorio per il monitoraggio degli effetti sull'economia delle riforme della giustizia, *Misurare le performance dei tribunali nel settore civile*, 26 marzo 2015

Morbidelli G., Sugli “strumenti di amministrazione giustiziale”, in “Presidenza del Consiglio”, *La riforma della pubblica amministrazione, La giustizia nell'amministrazione*, Roma, 1994, 17 ss

Morriss A.P., Yandle B., Dorchak A., *Regulation by Litigation*, Yale University Press, 2008

Napier C. (edited by), 1998, *Environmental Conflict Resolution*, London

Napier C. (edited by), *Environmental Conflict Resolution*, London, 1998

Nigro M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 293 ss.

O'Faircheallaigh C, 2010, Public participation and environmental impact assessment: Purposes, implications, and lessons for public policy making, *Environmental Impact Assessment Review* 30 19–27

Pajno A., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in www.irpa.eu

Pajno A., La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione, in “*Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*” 2015, fasc. 5, p. 1127

Paterson A., 2007, Wandering about South Africa's new Protected Areas Regime, *SA Public Law*, 22 (1), pp. 1–33

Ramajoli M., *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempiuto*, in “*Diritto Amministrativo*”, 2014, p. 709

Ramajoli M., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in “*Diritto Processuale Amministrativo*” 2015, fasc. 2, p. 481

Ramajoli M., *Pluralità e coordinamento tra le istituzioni titolari di poteri di enforcement amministrativo del diritto d'autore*, in *Aida* 2014, 88 ss.

Ramajoli M., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in “*Diritto Amministrativo*” 2014, fasc. 1-2, p. 1

Report from the MIT-Harvard Public Disputes Program, Cohen S., *Collaborative Approaches to Environmental Decision-Making: A State Agency's Guide to Effective Dialogue and stakeholder Engagement*, New England, 2013

Rossi C., *La disciplina della prevenzione e riparazione del danno ambientale*, (www.tuttoambiente.it)

Rotolo, G., Modelli “dinamici” di tutela dell’ambiente e responsabilità penale: problemi e prospettive, in Jus 2016, pp.111

Ruga Riva, C., I nuovi ecoreati, Torino, 2015

Salehyan I., 2008, From Climate Change to Conflict? No Consensus Yet, Journal of Peace Research, 45(3), 315-326

Sands P., 1999, International Courts and the Concept of “Sustainable Development”, Max Planck UNYB 3

Silvestri M., Le condizione dell’azione nel rito in materia di contratti pubblici, in “Diritto Processuale Amministrativo” 2017, fasc. 5, p. 927

Simokat C., 2008, Environmental Mediation Clauses in International Legal Mechanisms, mediate.com available at:<https://www.mediate.com/articles/simokatC1.cfm>

Simokat C., Environmental Mediation Clauses in International Legal Mechanisms, mediate.com, 2008 <https://www.mediate.com/articles/simokatC1.cfm>

Soza-Nunes G and Atkins E. (edited by), 2016, Environment, Climate Change and International Relations, E-International Relations Publishing

Spina G., Amministrazione pubblica e mediazione civile: presupposti normativi, orientamenti giurisprudenziali e spunti di riforma, in “La Nuova Procedura Civile”, 5, 2016

Spina G., La mediazione delle controversie ambientali, in “Ambiente & sviluppo”, n. 5/2013, Ipsoa

Susskind L. E., 2014, Environmental Diplomacy: Negotiating More Effective Global Agreements, Oxford

Susskind L. E., Environmental Diplomacy: Negotiating More Effective Global Agreements, Oxford, 2015

Tonkin E., Environmental Agency Mediations, in “Handbook on mediation”, 2010, pp. 629-634

Travi A., Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa, in “Rivista della regolazione dei mercati”, 2016, pp. 6-31

Travi A., Lezioni di giustizia amministrativa, Giappichelli, Torino, 2016

United Nations Department of Political Affairs and United Nations Environment Programme (UNDPA and UNEP), 2015, Natural Resources and Conflict: A Guide for Mediation Practitioners, New York

United Nations Department of Political Affairs and United Nations Environment Programme, Natural Resources and Conflict: A Guide for Mediation Practitioners, 2015

United Nations Economic Commission for Europe, 1998, Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, Aarhus, (Aarhus Convention 1998)

United Nations Economic Commission for Europe, Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, Aarhus, 1998 (Aarhus Convention 1998)

United Nations Environmental Programme (UNEP), 2009, From Conflict to Peacebuilding: The Role of Natural Resources and the Environment, Nairobi

United Nations Framework Team, 2010, Land and Conflict, guidance note for practitioners, New York (UN The FT TEAM, 2010)

United Nations Interagency Framework for Coordination on Preventive Action (UN Framework Team), founded in 2008, UN-EU; collaborators: UN Environment Programme (UNEP), the UN Human Settlements Programme (UN-HABITAT), the UN Development Programme (UNDP), the UN Department of Political Affairs (DPA), the Peacebuilding Support Office (PBSO) and the UN Department of Economic and Social Affairs (UNDESA)

United Nations Interagency Framework Team for Preventive Action, 2012, Toolkit and Guidance for Preventing and Managing Land and Natural Resources Conflicts, New York (UN The FT TEAM, 2012)

United Nations Secretary General, Report of the Secretary General, Strengthening the Role of Mediation in the Peaceful Settlement of Disputes, Conflict Prevention and Resolution, New York

United Nations Secretary General, Report of the Secretary General, Strengthening the Role of Mediation in the Peaceful Settlement of Disputes, Conflict Prevention and Resolution, New York, 2012

United Nations World Commission on Environment and Development (WCED) 1987, Report: Our Common Future, Oxford

United Nations, 1972, Declaration on the Human Environment, Stockholm (Stockholm Declaration 1972)

United Nations, 1992, Declaration on the Environment and Development, UN Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, (Rio Declaration 1992)

United Nations, 2015, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, New York

United Nations, 2016, Global Sustainable Development Report 2016, Department of Economic and Social Affairs, New York

United Nations, Agenda 21, UN Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, in 1992

United Nations, Declaration on the Environment and Development, UN Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 1992 (Rio Declaration 1992)

United Nations, Paris Agreement, UN Climate Change Conference, Paris, 2015 (Paris Agreement 2015)

United States Institute of Peace, Natural resources, Conflict and Conflict Resolution, Washington, 2007

Valaguzza S. Sustainable Development in Public Contracts, Napoli, 2016

Van Jaarsveld Bronkhorst Urmilla Bob S., Environmental conflicts - Key issues and management implications, African Journal on Conflict Resolution, Vol 10, No 2, 2010

Villata R., Ramajoli M., Il provvedimento amministrativo, Torino, 2006

Vv. Aa., 2016, La mediazione dei conflitti ambientali: linee guida operative e testimonianze degli esperti, CAM, Milano (CAM 2016)

Vv. Aa., Environmental Protection through Law: Comparative Approaches, Administrative Regulations and Criminal Justice, fascicolo monografico di Jus 2016, fasc. 1

Vv. Aa., La mediazione dei conflitti ambientali: linee guida operative e testimonianze degli esperti, CAM, Milano, 2016

Vv. Aa., Osservatorio Nimby Forum: 10° edizione 2014/2015, Aris, 2015

Wallensteen P., 2007, Understanding conflict resolution, Sage, London

Walters R., Westerhius D.S., Wyatt (Eds.) T., Emerging Issues in Green Criminology. Exploring Power, Justice and Harm, New York-Basinstoke, 2013

Washington, D.C. : Conservation Foundation

White R., Transnational Environment Crime: Toward an Eco-Global Criminology, London – New York, 2011

White R.M., Fischer A., Marshall K., Travis J.M.J., Webb T.J., di Falco S., Redpath S.M. and van der Wal E., 2009, Developing an integrated conceptual framework to understand biodiversity conflicts, *Land Use Policy*, 26, pp. 242–253

WEBSITES

Associazione Italiana Professori di Diritto Amministrativo www.diritto-amministrativo.org

Centro di Documentazione dei Conflitti Ambientali A - Environmental Justice Atlas
<http://ejatlas.org/>

COP23 - <http://www.cop-23.org/>

Court of Conciliation and Arbitration - <http://www.osce.org/cca>

Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione <http://www.irpa.eu/>

Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale -
<http://www.isprambiente.gov.it/it>

Mediazioneambiente - <http://www.mediazioneambiente.it/>

Mediazione dei conflitti ambientali - <https://www.camera-arbitrale.it/it/mediazione/mediazione-dei-conflitti-ambientali.php?id=524>

Osservatorio Nazionale sulla Mediazione Civile -
<http://osservatoriomediazionecivile.blogspot.it>

Remede Eu Project 2007 - <http://www.envliability.eu/project.htm>

Resolve, <http://www.resolve.org/about/index.html>

Rivista di Diritto ambientale urbanistico amministrativo penale civile con giurisprudenza massimata sentenze per esteso dottrina - <https://www.ambientediritto.it>

Stabilizzazione della mediazione - <https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/centro%20studi%20normativa/stabilizzazione-mediazione-civile-commerciale.pdf>

**INNOVATION PARTNERSHIPS: PURPOSE, SCOPE OF
APPLICATION AND KEY ELEMENTS OF A NEW
INSTRUMENT OF STRATEGIC PROCUREMENT**

Christoph KRÖNKE¹

INDEX

**1. INNOVATION PARTNERSHIP AS A SPECIFIC INSTRUMENT OF
STRATEGIC PROCUREMENT**

1.1. Scope of Application

***1.1.1. Solutions Available On the Market Do Not Meet the Procurement
Need***

***1.1.2. Connection of the Innovation to the Subject-Matter of the
Contract***

1.2. Degree of Innovation

1.2.1. Development and Purchase of Innovations

**2. DISTINGUISHING INNOVATION PARTNERSHIPS FROM OTHER
PROCEDURES WHICH ALSO PROMOTE INNOVATION**

2.1. Key Elements of the Award Procedure

¹ Postdoc fellow (“Habilitand”), Institute of Public Policy and Law, Ludwig Maximilian University (Germany).

2.1.1. Submission of Requests to Participate

3. NEGOTIATION

4. PERFORMANCE OF THE INNOVATION PARTNERSHIP

5. OUTLOOK: MADE FOR “BIG INNOVATION”

1. INNOVATION PARTNERSHIP AS A SPECIFIC INSTRUMENT OF STRATEGIC PROCUREMENT.

The European legislators consider innovation partnership as an instrument of strategic procurement. In recital 47 of the PPD, they describe “research and innovation, including eco-innovation and social innovation” as the “main drivers” for future growth, (i.e. sustainable (ecological) and inclusive (social) growth)². The PPD aims at encouraging the contracting authorities to procure innovative products (i.e. products that are guaranteed with high quality and efficiency for the fulfilment of public service tasks combined with major macroeconomic, ecological and social benefits). Against this background and as a reaction to the global financial crisis, the innovation partnership has formed part of the strategy

² Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, (referred to as “PPD”) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=EN>, 72. Articles 26-31 of the Directive describe the procurement methods under European Union law.

“Europe 2020” for smart, sustainable and inclusive growth by the European Commission.³

As an instrument of strategic “innovation procurement”, the innovation partnership complements a range of existing instruments for the procurement of innovative products. As § 97(3) of the German Act against Restraints of Competition (“Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen” – “GWB”) clarifies, aspects of innovation can be considered at all stages of the award procedure⁴ – (i.e. by using functional requirements in the technical specifications (Art. 42(3)(a) PPD), by authorizing tenderers to submit variants (Art. 45 PPD) or by implementing innovative characteristics in the award criteria (Art. 67(2)(a) PPD)). Furthermore, Art. 26(4)(a)(ii) of PPD shows that innovation partnership is not the only procedural instrument that can be used in order to purchase “innovative solutions”. The competitive dialogue procedure, a procedure specifically for carrying out exceptionally complex procurements,⁵ and the competitive procedure with negotiation are also

³ Communication from the Commission, *Europe 2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, COM (2010) 2020 final, <https://ec.europa.eu/eu2020/pdf/COMPLET%20EN%20BARROSO%20%20%20007%20-%20Europe%202020%20-%20EN%20version.pdf>.

⁴ Cf., KRÖNKE, NVwZ 2015, 568, 573, *et seq.*

⁵ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts (referred to as “CPD”), recital 31, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0018&from=en>, 118; even more clearly in recital 42 of the PPD (“with innovative projects”), *o.p. cit.*, 71-72.

instruments of innovation procurement.⁶ In addition, the Commission has laid out several models of “pre-commercial procurement” as drivers of innovation – even though these models are not (necessarily) covered by the PPD and the GWB (see Art. 14(2) PPD and § 116(1)(2) GWB).⁷

So why introduce another instrument for procuring innovation? A closer look at the scope of application and the key elements of the rules on innovation partnership reveals that the innovation partnership is intended to provide the contracting authorities with an additional, specific procurement procedure for innovative products which addresses a different situation and a different subject-matter -- ones not covered by the other instruments. The rules on innovation partnership state that that the method is to be used only when solutions that are already available on the market cannot meet the needs of the contracting authority⁸, which means that the method should be used only when there is a considerable need for innovation under the given circumstances. European legislators’ goal in creating the innovation partnership procedure was to make it possible (or at least easier) for contracting authorities to acquire the “innovative result” of a development process from an innovator,

⁶ Please refer to part B. III of this paper for the distinction between these procedural instruments of innovation procurement.

⁷ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, “Pre-commercial Procurement: Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe”, COM(2007) 799 final, http://ec.europa.eu/invest-in-research/pdf/download_en/com_2007_799.pdf; as well as recital 47 of the PPD, *o.p. cit.*, 4.

⁸ Please refer to part B. I and II of this paper for a detailed analysis of the scope of application of the rules on innovation partnerships.

without a need for a separate procurement procedure. The procedure thus⁹ provides incentives for market participants to invest in the necessary – but possibly expensive – development of innovation. The subject-matter of the innovation partnership agreement, the term of which is usually fixed for a relatively long period, includes the development as well as the subsequent purchase of the innovative product (“development- plus-purchase”).¹⁰

The European legislators consider innovation partnership as an instrument of strategic procurement. In recital 47 of the PPD, they describe “research and innovation, including eco-innovation and social innovation” as the “main drivers” for future growth, (i.e. sustainable (ecological) and inclusive (social) growth).¹¹ The PPD aims at encouraging the contracting authorities to procure innovative products (i.e. products that are guaranteed with high quality and efficiency for the fulfilment of public service tasks combined with major macroeconomic, ecological and social benefits). Against this background and as a reaction to the global financial crisis, the innovation partnership has formed part of the strategy “Europe 2020” for

⁹ Recital 49 of the PPD, *op. cit.*, 73; see also ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3rd ed., 2014, para. 9-126.

¹⁰ S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, *op. cit.*, 8, paras. 9-128-9-129.

¹¹ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, (referred to as “PPD”) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=EN>, 72. Articles 26-31 of the Directive describe the procurement methods under European Union law.

smart, sustainable and inclusive growth by the European Commission.¹²

As an instrument of strategic “innovation procurement”, the innovation partnership complements a range of existing instruments for the procurement of innovative products. As § 97(3) of the German Act against Restraints of Competition (“Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen” – “GWB”) clarifies, aspects of innovation can be considered at all stages of the award procedure¹³ – (i.e. by using functional requirements in the technical specifications (Art. 42(3)(a) PPD), by authorizing tenderers to submit variants (Art. 45 PPD) or by implementing innovative characteristics in the award criteria (Art. 67(2)(a) PPD)). Furthermore, Art. 26(4)(a)(ii) of PPD shows that innovation partnership is not the only procedural instrument that can be used in order to purchase “innovative solutions”. The competitive dialogue procedure, a procedure specifically for carrying out exceptionally complex procurements,¹⁴ and the competitive procedure with negotiation are also instruments of innovation procurement.¹⁵ In addition, the Commission has laid out

¹² Communication from the Commission, *Europe 2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, COM (2010) 2020 final, cit.

¹³ Cf., KRÖNKE, NVwZ 2015, 568, 573, *et seq.*

¹⁴ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts (referred to as “CPD”), recital 31, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0018&from=en>, 118; even more clearly in recital 42 of the PPD (“with innovative projects”), *o.p. cit.*, 71-72.

¹⁵ Please refer to part B. III of this paper for the distinction between these procedural instruments of innovation procurement.

several models of “pre-commercial procurement” as drivers of innovation – even though these models are not (necessarily) covered by the PPD and the GWB (see Art. 14(2) PPD and § 116(1)(2) GWB).¹⁶

So why introduce another instrument for procuring innovation? A closer look at the scope of application and the key elements of the rules on innovation partnership reveals that the innovation partnership is intended to provide the contracting authorities with an additional, specific procurement procedure for innovative products which addresses a different situation and a different subject-matter -- ones not covered by the other instruments. The rules on innovation partnership state that the method is to be used only when solutions that are already available on the market cannot meet the needs of the contracting authority,¹⁷ which means that the method should be used only when there is a considerable need for innovation under the given circumstances. European legislators’ goal in creating the innovation partnership procedure was to make it possible (or at least easier) for contracting authorities to acquire the “innovative result” of a development process from an innovator,

¹⁶ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, “Pre-commercial Procurement: Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe”, COM(2007) 799 final, http://ec.europa.eu/invest-in-research/pdf/download_en/com_2007_799.pdf; as well as recital 47 of the PPD, *o.p. cit.*, 4.

¹⁷ Please refer to part B. I and II of this paper for a detailed analysis of the scope of application of the rules on innovation partnerships.

without a need for a separate procurement procedure. The procedure thus¹⁸ provides incentives for market participants to invest in the necessary – but possibly expensive – development of innovation. The subject-matter of the innovation partnership agreement, the term of which is usually fixed for a relatively long period, includes the development as well as the subsequent purchase of the innovative product (“development- plus-purchase”).¹⁹

1.1. Scope of Application

The GWB provides two requirements for the application of the rules on innovation partnership (§ 119(2)(2) of GWB), to wit: (1) The contracting authority must specify the need for an innovative product that “cannot be met by purchasing products, services or works already available on the market” (see Section I, below), and (2) the innovation partnership needs to aim at (both) the development of an innovative product and the subsequent purchase of its result (see Section II, below). These two requirements are also set in Art. 31 (1). The innovation partnership differs from the other procedures that also promote innovation because it can be used by a contracting authority only after complying with the requirements described

¹⁸ Recital 49 of the PPD, *op. cit.*, 73; see also ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3rd ed., 2014, para. 9-126.

¹⁹ S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, *op. cit.*, 8, paras. 9-128-9-129.

above. (See Section III, below.).

1.1.1. Solutions Available on the Market Do Not Meet the Procurement Need

The first requirement under Art. 31(1)(2) of PPD is that products available on the market cannot meet the contracting authority's need for an innovative product. This requirement should be interpreted in conjunction with the definition of the term "innovation" in Art. 2(2) No. 22 PPD (which has not been transposed into German law). Accordingly, innovation means the "implementation of a new or significantly improved product, service or process, including but not limited to production, building or construction processes, a new marketing method, or a new organizational method in business practices, workplace organization or external relations inter alia with the purpose of helping to solve societal challenges or to support the Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth". An innovative product, therefore, requires (1) an indication of the "innovative" nature of the product, and (2) a degree of innovation from the existing solutions.

1.1.2. Connection of the Innovation to the Subject-Matter of the Contract

The innovative aspect, which makes the requested solution stand out from the solutions that are already available in the market, can be related either directly to the subject-matter of the contract (e.g. asking for a building concept with a demand for energy reduction at a certain minimum) or to the procurement process in a wider sense (e.g. using building materials and energy from ecologically sustainable and socially inclusive sources for the construction of a building).

The innovations that are directly connected to the subject-matter of the contract do not raise

any specific legal questions. They are called “product innovations”, and may be included as part of the functional requirements in the technical specifications.²⁰

The scope of innovations related to the procurement process in a wider sense, however, requires an accurate definition. Certainly, Art. 22(1) No. 22 of PPD lays down the several types of “process innovations” (i.e. innovations that are related to the “production, building or construction processes, a new marketing method, or a new organisational method in business practices, workplace organisation or external relations”). Despite this broad definition, process innovations still require a specific link between the innovation and the subject-matter of the contract; this makes the contracting authority responsible for implementing the innovative aspect of the procurement by way of (functional) technical specifications, award criteria or an additional contract performance conditions. Although, the innovative elements need not form part of the “material substance” of the subject-matter of the contract, it is still required that they be specifically “linked to the subject-matter of the contract” within the meaning of Art. 42(1)(2), Art. 67(3) and Art. 70(1) of PPD.

1.2. Degree of Innovation

Art. 2(1) No. 22 of PPD also provides the indicators for determining how much innovation (compared to already existing solutions) is required for the procurement of an innovative solution through an innovation partnership. According to the definition in Art. 2(1) No. 22 of PPD, an innovation is not limited to entirely new products, services or processes, but it may also refer to any significant improvement in the existing products, services or

²⁰ Cf. BURGI, NZBau 2011, 577, 580-581 on the significance of functional technical specifications for promoting innovation.

processes.²¹ The innovation partnership may therefore be considered by a contracting authority as an option in either of these two scenarios: (1) An eligible product is not available on the market at all (e.g., one-litre cars to be used as police cars).²² (2) Although there is an appropriate product that is available on the market, either its quality is not satisfying (e.g., electronic cars are available but they lack a sufficient operating distance for use as police cars) or it is not available at a reasonable price (e.g., high performance electronic cars for use as police cars).²³

Some authors seem to argue²⁴ that the use of the innovation partnership procedure should be restricted only to scenario (1) (“new” products, services or processes), and the procedure should not be extended to merely introducing “significant improvements” according to our scenario (2). These authors do so to distinguish innovation partnerships from competitive dialogues and the competitive procedure with negotiation. However, this interpretation may lead to at least two possible issues, specifically: 1) whether the European legislator had a different understanding of “innovation” in Art. 31(2) PPD on the one hand (“development of an innovative product, service”) and in Art. 22(1) No. 22 PPD on the other hand; and 2) whether the procurement needs must necessarily aim at developing a completely new product, (e.g., a “breakthrough innovation” so to speak) or if the legal requirements can be

²¹ Cf. *Badenhausen-Fähnle*, *VergabeR* 2015, 743, 746.

²² See for this example *also* *BURGI*, *op. cit.*, 577, 581.

²³ Cf. *ARROWSMITH*, *op.cit.*, para. 9-131.

²⁴ Cf. *BADENHAUSEN-FÄHNLE*, *op. cit.*, 743, 745 *et seq.*

met merely by an “incremental innovation”. Consequently, the contracting authorities must bear the risk resulting from a uncertain definition of the term “innovation,” that is, if a contracting authority wrongfully considers the innovation partnership to be applicable, and, hence, chooses an incorrect procedure, this will be a violation of the procurement rules, which can be contested through a review procedure.

To minimize the inherent risk for a contracting authority considering an innovative partnership, the author must monitor the market to avoid choosing the innovation partnership wrongfully. That market review also reduces the tenderer’s risks in developing an innovative solution, for a thorough market survey which confirms the novelty of the item makes it less likely that the contracting authority will terminate the contract prematurely.

1.2.1. Development and Purchase of Innovations

In choosing an innovation partnership among the available procurement methods, the contracting authority must aim at both developing and purchasing the innovative product. This requirement reflects the purpose of the innovation partnership: innovation partnership is intended to encourage tenderers to create innovations by holding out the prospect that the contracting authorities will purchase the product resulting from the innovation.

In purchasing the product, the contracting authority must define the arrangements on intellectual property rights in the procurement documents according to the

competition regulations²⁵ (see Art. 31(6)(3)(1) PPD). Nevertheless, the innovation partnership does not necessarily have to aim at purchasing an exclusive right of use for the innovation. Such an exclusive obligation could run counter to the purpose of innovation partnership to provide incentives for tenderers (because further economic uses of the innovation will become very limited).²⁶

Against this background, the material scope of the innovation partnership can be put in context through Art. 14(2) of PPD and § 116(1) No. 2 of GWB. In principle, the PPD and the GWB rules cover only certain research and development (“R&D”) services, on the condition that the contracting authority (1) holds the exclusive property rights of the outcomes, and (2) solely finances all the services therein. In contrast, as we have seen, the innovation partnership does not necessarily have to result in purchasing the exclusive rights. It is therefore reasonable to assume that Art. 14(2) of PPD and § 116(1) No. 2 of GWB do not restrict the application of the rules on innovation partnership. As a result, all activities that contribute to developing the innovative solutions that are not available on the market fall within the material scope of the innovation partnership – even if they are not awarded, *per se*, by tender pursuant to Art. 14(2) of PPD and § 116(1) No. 2 of GWB.²⁷

2. DISTINGUISHING INNOVATION PARTNERSHIPS FROM OTHER

²⁵ Cf. the R&D Framework, 12, section 33(b); GOMES, P.P.L.R. 23, 2014, 211 (217-218).

²⁶ GOMES, P.P.L.R., *o.p. cit.*, 15.

²⁷ See for the opposite view BADENHAUSEN-FÄHNLE, *o.p.cit.*, 14.

PROCEDURES WHICH ALSO PROMOTE INNOVATION.

The requirements as described in the preceding section clearly separate the material scope of the innovation partnership from those of other procedures that also promote innovation.²⁸ In contrast to the negotiated procedures and the competitive dialogue, under an innovation partnership the solutions sought cannot be already available on the market.²⁹ Consequently, innovation partnership's scope of application is considerably limited because of the specific focus on innovations.

The unique feature of the innovation partnership is the specific and formalized regulation of “development-plus-purchase agreements”, that is, it merges development and purchase in one single procurement procedure. In fact, it is a valuable enrichment to the available procurement procedures prior to 2016. The provisions on innovation partnerships include several concrete precautions to ensure the principles of equal treatment and transparency (e.g., Art. 31(2) of PPD requires a preliminary agreement on intermediate targets, remuneration instalments on performance levels, and a maximum cost for the innovative product).³⁰

2.1. Key Elements of the Award Procedure

²⁸ Please refer to Part A of this article for these procedures above in A.

²⁹ Cf., BADENHAUSEN-FÄHNLE, *op. cit.*, 14.

³⁰ ARROWSMITH, *o.p. cit.*, 13, para. 9-128.

The innovation partnership award procedure has three phases:³¹ (1) submission of requests to participate, (2) negotiation, and (3) execution of the innovation partnership. As recital 49 of the PPD states, the innovation partnership is based on the rules of the competitive procedure with negotiation. Thus, the rules for the competitive procedure with negotiation apply to the innovation partnership in the same way, if and insofar as there are no specific rules on innovation partnership and the application of rules on competitive procedure with negotiation does not run counter to the rationale of the innovation partnership.³² In German procurement law, the procedural details of the innovation partnership are not provided in the GWB; instead, they are set out in the “Vergabeverordnung” (“VgV”) and other subordinate regulations.

2.1.1 Submission of Requests to Participate

The award procedure starts with the publication of a contract notice, including a call for submission of requests to participate (§ 19(2)(1) VgV). The contracting authority may, however, describe the need for an innovative product by (functional) technical specifications (§ 19(1)(3) VgV) either in the publication notice (e.g. a more practical option) or in the procurement documents. The authority indicates which elements of this description define the minimum requirements to be met by all tenders (§ 19(1)(4) VgV). It also defines the selection criteria concerning, in particular, the candidates’ capacity in the field of research and development, and in developing and implementing innovative solutions (§ 19(1)(4)

³¹ Cf. also BADENHAUSEN-FÄHNLE, *op.cit.*, 14.

³² Cf. FEHLING, NZBau 2012, 673, 676.

VgV). According to § 127(5) GWB (and § 52(2)(1) No. 5 VgV), the procurement documents must include the award criteria as well as their relative weighting (or the descending order of importance for such criteria). The minimum time limit for receipt of requests to participate is 30 days from the date on which the contract notice is sent (§ 19(3) VgV).

Based on the submitted information, the contracting authority selects those enterprises that will further participate in the procedure. In this context, § 42(2)(1) VgV explicitly prescribes that only those competitors that have established proof of meeting the selection criteria (i.e. according to § 122(2) GWB the suitability to pursue the professional activity [No. 1], the economic and financial standing [No. 2], technical and professional ability [No. 3]) and have not been excluded) may be selected. In particular, the candidates' experience in developing and implementing innovative solutions³³ as well as – depending on the complexity of the demanded solution – their economic and financial resources are of particular relevance for the innovation partnership. The contracting authority has a discretion in selecting the candidates for the negotiation phase with utmost consideration to the principles of equal treatment and transparency. Furthermore, it can decide to limit the number of tenderers to three from the outset (§ 19(1)(4) VgV and § 51 VgV).

3. NEGOTIATION

The negotiating phase commences upon the invitation to the selected participants to submit tenders in the form of research and innovation projects (§ 19(1)(4) VgV). The initial and all

³³ FEHLING, NZBau, *o.p. cit.*, 22.

subsequent tenders are subject to negotiations that allow some flexibility with regard to organizing them; however, the final tenders must not be negotiated (§ 119(7)(2) GWB and § 19(5)(1) VgV). This negotiation phase aims at improving research and innovation projects in terms of content and adapting them to the contracting authority's needs. Therefore, the entire content of the procurement, except for the minimum requirements and award criteria, are subject to negotiations (§ 19(5)(2) VgV). The contracting authority is permitted to carry out the negotiations in successive stages in order to reduce the number of tenders to be negotiated by applying the previously specified award criteria (§ 119(7)(2) GWB and § 19(5)(3) VgV). However, the contracting authority should carefully preserve the confidentiality of the information they obtain during the negotiations, while ensuring equal treatment to all competitors (§ 19(6) VgV).

The negotiation phase ends by awarding an innovation partnership to one or more tenders (§ 19(7)(1) VgV). The sole criterion is the best price-quality ratio, taking into account the innovation as an important factor.³⁴ Therefore, the awarding of an innovation partnership that is based on the lowest price or the lowest cost is – in contrast to other procurement procedures – inadmissible (§ 19(7)(2) VgV). The contracting authority can enter into an innovation partnership with only one or with several partners (§ 19(7)(3) VgV).

4. PERFORMANCE OF THE INNOVATION PARTNERSHIP

³⁴ Cf. FEHLING, *o.p.cit.*, 22.

According to the general purpose of the innovation partnership procedure, the executive phase can be sub-divided into (1) an R&D-phase, which includes the development of the innovative solution, and (2) a purchase phase, when the innovative product is purchased (§ 19(8)(1) VgV). The R&D-phase must be structured by intermediate targets, which have been agreed individually, and are adapted to the innovation degree of the proposed solution. Furthermore, there must be an agreement on an appropriate partial remuneration for achieving these targets (§ 19(8)(2-3) VgV).

In principle, there are three possibilities to terminate an innovation partnership:

The innovative solution is purchased after completing both phases of the innovation partnership.

Only the R&D phase has been completed and the solution is not purchased because the performance levels or the maximum costs have not been met (§ 19(10) VgV, § 18 (10) SektVO, § 3b (5) No. 9 VOB/A EU). If the contracting authority still aims at purchasing the innovative product despite non-compliance with the agreements, there must be a separate contract award after another tendering.³⁵

The R&D phase is not completed, and the innovation partnership is terminated early (also in case it affects only a single innovation partner) at the end of a development stage. For this eventuality, the contracting authority must point out in the contract notice or in the

³⁵ ARROWSMITH, *o.p. cit.*, 13, para. 9-142.

procurement documents, whether and under which conditions it is going to exercise its right of termination (§ 19(9) VgV).

5. OUTLOOK: MADE FOR “BIG INNOVATION”

It will be exciting to see whether and how the new instrument of innovation partnership will be used in practice. Due to its very specific scope of application (see above in B. I. and II.) and complex procedural structure (see above in C.), and in view of the (typically) high technical and legal demands for establishing a partnership, the innovation partnership procedure will probably be reserved for large, centralized and experienced contracting authorities, dealing with challenging procurement issues. It is therefore even more important to emphasize that the innovation partnership is – by far – not the only instrument of public procurement law that can be used as a tool of fostering (smaller) innovation (see above in A.). The innovation partnership is clearly made for “big innovation”.

AN OVERVIEW OF INNOVATIVE PROCUREMENT

Silvia PONZIO ¹

INDEX

- 1. INTRODUCTION**
- 2. THE ROLE OF PUBLIC PROCUREMENT AS A DRIVER OF INNOVATION**
- 3. DEMAND-DRIVEN APPROACHES TO PUBLIC PROCUREMENT IN THE EU POLICY FRAMEWORK**
- 4. THE CHALLENGES OF PUBLIC PROCUREMENT OF INNOVATION**

1. INTRODUCTION

Recent documents on public procurement by the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) and the European Union confirm the growing consensus on the role of public procurement in addressing social challenges, improving

¹ Associate Professor of Administrative Law, University of Turin.

productivity, creating job opportunities and ensuring value for money.² Public procurers are becoming more concerned not only with “how to buy” – promoting aggregation in public procurement– but also with “what to buy.”³ They have started to spend taxpayers’ money beyond the mere satisfaction of their primary needs.⁴ As a result, innovation becomes fundamental in ensuring that the procured solutions provide an added value in terms of quality, cost-efficiency, and environmental and social impact.⁵ According to the Oslo Manual (OECD, 2005) innovation is defined as “*the implementation of a new or significantly improved product or process; a new marketing method; a new organizational method in business practices, in workplace organization and/or external relations. As such, innovation can occur in any sector of the economy, including government services*”.⁶ To be innovative, any work, product, service or process must either have a significant added value (in terms of increased social wellbeing or value for money); to be present on the market for less than two years and in small commercial volumes; or have used old technologies in new

² OECD, *Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies*, in *OECD Public Governance Reviews*, OECD Publishing, Paris, 2017, available at: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/public-procurement-for-innovation_9789264265820-en#, 1.

³ P. VALCARCEL FERNANDEZ, *The relevance of promoting collaborative and joint cross border public procurement for buying innovative solutions*, in *Ius Publicum Network Review*, 1/2017, 1 ff.; S. PONZIO, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, in *Ius Publicum Network Review*, 1/2014, 1 ff. G. M. RACCA– S. PONZIO, *Nuovi modelli organizzativi per il joint procurement e l’innovazione dei contratti pubblici in Europa*, in R. F. ACEVEDO – P. VALCARCEL FERNANDEZ (eds. by) *Compra Pública Agregada*, 2016, 373-406.

⁴ EU Commission, *Guidance on Innovation Procurement*, Brussels, 15.5.2018.

⁵ *Ibidem*.

⁶ OECD, *Oslo Manual*, 2005, available at <https://www.oecd.org/sti/inno/2367580.pdf>. See also infra par. 3: Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, Art. 2 (22).

or novel ways.⁷ This article focuses on innovation procurement in the European Union and on the role of public procurers in providing new solutions through a *demand-side* approach using pre-commercial procurement (PCP) and public procurement of innovative solutions (PPI). The first part of the article looks at public expenditure in the EU and the role of innovation in public procurement in ensuring more effective public services to citizens and in achieving economies of scale and other important policy goals. Thereafter, this article analyses the increasing importance of a *demand-driven* approach to public procurement according to the EU policies. As a matter of fact, public authorities had to bear a double effort: to sustain and incentivize the innovative process as well as to help innovation to have access to the market. In this context, a synthesis on the main distinctions between buying standard products and/or services and purchasing innovation (both in terms of product or process) through either PCP or PPI will be provided. A thorough analysis of the policy and legal framework on innovation procurement in the EU concentrates on the most significant provisions under the 2014 EU public procurement directives on innovation procurement.⁸

2. THE ROLE OF PUBLIC PROCUREMENT AS A DRIVER OF INNOVATION

The overall expenditures by local and national governmental authorities for works, goods, and services represent 13.1% of European GDP, amounting at EUR 3 billion in

⁷ OECD, *The Innovation Imperative*, 2015, available at: <https://www.oecd.org/publications/the-innovation-imperative-9789264239814-en.htm>.

⁸ In particular, the countries that participated in PPI2Innovate (*Capacity Building to Boost the usage of PPI in Central Europe*) project, a project funded by INTERREG covering six Member States from Central Europe, and namely Croatia, the Czech Republic, Hungary, Italy, Poland and Slovenia. For more information on the project, it is possible to look at the website: <https://www.interreg-central.eu/Content.Node/PPI2Innovate.html>.

2015.⁹ The massive buying power in public procurement has significant impact on economic growth, jobs creation, competitiveness and the overall social well-being. In order to make this impact more effective, public authorities should cease to see procurement as a mere administrative and financial task. They must start to look at it as a strategic tool for purchasing not only the standard and off-the-shelf products, but rather what is more important, innovative goods and services with a view to promoting broader policy objectives.

Innovation is a key factor in addressing contemporary societal challenges.¹⁰ It establishes clear linkages between purchases by the public sector and significant policy objectives such as reducing the environmental footprint, increasing energy efficiency, addressing climate change, promoting sustainable healthcare for the ageing population, facilitating the access of start-ups and SMEs to the market, reducing life-cycle costs, modernizing public service delivery, etc.¹¹ Nonetheless, innovation procurement is still a niche practice in Europe. Organisational issues and the lack of practical and theoretical expertise by procurers result in a certain degree of risk-aversion and resistance to change,¹²

⁹ EU Commission, *Public Procurement Indicators 2015*, available at: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/20679/attachments/1/translations/en/renditions/native>.

¹⁰ Directive No. 2014/24/EU, *op. cit.*, wh. 47: Research and innovation, including eco-innovation and social innovation, are among the main drivers of future growth and have been put at the centre of the Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth. Public authorities should make the best strategic use of public procurement to spur innovation. Buying innovative products, works and services plays a key role in improving the efficiency and quality of public services while addressing major societal challenges. It contributes to achieving best value for public money as well as wider economic, environmental and societal benefits in terms of generating new ideas, translating them into innovative products and services and thus promoting sustainable economic growth. Cfr. M. CERUTI, *Sustainable Development and Smart Technological Innovation within PPPs: The Strategic Use of Public Procurement*, in *EPPPL*, 12, 2017, 183. I. ZAPATRINA, *Sustainable Development Goals for Developing Economies and Public-Private Partnership*, in *EPPPL*, 11, 2016, 39.

¹¹ EU Commission, *Guidance on Innovation Procurement*, 2018, 15.5.2018.

¹² *Ibidem*.

as well as poor management of the citizens' money,¹³ and are some of the reasons why mainstreaming innovative procurement across the Europe remains a challenge.

For this reason, the European Union (EU) and its Member States are creating an innovation-friendly environment for public procurement by establishing a set of policies on innovation, including legal and financial measures. They are implementing new measures to address the societal challenges and needs through innovative solutions that already exist in the market in small-scale volumes (Public Procurement of Innovative Solutions, PPI) or the development of state-of-the-art products during the R&D phase (Pre-commercial procurement, PCP). During the last ten years the EU policy framework has substantially supported the demand-side approach in upscaling innovative procurement across Europe.

PPC and PPI encourages public purchaser in “driving” innovative economic operators. In this context, public administrations require to the market the development specific products and services, following a careful internal analysis for the identification of a specific need. In this sense, procurement of innovation includes a set of demand-side policies (differently from those policies aimed at promoting the offer of innovation) that promote innovation in an instrumental way pursuing the optimization of public services on the basis of a preliminary need analysis. Such a new perspective requires a careful analysis of the entire public procurement cycle, from the definition of the needs until the execution phase. Demand-side approaches, in particular through efficient strategies in public procurement¹⁴, have an added value since it is the same contracting authority that identifies

¹³ OECD, *Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies*, in *OECD Public Governance Reviews*, 2017, *supra* n.1.

¹⁴ COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, *Making Public Procurement work in and for Europe*, Strasbourg, 3.10.2017, COM(2017) 572 final. S. Bedin, *Intervention in the Master in Strategie per l'efficienza, l'integrità e l'innovazione nei contratti pubblici*, Turin, 2018. R. CAVALLO PERIN - G. M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e nei servizi pubblici*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2016, 1464R. CAVALLO PERIN and G. M. RACCA,

its own actual and effective innovation needs, favouring investments of the economics operators in order to address the challenges identified by public authorities.

An effective innovation procurement that does not limit its impact to a mere support to the undertakings shall begin with a perspective analysis – within the contracting authorities – on their needs, in the light of strategic objectives for the improvement of its performances for the benefit of citizens and final users of services. In assessing its needs, internal processes and services, the public purchasers shall not be influenced by proposals or suggestions coming from the undertakings, that have to be involved – in the phase known as “dialogue with the market” or “market consultation” – in order not to incur in the violation of EU rules and principles on competition¹⁵.

Furthermore, a procurement that is conducted by a single contracting authority implies higher costs and a scarcer attention by economic operators: aggregation, also with a central role entrusted to a single administration, reduces the risks of deserted or poor-quality tenders. It is nevertheless necessary to favour a greater participation by SMEs through the overcoming of barriers, such as high qualification and selection requirements or the need to show a track record, an aspect that is often difficult for innovation procurement.

Plurality and Diversity of Integration Models: The Italian Unification of 1865 and the European Union Ongoing Integration Process, in in D. SORACE and L. FERRARA (eds.), *The Changing Administrative Law*, Giappichelli, Springer, forthcoming.

¹⁵ G. M. RACCA - S. PONZIO, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in L. Scomparin (a cura di) *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto*, Torino, 2017, 109-144, in part. par. 3.

3. DEMAND-DRIVEN APPROACHES TO PUBLIC PROCUREMENT IN THE EU POLICY FRAMEWORK

The European Commission acknowledged the many challenges in using a supply-side approach to innovation (i.e., the earlier approach of subsidising the private sector), and from 2007 onwards decided to promote innovation from the demand side despite the difficulties in doing so. The funding of undertakings and enterprises for the development and commercialization of innovative products and services has led to the infringement of EU rules on state aid.¹⁶ Indeed, there were reported cases where the financial support by public authorities had distorted competition in specific relevant markets. To address this issue, public procurers have to implement demand-side policies by developing an in-depth needs identification process within their respective organizations. Moreover, the 2014 Framework on State Aid for research and development and innovation provided the requirements for this type of aid, which states in part, "*the Commission will consider that no State aid is awarded to undertakings where the price paid for the relevant services fully*

¹⁶ Art. 107 of the Treaty on the Functioning of the European Union: 1. Save as otherwise provided in the Treaties, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favoring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the internal market. 2. The following shall be compatible with the internal market: (a) aid having a social character, granted to individual consumers, provided that such aid is granted without discrimination related to the origin of the products concerned; (b) aid to make good the damage caused by natural disasters or exceptional occurrences; (c) aid granted to the economy of certain areas of the Federal Republic of Germany affected by the division of Germany, in so far as such aid is required in order to compensate for the economic disadvantages caused by that division. Five years after the entry into force of the Treaty of Lisbon, the Council, acting on a proposal from the Commission, may adopt a decision repealing this point. 3. The following may be considered to be compatible with the internal market: (a) aid to promote the economic development of areas where the standard of living is abnormally low or where there is serious underemployment, and of the regions referred to in Article 349, in view of their structural, economic and social situation; (b) aid to promote the execution of an important project of common European interest or to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State; (c) aid to facilitate the development of certain economic activities or of certain economic areas, where such aid does not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest; (d) aid to promote culture and heritage conservation where such aid does not affect trading conditions and competition in the Union to an extent that is contrary to the common interest; (e) such other categories of aid as may be specified by decision of the Council on a proposal from the Commission. D. C. DRAGOS – B. RACOLȚA, *Comparing Legal Instruments for R&D&I: State Aid and Public Procurement*, in *EPPL*, 12, 2017, 408.

reflects the market value of the benefits received by the public purchaser and the risks taken by the participating providers."¹⁷

The EU Commission Communication 799 (2007) on PCP set down at least two conditions that have to be met in order to identify state aid when paying for innovation. First, the risk-benefit sharing between the public authority and the economic operator shall not take place under market conditions, and, second, the price paid for the provided services shall be higher than the market price.¹⁸ Accordingly, these payments must be “*assessed by the Commission according to Articles 107-108 TFEU and the State Aid Framework for Research and Development and Innovation.*”¹⁹

Contracting authorities can drive innovation from the demand side through a strategic and timely planning of the procurement process on the basis of their needs, promoting innovation in a functional way, which can ensure a high quality of public services for the citizens. They must also consider both the short and long-term benefits of the proposed innovation by facilitating cooperation among different actors that will create economic and social wealth while encouraging industry to invest in new skills, equipment and R&D activities.²⁰ More specifically, governmental authorities must ensure the efficient alignment between their long-term visions and short-term actions in accordance with the twelve principles in the OECD Recommendations on Public Procurement (i.e.,

¹⁷ EU Commission, *Communication of the Commission on State Aid Framework for Research and Development and Innovation*, C(2014)3282, 21.5.2014, available at: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0627\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0627(01)&from=EN).

¹⁸ EU Commission, *Pre-commercial Procurement: Driving innovation to ensure sustainable high-quality public services in Europe*, available at: http://ec.europa.eu/invest-in-research/pdf/download_en/com_2007_799.pdf.

¹⁹ *Ibidem*. See: D. C. DRAGOS – B. RACOLȚA, *Comparing Legal Instruments for R&D&I: State Aid and Public Procurement*, in *EPPPL*, 12, 2017, 408. S. BEDIN, *HT.618 Consultation on the draft R&D&I-Framework*, 2014.

²⁰ OECD, *Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies*, in *OECD Public Governance Reviews*, 2017, *supra* n.1.

transparency, integrity, access, balance, participation, efficiency, e-procurement, capacity, evaluation, risk-management, accountability, and integration).²¹ Interestingly, some of these recommendations play an even greater role in innovation procurement.

Nevertheless, a balanced approach in their implementation is required insofar as policy objectives and specific procurement needs are to meet in a coherent way in order to achieve best value procurement. From this perspective, the EU Commission supports products and services capable of responding to actual demand of the public sector, favouring the “creation of the market” to satisfy the specific needs of public administrations.

Contracting authorities are likewise encouraged to guarantee, while ensuring competition and transparency, broader access for SMEs – even at the cross-border and transnational levels – which are usually characterized by their greater innovation potential. In this vein contracting authorities are encouraged to strategic procurement²² and to “divide large contracts into lots”, possibly accompanied by a maximum number of lots that can be awarded to each bidder. Lots strategies included in framework agreements can be developed on a quantitative basis or on a qualitative basis, evaluating also targets of innovation.²³

²¹ OECD, *OECD Recommendation of the Council on Public Procurement*, OECD Publishing, Paris, 2015.

²² COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, *Making Public Procurement work in and for Europe*, Strasbourg, 3.10.2017, COM(2017) 572 final.

²³ G. M. RACCA – S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: in modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2019, forthcoming; C. NICHOLAS – A. CAROLINE MÜLLER, *SME Participation in Government Procurement Markets. Legal and Policy Considerations under the WTO Agreement on Government Procurement and the UNCITRAL Model Law on Public Procurement*, in T. RENSMANN (eds. by), *Small and Medium-Sized Enterprises in International Economic Law*, Oxford University Press, 2017, 123 – 161; cfr. B. RAGANELLI, *PMI, Procurement e favor participationis*, in *Rivista italiana di Diritto Pubbl. Com.*, f. 3-4, 2007, 839 ss

To develop an accurate needs identification and assessment process, contracting authorities must also ensure that all stakeholders and end-users participate in the procurement cycle in accordance with the bottom-up approach, so that undertakings are encouraged to invest in R&D activities. This strategy could usefully be combined with a top-down approach (structured in thematic threads that have been pre-defined by the Commission), which is enhanced by the Europe2020 strategy, and may actually be used in a complementary way (possibly, in the future, through open calls making the process of needs analysis even more free and authentic). As a matter of fact, dialogue and understanding with qualified stakeholders (such as citizens, final users, providers of the service, etc.) are irreplaceable tools to identify an actual need.

Moreover, contracting authorities must address the perennial need to professionalize the procurement practice by providing quantitative and qualitative criteria for selecting procurement professionals. Professionalization in public procurement breaks the vicious cycle of lack of capacity which results too often in pronounced risk-aversion.²⁴

To validly assess the impact of innovate procurement, it is fundamental to develop indicators and benchmarks for a comprehensive evaluation, such as the use of risk-management techniques at every step within the procurement cycle. Digitalization of procurement procedures also helps in increasing access, competition, and innovation in public procurement.²⁵ When successfully carried out, innovation procurement ensures the

²⁴ See R. CAVALLO PERIN – G. M. RACCA, *European Cross-border Procurement and Innovation*, in G. M. Racca, C. R. Yukins, *Joint Public Procurement and Innovation. Lesson Across Border*, forthcoming. See also: PETER T. MCKEEN, *The importance of a professionally educated public procurement workforce: lessons learned from the U.S. experience*, in G. M. Racca, C. R. Yukins (eds by) *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, 2014.

²⁵ See M. PIGNATTI, *Electronic tools to foster buying innovation*, in G. M. Racca, C. R. Yukins, *Joint Public Procurement and Innovation. Lesson Across Border*, forthcoming; S. PONZIO, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, *op. cit.*, 10.

optimum combination of higher quality, faster delivery and/or reduced life-cycle costs while opening more opportunities for innovative suppliers in public procurement market that will eventually foster their economic and industrial growth.²⁶

As already said, the European Union promotes a *demand-driven* innovation in public procurement through both PCP and PPI. If innovation constitutes the strategic objective of the public procurers, PCP and PPI represent two possible approaches in the procurement process. PCP and PPI may be used independently (i.e., PCP and PPI are two distinct approaches to innovative procurement), or when the public authority decides to buy the outcomes of an R&D activity (such as in cases when a PPI follows a previous PCP) they might be applied in a complementary way.

PCP is designed to steer the development of innovative solutions to a particular public sector need²⁷. In practice, PCP is not used for the procurement of already existing products or services. Instead, PCP explores the possible design for alternative solutions through either prototyping or developing a limited volume of products that are identified as one of the best possible outcomes. Finally, PCP should serve to experiment and encourage new entrepreneurial activities, also through the aggregation of different players on the relevant market. The R&D activities carried out in the framework of a PCP also need a correct economic dimension, so to avoid the phenomenon of unsuccessful or deserted tenders.

The PCP approach doesn't imply an obligation to results; it is rather related to an obligation of means aiming to develop a diligent performance of an R&D activity, thus allowing the contracting authority to compare different solutions on the basis of predefined indicators and objectives that must be adequately described to safeguard competition in

²⁶ EU Commission, *Guidance on Innovation Procurement*, 2018, *supra* n. 2.

²⁷ Directive 2014/24/EU, Art. 47.

each phase of the tender.²⁸ This approach is characterised by risk-benefit sharing according to market conditions, competitive development in phases, separation between R&D, and final commercialisation of end-products. PCP that operates completely outside the market is mainly concerned with the previous R&D phase.

In the case of successful R&D activities, the contracting authorities may confirm (or not) the idea of investing in a commercial phase by means of another open tender that re-opens the competition to those undertakings that did not take part to the PCP process, but that could have developed more effective solutions and a more efficient allocation of taxpayers' money.

In this context, central purchasing bodies (CPBs) might play a key role in promoting the development of contracting authorities' networks and providing their expertise as well for complex operations such as the monitoring of R&D procurements.

PPI, on the other hand, is an innovative approach in public procurement where contracting authorities act as launch customers (also called early adopters or first buyers) of innovative goods, works or services, which are near to the market or already available on a small-scale commercial basis. In a PPI project, procurers announce in advance their intention to buy a significant volume of innovative solutions in order to prompt industry to bring to the market their proposed solutions with desired quality/price ratios within a specific period. PPI also provides economic operators the opportunity to test their new solutions under real-life conditions.²⁹ Unlike PPI, PCP does not fall within the scope of EU public procurement law, but respects the general principles of transparency, equal access and fair competition.

²⁸ See: EU Commission, *Pre-commercial Procurement: Driving innovation to ensure sustainable high-quality public services in Europe*, Brussels, *op. cit.*

²⁹ *Ibidem*; See also: F. CLERMONT – F. FIONDA, *A Modern Approach for Procuring Research and Innovation: The Pre-Commercial Public Procurement*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, in *EPPL*, 11, 2016, 88. S. BEDIN, *HT.618 Consultation on the draft R&D&I-Framework*, 2014.

R&D and innovation procurement procedures are, therefore, different and divided. An exception is represented by the Innovation Partnership.³⁰ This procedure combines the R&D activity with the commitment, since the beginning, to purchase the best solution emerging from the development activities³¹.

The most suitable financial opportunities for innovation procurement are the European Structural and Investment Funds (ESIF) and the Horizon 2020 programme. In particular, Horizon 2020 finances both PCP and PPI projects that are cross-border in nature. It is an action implementing the Innovation Union, which is one of Europe 2020 flagship initiatives for securing European global competitiveness by boosting excellence in science, strengthening industrial leadership and addressing societal challenges. Its intention is to ensure the proper coordination and support actions (both in the preparation and execution phase) among EU State Members by bringing together procurers from different countries in identifying the grounds for possible collaboration (up to 90% for PCP and 35% for PPI).

4. THE CHALLENGES OF PUBLIC PROCUREMENT OF INNOVATION.

PPI is fully regulated by the provisions of the EU Public Procurement Directives.

³⁰ Implemented in Italy by means of Art. 65 of legislative decree 50/2016, known as the new public contracts code.

³¹ See below. C. Krönke, *Innovation partnerships: purpose, scope of application and key elements of a new instrument of strategic procurement*, in *Ius Publicum Network Review*, 2/2018, 1 ff. For an overview in US see: C. Santerre – Funderburg; C. R. Yukins, *The U.S. Small Business Innovation Research (SBIR) Program: A comparative Assessment*, in G. M. Racca, C. R. Yukins, *Joint Public Procurement and Innovation. Lesson Across Border*, forthcoming.

European institutions support innovation procurement through dedicated funding schemes and established an innovation-friendly legal framework.³²

Nonetheless, the most important step for the creation of an EU innovation-friendly legal environment is the adoption of the last public procurement directive (2014/24/EU). That Directive has modernized public procurement by adjusting the legal framework to the needs of public buyers and economic operators on the basis of the most recent technological developments, economic trends, and as a consequence of the increasing societal focus on sustainable public spending.³³ New rules for fostering the aggregation of public procurement of goods, services and work as well as the innovation in public procurement, including through IT tools, have been provided.

Article 2, par. 22 of the 2014/24/EU Directive defines innovation as *“the implementation of a new or significantly improved product, service or process, including but not limited to production, building or construction processes, a new marketing method, or a new organisational method in business practices, workplace organisation or external relations inter alia with the purpose of helping to solve societal challenges or to support the Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth.”*³⁴ Because of its fundamental role in enhancing innovation, PPI is strongly supported at the European level. Nevertheless, this implies the development of a new professionalism in public procurement and a new openness to different forms of cooperation among contracting authorities (in

³² EU Commission - DG Growth, *Study on strategic use of public procurement*, 2016.

³³ EU Commission, *Guidance on Innovation Procurement*, 2018, *supra* n.2.

³⁴ An important project that highlights the challenges on the transposition of the EU Directive to the national procurement policies and legal framework is the PPI2Innovate project. Within this project a “Trans-regional Study on Institutional Frameworks” has been realised covering the implementation of the EU Directive 2014/24 in six participating countries: Croatia, Czech Republic, Hungary, Italy, Poland and Slovenia. This Study is available at <https://www.interreg-central.eu/Content.Node/PPI2Innovate/Transregional-study-on-institutional-frameworks-EN.pdf>.

particular CPBs) from different member States.³⁵ The new strategies of cooperation in public procurement may allow the contracting authorities "to derive maximum benefit from the potential of the internal market in terms of economies of scale and risk-benefit sharing,"³⁶ while encouraging the participation of SMEs and new innovative companies in public tenders.³⁷

National policies and institutional frameworks that foster innovation are different with regard to the distribution of competences at various institutional levels (i.e. national, regional, and local).³⁸

The Directive³⁹ gives a more detailed structure for preliminary market consultation (PMC), describing it as a fundamental preparatory phase to enable procurers to cross-check their needs with actual offers on the market. Through PMC, contracting authorities will be able to identify the appropriate procurement approach, the desired minimum requirements for the innovative solutions, and the feasibility of the main assumptions derived from the business case, the subject of the PMC. A PMC has feedback mechanisms that enable contracting authorities to raise the interest of the market to respond in an upcoming call for tenders and to increase the likelihood for economic players to respond the said call for

³⁵ R. CAVALLO PERIN – G. M. RACCA, *European Cross-border Procurement and Innovation*. Cit. S. PONZIO, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, *op. cit.*, 10.

³⁶ Directive 2014/24/EU, Wh. 73.

³⁷ The first results of EU-funded PCP projects demonstrate that half of the solutions developed in this context were deployed within a year, thus opening a route to the market for start-ups and innovative SMEs (71% of contracts are awarded to SMEs/start-ups); stimulating cross-border expansion (34,6% of contracts are awarded on a cross-border basis); and strengthening the European competitiveness (97,5% of contractors perform 100% of their research and development in Europe). In Italy the Legislative Decree 50/2016 on public contracts encourages networks of central purchasing bodies (CPBs) in order to promote, among others, the participation of SMEs.

³⁹ See art. 40 Directive 24/2014/EU.

tenders. Contracting authorities are required to ensure transparency and non-discrimination even during the conduct of a PMC.

Innovation procurement using PMC allows public procurers to engage with the market at an early stage, more particularly, in cases where they have already identified their needs and have completed the corresponding cost-benefit analysis. PMC gives them an opportunity to gather relevant information about the project and evaluate the ability of economic operators to develop innovative solutions within a given time.⁴⁰ It also allows contracting authorities to effectively communicate their needs to suppliers as they prepare the tender and inform economic operators of their procurement plans and requirements. In doing so, contracting authorities can either adopt a top-down approach by asking economic operators to present their solutions, or a bottom-up consultation with end-users through an interview on their most significant unmet needs and their suggestions on possible ways to address their needs.

The specific provision on PMC in the 2014/24/EU Directive has institutionalized the “technical dialogue” under recital 8 of Directive 2004/18/EC by enhancing the legal security in consulting the market before drafting the technical specifications. The new directive recognizes the possibility of potential tenderers having a precise and understandable description of the goods or services to be supplied, and, participating in a preliminary market consultant will give them an opportunity to decide on whether the call for tender is of interest to them.

In Italy, for example, contracting authorities use a PMC before launching a procurement procedure to inform economic operators of their relevant plans and

⁴⁰ OECD (2017), *Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies*, OECD Public Governance Reviews, *supra* n.1. Cfr. O. PANTILIMON VODA – C. JOBSE, *Rules and Boundaries Surrounding Market Consultations in Innovation Procurement: Understanding and Addressing the Legal Risks*, in *EPPPL*, 11, 2016, 179.

requirements and to define the functional specifications of the products/services to be procured.⁴¹

The Directive recognizes the need to support new innovative companies that have disruptive and totally new solutions to the unmet needs but are facing difficulties such as limited distribution channels for market expansions. The Directive similarly clarifies the rules for a more effective market consultations in the preparation of the tender and in the conduct of procurement procedure by allowing for the use of various forms of market consultation such as physical and online meetings or questionnaires, presentations and testing of samples allowing end-users to verify the suitability of the proposed solutions in real-life conditions, and conventional methods such as competitions, hackathons, idea markets or category innovation roadmaps.⁴² In addition, the Directive promotes a greater consideration for environmental, social and innovation-related award criteria with emphasis on the total life-cycle cost of a certain solution, and strengthens the support for a larger market pull, and spreads the individual procurement risk in early innovative projects through R&D more neatly defined rules on joint and cross-border procurement.⁴³

⁴¹ Trans-Regional Study on Institutional Frameworks, *op. cit.*, 18.

⁴² European Commission (2018), *Guidance on Innovation Procurement*, *supra* n.2.

⁴³ In particular, Directive 2014/24/EU (art. 39) provides different means to permit contracting authorities from different Member States to act jointly in the award of public contracts through the possibility for contracting authorities of one member States to use centralised purchasing activities offered by CPBs located in another Member State (and to offer, providing this possibility in the tender documents, its activities to contracting authorities from other Member States: see below, art. 39 § 2: “*Member States shall not forbid*” this possibility); the possibility for contracting authorities from different Member States to jointly award a public contract, conclude a framework agreement or operate a dynamic purchasing system (see art. 39 § 3 Directive 24/2014/EU); the possibility to set up a joint entity, including European Groupings of Territorial Cooperation (EGTC) (see art. 39 § 5 Directive 24/2014/EU).

Furthermore, the Directive fosters innovation-friendly procurement procedures by introducing innovation partnership, which enables contracting authorities to have an innovative solution tailored to their requirements through R&D funding similar to the procurement of the innovative solution⁴⁴. This procedure, in contrast to PCP, constitutes an actual procurement procedure leaving contracting authorities greater flexibility in the design of the process (phased or not; with multiple awards or a single award; with the subdivision of risks and benefits or not), while the obligation to respect the principle of competition remains. The combination of PCP and PPI puts together R&D activities and the purchase of innovative solutions in a unique, phased procedure. Nevertheless, such advantage is counterbalanced by the risk that the final product or service might not be in line with the qualitative standards and needs of public administration which may change over time.

The Public Procurement Directive also clarifies the rules on the conduct of competitive procedures with negotiation, which may be used to improve and adapt tenders in a way to obtain the best possible outcomes. Furthermore, it simplifies the rules on the conduct of competitive dialogue, which is useful for the procurement of technically and financially complex projects. It is worth noting that the Directive gives preference to these procurement procedures over the “standard” open and restricted procedures because they allow for greater interaction and dialogue with the market.

The other approach by which contracting authorities promote innovation in procurement is by including in the technical specifications (Art. 42, EU Directive 24/2014) of the procurement documents for works, services and supplies their requirements for buying innovation. The “technical” specifications become “functional” specifications and may include functional and performance requirements designed to achieve the objectives in

⁴⁴ See on this issue the chap. 12 in this book: C. KRÖNKE, *Innovation Partnerships: Purpose, Scope of Application and Key Elements of a New Instrument of Strategic Procurement*. See also: A. CASTELLI, *Smart Cities and Innovation Partnership A New Way of Pursuing Economic Wealth and Social Welfare*, in *EPPPL*, 13, 2018, 207.

the best possible way. Functional and performance-related requirements are appropriate means to favour innovation in public procurement.

In one experience of joint procurement funded by a EU Project of innovative solutions⁴⁵ for example, partners included in the tender documents “functional” specifications. For the procurement of a fall alert system, project partners drew up technical and functional requirements by describing the expected performances of the product, such as detecting falls by persons/residents/patients; alerting in the event of an actual fall, making it possible to ensure that the alert was noticed, and tracing alerts so that medical personnel would be able to access a history to permit optimized fall management. Partners also described the actual functionalities of the device (i.e. not changing the nature of the living space of the patient or resident; being neutral for the patient/resident, not requiring the wearing of a device; respecting the person's privacy; allowing parameterization according to different fall contexts; allowing the transmission of the alert inside and outside the institution, with information on the place of the fall and the time of the alert).

In this phase, it is important to stress the need for a preliminary market consultation (PMC). A comprehensive and reciprocally beneficial dialogue with the market can help in identifying the most innovative products and in drawing up detailed functional specifications, while ensuring the principles of transparency, equal opportunity and competitiveness, in order to encourage a wider participation of as many innovative solutions as possible.

⁴⁵ The Healthy Ageing Public Procurement of Innovations (HAPPI) project. The HAPPI project is a cross-border PPI established by central purchasing bodies from 5 different Member States of the European Union in order to procure solutions for the healthy ageing through a single framework agreement divided in 5 different product lots. See in this matter: G. M. RACCA, *Joint Cross-Border Procurement of Innovative Solutions in the Healthcare Sector. The HAPPI project experience*, Turin University Press, 2019, forthcoming. See also: European EU Commission, *Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint cross-border procurement procedure by public buyers from different Member States*, December 2016, 62 (BBG-SKY)

Finally, innovation procurement gives paramount significance to the award criteria. The 2014 EU public procurement directives provide preference to the use of Most Economically Advantageous (MEAT)⁴⁶ in the award criteria. Accordingly, the award of the contract should not be based exclusively on the lowest price criteria but should also take into account other non-price factors such as the quality of the tender and an evolution of functional specifications. As a result, economic operators are encouraged to ensure the highest quality/price ratio. In the end, it is still the duty of the public procurer to identify an optimal combination of award criteria that assesses the costs over the entire expected lifetime of the product and the convergence between proposed solutions and users' needs.

The evolution of innovation requires a high knowledge of the market and of the needs, thus confirming that innovation requires networks of purchasers and of juries to assure optimal choices.

⁴⁶ Directive 2014/24/EU, Art. 67.

**EL CONTENCIOSO URBANÍSTICO Y SU NECESARIA
REFORMA***

Tomás-Ramón FERNÁNDEZ**

INDEX

1. LA PRESIÓN QUE EJERCE SOBRE EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO LA EXTRAORDINARIA CONFLICTIVIDAD QUE GENERA LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA: LOS CASOS FRANCÉS Y ESPAÑOL

2. BREVE REPASO A LAS REFORMAS INTRODUCIDAS EN EL CONTENCIOSO FRANCÉS DEL URBANISMO

3. ¿ES NECESARIO REFORMAR NUESTRO PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE URBANISMO?

3.1. Reformas legales y/o rectificaciones jurisprudenciales

3.2. La hipervaloración de las formas

3.3. Quod ab initio nullum est nullum effectum producit

3.4. Rectificaciones necesarias de la jurisprudencia al uso

3.5. Reformas legales que sería conveniente introducir en el proceso contencioso del urbanismo

4. REFLEXIÓN FINAL

* Reproducción de l'artículo publicado en la Revista de Administración Pública, núm. 203, mayo-agosto (2017), págs. 137-162

** Catedrático emérito Universidad Complutense de Madrid.

RESUMEN

Se analizan las reformas realizadas en Francia para dar respuesta a los problemas que la conflictividad propia del urbanismo proyecta sobre el proceso contencioso-administrativo (recursos abusivos, sentencias de demolición, etc.), así como la situación en España, que es muy semejante, y se sugieren algunos cambios en la jurisprudencia y ciertas reformas legales.

Palabras clave

Urbanismo; proceso contencioso-administrativo; recursos abusivos; demolición; jurisprudencia.

1. LA PRESIÓN QUE EJERCE SOBRE EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO LA EXTRAORDINARIA CONFLICTIVIDAD QUE GENERA LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA: LOS CASOS FRANCÉS Y ESPAÑOL

Hace ya tres años, comentando el gravísimo problema planteado por la ejecución (o la inejecución en muchos casos) de las sentencias firmes que comportan la demolición de edificios, me hice eco del informe emitido por el grupo de trabajo creado por la ministra francesa de Igualdad de los Territorios y de la Vivienda, Cécile Duflot, y presidido por Daniel Labetoulle, expresidente de la Sección de lo Contencioso del Conseil d'Etat, que entonces acababa de hacerse público con el título *Construction et Droit au recours: pour un meilleur équilibre*¹.

Me pareció importante, en efecto, dar cuenta de dicho informe y de sus concretas propuestas de modificaciones legales porque, a pesar de la diferente forma en la que se proyecta sobre el proceso contencioso administrativo la notable conflictividad que genera la actividad urbanística en Francia y en España, las causas últimas son las mismas allí y aquí. Como el Informe Labetoulle advierte con acierto en su introducción, «lo que está en causa es, primero y ante todo, el fondo del Derecho Urbanístico y Ambiental»².

En ambos países tenemos que atender, en efecto, a una multiplicación de normas de referencia, «tanto nacionales, como locales», dice el informe, lo que es particularmente cierto en nuestro caso, no en vano contamos con dieciocho legisladores en materia ambiental y urbanística, situación esta ya de por sí compleja, que se agrava, ciertamente, «por los cambios incesantes de las que son objeto, así como las propias disposiciones legislativas y reglamentarias» que dan soporte a la normativa contenida en los distintos

¹ Véase T. R. FERNÁNDEZ (2013), «Proceso contencioso-administrativo y urbanismo: semejanzas y diferencias de los casos francés y español», *Revista de Urbanismo y Edificación*, 29, págs. 77-95; y T. R. FERNÁNDEZ (2014), «Long cours. Mélanges en l'honneur de Pierre Bon», Dalloz, págs. 851-868.

² Esta y las demás expresiones y frases entrecomilladas que la siguen en el texto pertenecen al informe.

tipos de planes, lo que «fragiliza los proyectos y les hace vulnerables a las acciones contenciosas emprendidas por recurrentes avisados».

A todo esto se añade el efecto conjugado de los derechos nacional y europeo, que hacen «más pesados, más largos y más difíciles de *maîtriser* por los promotores de los proyectos» los procedimientos previos a la entrega de una autorización de urbanismo, como ilustra, «de manera paroxística», la introducción de un régimen de examen caso por caso de que esos proyectos sean precedidos de un estudio de impacto sobre el medio ambiente y la salud humana. De esto también tenemos nosotros abundante experiencia.

En Francia y en España se necesitan también varios años para agotar las vías de recurso contra una autorización de urbanismo, vías que «a veces son subvertidas por fines que les son extraños y que pueden incluso llegar, en ciertos casos, a parecerse a una forma de chantaje».

Hay, desde luego, diferencias en la forma de proyectarse sobre el proceso estos fenómenos, sobre todo porque en Francia la interposición de recursos contra los permisos de construcción y las demás autorizaciones urbanísticas basta, en la generalidad de los casos, para paralizar la ejecución de las obras, no porque el recurso tenga carácter suspensivo, ni porque el acto recurrido no sea ejecutorio, sino porque los financiadores, ya sean los bancos o los propios adquirentes, rehúsan comprometerse con un proyecto en tanto este no esté libre de todo contencioso, a pesar de los mecanismos de seguro que han comenzado a utilizarse, reservas que comparten los propios notarios.

Entre nosotros, en cambio, sucede exactamente lo contrario, como es bien sabido. La impugnación de un plan de urbanismo, de un instrumento de gestión o de una licencia de construcción provoca una *fuite en avant*, una aceleración deliberada de los procesos iniciados antes de ella, con el deseo y la esperanza de que los hechos consumados operen a favor del afectado, lo que conduce a un callejón sin salida cuando la sentencia que pone fin al proceso trabado anula el plan o el acto recurrido.

En uno y otro caso el precio es la inseguridad, una importante e inaceptable inseguridad, a la que en Francia han intentado dar respuesta, lo que contrasta con la pasividad que domina entre nosotros.

En efecto, las propuestas formuladas en abril de 2013 por el Informe Labetoulle pasaron a ser poco después derecho positivo con la publicación de la ordenanza 2013/638, de 18 de julio, ratificada y completada por el Decreto 2013/879, de 1 de octubre, que incorporó al Código de Urbanismo la mayoría de ellas. La Ley, llamada ALUR, de 24 de marzo de 2014, para el acceso a la vivienda y un urbanismo renovado y la Ley 2015/990, de 6 de agosto, para el crecimiento, la actividad y la igualdad de oportunidades económicas³, han hecho el resto, lo que contribuye a dibujar en el país vecino un nuevo escenario para el proceso contencioso-administrativo, en el que el juez ha pasado a ocupar una posición de protagonista, como acaba de resaltar en el último número de la *Revue de Droit Public* un magistrado del Tribunal Administrativo de Apelación de Nantes, H. Delesalle, en un trabajo cuyo título no podrá menos de excitar la curiosidad de nuestros jueces y magistrados que han ejercido o ejercen la jurisdicción en materia de urbanismo: *La place nouvelle du juge administratif dans le droit de l'urbanisme*⁴.

El Gobierno, el legislador y los jueces administrativos han dado, de consuno, en Francia una respuesta rápida y pienso que eficaz también a los graves problemas que plantea la extraordinaria y muchas veces insana conflictividad que la actividad urbanística genera, lo que constituye, sin duda, un ejemplo y un estímulo para nosotros y justifica, cuando menos en lo que a mí concierne, realizar un nuevo intento y llamar otra vez la atención sobre el asunto, así como sobre la necesidad de realizar una reflexión general al

³ Como puede verse, en Francia es también usual apelar a las leyes coyunturales para introducir todo tipo de reformas tenga o no que ver con la coyuntura económica.

⁴ Véase H. DELESALLE (2016), «La place nouvelle du juge administratif dans le droit de l'urbanisme», *Revue de Droit Public*, 6, pág. 1759.

respecto, ya que no tuvo ningún eco, como es notorio, el que hice en 2013 con motivo de la aparición del Informe Labetoulle.

2. BREVE REPASO A LAS REFORMAS INTRODUCIDAS EN EL CONTENCIOSO FRANCÉS DEL URBANISMO

Como en su momento señalé, el Informe Labetoulle propuso siete medidas muy concretas: clarificar las reglas del interés legitimador, introducir un procedimiento de cristalización de los motivos de impugnación, organizar un mecanismo de regularización a iniciativa del juez, en el curso del procedimiento, permitir al demandado formular reconvencción para exigir al recurrente una indemnización por los daños y perjuicios que haya podido causarle la interposición del recurso, encuadrar el régimen de transacciones mediante las cuales se pone fin al proceso, recentrar la acción de demolición sobre su objeto primero y dar a los tribunales de apelación la competencia para conocer en primera y única instancia determinados proyectos de construcción de viviendas.

Voy a repasar ahora rápidamente aquellas que pueden tener más interés para nosotros para prestar luego mayor atención a la que, a mi juicio, es la estrella: la regularización en el curso del proceso de los vicios que pudieran dar lugar a la anulación de los permisos de construcción y de los planes de urbanismo que son objeto de dicho proceso.

Una parte de las medidas propuestas por el Informe Labetoulle e incorporadas luego al Código de Urbanismo por la ordenanza de 18 de julio de 2013 responde directamente al propósito de cerrar el paso a los recursos abusivos o malintencionados, a los que Labetoulle no duda en llamar «crapulosos»⁵.

Este es el caso de las restricciones temporales y materiales relativas al interés legitimador. A partir de la ordenanza citada es necesario que el interés invocado resulte de circunstancias anteriores a la publicación en el tablón de anuncios de la alcaldía de la

⁵ *Ibid.*: 1776.

solicitud de peticionario de la autorización. Si se trata de asociaciones, se exige igualmente que el depósito de sus estatutos en la prefectura haya tenido lugar antes también de dicha publicación, lo que, ciertamente, reduce las posibilidades de los recurrentes oportunistas.

En esa misma dirección opera la exigencia de dejar bien establecido el impacto que el proyecto autorizado pueda tener sobre la situación del recurrente, esto es, si dicho proyecto puede afectar directamente a las condiciones de ocupación, de utilización o de goce de sus bienes⁶.

Al mismo propósito disuasorio de los recursos abusivos responde el derecho que el nuevo art. L-600-7 del Código de Urbanismo ha venido a reconocer al titular de un permiso de construcción o de urbanización de formula reconversión en el seno del propio recurso por *excès de pouvoir* interpuesto contra dichos permisos, solicitando del juez la condena del recurrente al pago de los daños y perjuicios que hayan podido resultar para él del recurso en cuestión.

La medida es, ciertamente, llamativa, dado el carácter tradicionalmente objetivo del *excès de pouvoir*, cuya función institucional se limita a la verificación de la legalidad del acto o de la disposición recurrida. Su utilidad es, en principio, bien notoria, ya que viene a ahorrar el siempre posible, aunque inhabitual, proceso ulterior ante la jurisdicción civil que el demandado podría promover en calidad de actor contra el recurrente abusivo o malicioso, lo que, sin duda, constituye un progreso, aunque, como H. Delesalle precisa, la jurisprudencia hasta ahora producida sea todavía balbuciente⁷ por la dificultad de precisar cuándo puede considerarse excedido lo que es propio de la defensa de los legítimos intereses del recurrente.

⁶ Ibid.: 1764.

⁷ Ibid.: 1766.

En estrecha relación con lo anterior se ha impuesto la obligación de registrar en la Administración tributaria toda transacción en virtud de la cual quien ha demandado la anulación de un permiso de construir o de urbanizar se compromete a desistir de su recurso a cambio de un pago en metálico o en especie, so pena de considerar que dicha transacción carece de causa y queda sujeta al eventual ejercicio de un acción de repetición en el plazo de cinco años a contar del último pago realizado.

Y, en fin, para desincentivar la interposición de recursos abusivos el Informe Labetoulle propuso limitar la acción de demolición de las construcciones levantadas al amparo de un permiso anulado a las situadas en zonas sensibles, naturales o no, esto es, espacios naturales notables, banda litoral de cien metros, reservas naturales, zonas Natura 2000, perímetros de prevención de riesgos, entorno de monumentos históricos, etc., propuesta que hizo suya la Ley de 6 de agosto de 2015 incorporándola al art. L. 480-13 del Código de Urbanismo.

Aunque todas las medidas hasta aquí expuestas tienen un indudable interés, las más importantes son las que responden al principio de *regularización* que la Ley, llamada ENEL, de 13 de julio de 2006, introdujo para los permisos de construcción y que la Ley, llamada ALUR, de 24 de marzo de 2014, extendió a los documentos de urbanismo⁸.

De lo que se trata es de limitar los efectos devastadores de las excepciones de ilegalidad perpetuas y de evitar la contaminación de los actos atacados por la ilegalidad de otros actos anteriores y, muy particularmente, de los planes locales de urbanismo, así como de evitar que se anulen proyectos, en particular los de especial amplitud o importancia, por el incumplimiento de reglas finalmente accesorias y cómodamente corregibles, lo que H. Delesalle no duda en calificar de aberrante⁹.

⁸ Esto es, a los planes locales de urbanismo, a los esquemas de coherencia territorial y cartas municipales.

⁹ *Ibid.* : 1772.

El Informe Labetoulle dio un impulso decisivo a esta idea, que alguna jurisprudencia había explorado con anterioridad, al formular dos propuestas concretas, que ahora recogen la nueva redacción del art. L. 650-5 y el nuevo art. L. 600-5-1 del Código de Urbanismo.

De acuerdo con dichos preceptos, si el juez administrativo estima que un vicio que haya podido detectar no afecta más que a una parte del proyecto y puede ser regularizado por un permiso modificativo, puede limitar el alcance de la anulación a la concreta parte afectada e, incluso, fijar un plazo dentro del cual el titular del permiso impugnado podrá solicitar la regularización.

Puede también en estos casos dejar en suspenso el procedimiento hasta la expiración del plazo que fije para proceder a la regularización¹⁰.

La Ley ALUR de 24 de marzo de 2014 ha extendido este doble sistema de anulaciones parciales y de suspensión del plazo para resolver en espera de un permiso modificado a los documentos de urbanismo y a los esquemas de coherencia territorial, aunque de forma un poco más compleja y restrictiva.

En concreto, cuando se trata de documentos la suspensión solo puede ser acordada por el juez si el vicio de fondo del que, en principio, adolezca el plan impugnado es benigno y puede ser regularizado mediante un simple procedimiento de modificación o si se trata de un vicio de legalidad externa que se haya producido en una fase avanzada del proceso de elaboración¹¹.

En cualquier caso, este tipo de decisiones pueden ser adoptadas de oficio por el juez, aunque no medie petición de parte. La Ley no le obliga, por supuesto, a adoptarlas,

¹⁰ *Ibid.*: 1770.

¹¹ *Ibid.*: 1771.

pero, como advierte H. Delesalle, sí existe, en cambio, una cierta obligación moral en este sentido que se le impone para dar pleno efecto a la voluntad del legislador, lo que ha facilitado que la utilización de este tipo de medidas haya entrado ya en los hábitos procesales¹².

El juez administrativo ha adquirido así un papel nuevo en el proceso, un papel activo, muy alejado de esa posición de simple espectador que oye a las partes, estudia el asunto y pronuncia al final su veredicto desentendiéndose, sea cual sea este, de sus posibles consecuencias. Lo que se espera de él ahora es que sea beligerante en pro de la regularización de los actos impugnados cuando esta sea posible, que defienda, ciertamente la legalidad, pero que no olvide el factor seguridad, que es también imprescindible para el funcionamiento regular de la vida social.

Las reformas expuestas llevan así a término una línea evolutiva que arranca de la Ley 112, de 9 de febrero de 1994, que obligó al juez administrativo a indicar el conjunto de motivos susceptibles de fundar la anulación de los actos de urbanismo que él pronuncia, lo que facilita la regularización del acto anulado. El juez, dice H. Delesalle, se convierte así en «consejero» de la Administración con el fin de orientarla y guiarla sobre lo que puede ser o no retomado en un nuevo acto posterior y de evitar de este modo la repetición de un nuevo proceso¹³.

Resta ya solamente indicar que la puesta en juego de este conjunto de reformas parece haber tenido una incidencia positiva. La disminución del número de recursos, que se había iniciado en 2012 (-5 %) y 2013 (-2 %) se ha acelerado espectacularmente, al parecer, en 2014 (-10 %), tendencia confirmada en 2015 con un nuevo descenso del 4 %.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*: 1779.

El contencioso de los permisos de construcción, en concreto, no ha dejado de disminuir desde los 4 166 en 2012 a los 3 500 aproximadamente de 2015, un 16 % menos, por lo tanto. Es difícil, dice H. Delesalle, ver en esta disminución el simple efecto del azar o de la crisis¹⁴.

Parece también, según este autor, que el número de anulaciones totales ha disminuido, aunque en este caso hay un vacío estadístico. La experiencia, aunque corta, resulta en todo caso estimulante¹⁵. Hay, pues, material abundante para la reflexión sobre nuestra propia realidad.

3. ¿ES NECESARIO REFORMAR NUESTRO PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE URBANISMO?

3.1. Reformas legales y/o rectificaciones jurisprudenciales

La pregunta que acabo de formular parece dar por supuesto que, de ser positiva la respuesta, esta tendría que venir del legislador. Tendría que ser, además, del legislador estatal, ya que es a él a quien corresponde en exclusiva la legislación procesal.

Sin embargo, antes de reclamar la intervención del legislador me parece necesario apelar a una instancia más cercana, la jurisprudencia, que es la responsable, junto con la doctrina, de la evolución de nuestro derecho administrativo en el último medio siglo, que es, más o menos, el tiempo transcurrido desde el acceso al Tribunal Supremo de las primeras promociones de la escala de magistrados especialistas creada por la benemérita Ley de la Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, punto de arranque de lo que ha sido el diálogo fructífero que nos ha traído hasta aquí.

¹⁴ *Ibid.*: 1773.

¹⁵ *Ibid.*: 1774.

La Sección 5ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, desde que fue presidida por J. Delgado Barrio, ha desarrollado una labor importantísima en el campo del urbanismo. Hay, en cambio, aspectos de su doctrina que adolecen de una extraordinaria rigidez que contribuye a agravar notablemente los problemas que generan de por sí la complejidad del ordenamiento urbanístico y la forma en que se comportan los distintos actores que operan en el escenario que este preside. Dos son los aspectos en que se manifiesta la rigidez a la que me refiero: la hipervaloración de los vicios de procedimiento y la maximalización de los efectos de la nulidad que deriva de la apreciación de aquellos. A ambos me referiré brevemente a continuación.

3.2. *La hipervaloración de las formas*

Es indudable la especial importancia que tiene el procedimiento de elaboración de los planes urbanísticos, lo que justifica, sin duda, el mayor rigor con el que debe valorarse su eventual infracción. La Sentencia de 9 de julio de 1991, de la que fue ponente J. Delgado Barrio, lo explicó muy bien, por lo que me parece oportuno recordar sus términos:

El planeamiento es una decisión capital que condiciona el futuro desarrollo de la vida de los ciudadanos [...] En otro sentido, integra una intensa regulación de la propiedad privada [...] De aquí deriva ya la transcendental importancia del procedimiento de elaboración de los planes, precisamente para asegurar su legalidad, acierto y oportunidad —art. 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo—. Entre sus trámites destacan aquellos que tiendan a lograr la participación ciudadana, [que] hoy resulta seriamente reforzada por virtud de lo establecido en los arts. 9.2 y 105.a) de la Norma Fundamental: la intervención de los ciudadanos contribuye a dotar de legitimidad democrática a los planes.

A todo ello se une «el carácter ampliamente discrecional del planeamiento», por lo que:

[...] resulta claro que hay un núcleo último de oportunidad, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas, en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial. Así las cosas, existen alegaciones de rigurosa y pura oportunidad que hechas ante la Administración en un trámite de información pública pueden dar lugar a que aquella modifique su criterio, en tanto que alegadas en la vía jurisdiccional pueden resultar inoperantes.

En otras palabras, para valorar en su justa medida los vicios de procedimiento hay que tener muy presente lo que restan, lo que se pierde con ellos, lo que pierde, en definitiva, la decisión final del procedimiento de que se trate. Esto es exactamente lo que dijo hace ya más de un siglo la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1915, que me gusta recordar siempre que se presenta la ocasión:

[...] cuando las Leyes y Reglamentos no declaran expresamente nulos los actos contrarios a sus preceptos, la apreciación de si el quebrantamiento cometido entraña nulidad *depende de la importancia que revista, de las derivaciones que motive, de la situación o posición de los interesados en el expediente y, en fin, de cuantas circunstancias concurren, que deberán apreciarse en su verdadero significado y alcance para invalidar las consecuencias de los actos o para mantenerlos.*

Hay, pues, que tener en cuenta «sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo origen del recurso en caso de observarse el trámite omitido», en palabras de la Sentencia de 6 de noviembre de 1963. ¡Es una pena que habiendo profundizado tanto en otros puntos hayamos dejado en el olvido estas viejas y sabias palabras!

¿Por qué digo esto? Porque estoy harto de ver cómo caen planes generales y normas subsidiarias del planeamiento de grandes ciudades o de pequeñas poblaciones porque no se emitió tal o cual informe, porque no se justificó suficientemente esta o aquella determinación, porque la evaluación del impacto ambiental se hizo de acuerdo con la legislación autonómica o con la legislación estatal, porque no se respondió a todas las alegaciones formuladas en el trámite de información pública o, en fin, ¡porque se omitió el informe de impacto de género!

En la mayoría de los casos brilla por su ausencia una valoración de lo que con el vicio apreciado se ha perdido, de lo que hubiera podido variar la decisión final si dicho vicio no se hubiera cometido.

Tengo en la mano un buen ejemplo de lo que digo: la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2015, que, estimando el recurso de casación interpuesto contra la de la Sala de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 23 de marzo de 2012, ha anulado el Decreto de 18 de julio de 2006 que aprobó el Plan de

Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental de la provincia de Málaga y declarado nulo de pleno derecho (*sic*) el citado plan.

Los vicios procedimentales imputados al decreto aprobatorio del plan en cuestión fueron dos: en primer lugar, el de no haber contestado (o, por lo menos, no haberlo hecho de manera suficientemente explícita, porque alguna respuesta si se dio) las alegaciones formuladas por el recurrente en el trámite de información pública y, en segundo lugar, por haber omitido el informe de impacto de género exigido con carácter general para toda clase de reglamentos por la Ley andaluza de 29 de diciembre de 2003 y por la propia Ley del Gobierno 50/1997, a raíz de su modificación por la Ley 30/2003, de 13 de octubre, que sería en todo caso aplicable supletoria o analógicamente.

Me referiré aquí solamente a este último, que es particularmente... estridente, tal y como la Sentencia del Tribunal Supremo lo valora. Comienza esta diciendo en su fundamento jurídico sexto que «la entidad mercantil demandante no ha expresado a lo largo del pleito la incidencia que las determinaciones del Plan de ordenación territorial combatido puedan tener para esa igualdad propugnada entre hombres y mujeres».

Pese a ello no duda en afirmar en términos tajantes que:

[...] la Sala no comparte la tesis de la Administración autonómica demandada relativa a que, como no existen en dicho Plan determinaciones con incidencia en materia de género, resultaba innecesario el informe de evaluación de impacto de género, ya que sería en el informe a emitir donde se debería explicar tal circunstancia, lo que además podría ser objeto de controversia, que no se ha podido suscitar a falta del preceptivo informe atendido el carácter reglamentario o de disposición de carácter general del Plan de Ordenación impugnado, lo que implica... la nulidad radical de la norma recurrida conforme a lo dispuesto conocidamente en los arts. 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, 68.1.b), 70.2, 71.1.a) y 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, como, además, ha venido a declarar esta Sala del Tribunal Supremo en supuesto de falta del indicado informe (Sentencias de 16 de abril de 2013 —recurso de casación 647/2011— y 8 de enero de 2014 —recurso de casación 2651/2012).

Los términos en que se planteó el problema no pueden ser más llamativos: el recurrente simplemente denunció la falta del informe de impacto de género sin molestarse

lo más mínimo en indicar siquiera la importancia que tal omisión pudiera tener para la defensa y protección de sus legítimos derechos, lo que demuestra que no le afectaba ni poco, ni mucho, ni nada y la Sala se limitó a constatar que la colección de trámites no estaba completa y sin importarle tampoco la incidencia que el trámite omitido pudiera haber tenido en la «legalidad, acierto y oportunidad» del plan impugnado se apresuró a decretar la nulidad radical de este.

¿Tiene esto algún sentido? ¿Es razonable declarar nulo de pleno derecho en su totalidad un Plan de Ordenación Territorial al cabo de nueve años (iii) porque se echa en falta un informe que nadie considera que pueda tener transcendencia alguna por su falta absoluta de relación con el objeto del mismo? Una sentencia reciente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de abril de 2017 considera que sí lo es porque ha anulado por el mismo motivo el Plan General de Ordenación de Boadilla del Monte apoyándose en una larga y circunstanciosa argumentación.

A mí me parece que no lo tiene en absoluto y que, sin necesidad de pedir ayuda al legislador para que cambie las normas aplicables, nuestro más Alto Tribunal podía haber resuelto el problema de otra manera dando sencillamente a las formas el valor que realmente tienen, que la ley las otorga y que su propia jurisprudencia las ha reconocido también muchas veces¹⁶.

Pero no voy a discutir esto, porque supongo que es innecesario, ya que el problema de la valoración de los vicios de forma y procedimiento es muy viejo y por ello bien conocido. Lo único que quiero subrayar —y en esto creo que estará conmigo la inmensa mayoría no ya de los juristas, sino simplemente de las personas razonables— es que las cosas no deberían ser así y que, si no es en sede jurisdiccional, en sede parlamentaria alguien tiene que imponer lo que el sentido común reclama a gritos, a saber: que si falta un

¹⁶ Me remito sobre este asunto al reciente libro de J. GARCÍA LUENGO (2016), *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo*, Madrid: Iustel.

informe se reclame cuanto antes a quien debe emitirlo para que lo haga en el plazo perentorio que se le conceda al efecto sin esperar a que transcurran *nueve largos años*, en los que pueden ocurrir muchas cosas, que *a posteriori* tienen mal arreglo cuando tienen alguno, que no siempre ocurre.

Cualquier cosa antes que declarar nulo de pleno derecho con nueve años de retraso un plan de ordenación por la falta de un informe absolutamente banal. Dejo que hable por mí el magistrado de Nantes H. Delesalle: «[...] parece retrospectivamente aberrante que proyectos, en especial los de importancia, hayan podido ser pura y simplemente anulados por un incumplimiento de reglas finalmente accesorias y cómodamente regularizables»¹⁷.

3.3. *Quod ab initio nullum est nullum effectum producit*

La hipervaloración de las formas a la que acabo de referirme conduce a la declaración de la nulidad de pleno derecho de los planes de ordenación a los que afecta, de todo el contenido de esos planes normalmente, por mínimo e irrelevante que pudiera ser el trámite omitido, ya que, como acabamos de comprobar, la jurisprudencia no exige al recurrente que precise en qué medida ha podido afectarle dicha omisión y ni acepta que la Administración demandada alegue que éste era innecesario o irrelevante dadas las concretas circunstancias del caso, ni considera tampoco procedente que se compruebe en el curso del proceso si efectivamente lo era. Falta el informe de impacto de género y no hay más que hablar: todas las normas de ordenación de dicho plan son nulas por mucho que parezca evidente que no tienen absolutamente nada que ver con la igualdad entre hombres y mujeres, ya que «sería en el informe a emitir donde se debería explicar tal circunstancia, lo que, además, podría ser objeto de controversia, que no se ha podido suscitar al faltar el preceptivo informe», como afirma solemnemente la Sentencia de 22 de septiembre de 2015, a la que he referido más atrás.

¹⁷ Véase H. DELESALLE (2016: 1772).

La declaración de nulidad de pleno derecho del Plan de Ordenación del territorio de la Costa del Sol Occidental de 2006 pronunciada por la citada sentencia nueve años después puede no haber producido muchos destrozos, dada la naturaleza de dicho plan, aunque no puede descartarse, por supuesto, que en los nueve años transcurridos no se hayan modificado muchos planes generales municipales para ajustarlos, como es preceptivo, a sus determinaciones, con la consiguiente incidencia que esos ajustes hayan podido tener en el tráfico inmobiliario.

Pero, en fin, tratándose de un plan territorial, podemos admitir, al menos a los efectos de la reflexión que aquí propongo, que las consecuencias de la declaración de nulidad no hayan sido graves. Sí lo son, sin embargo, cuando el plan que se declara nulo por un vicio de este tipo es un plan general municipal, porque en este caso es obvio que en los nueve años siguientes a su entrada en vigor se producen inevitablemente muchos actos administrativos en ejecución del mismo, ya sea la aprobación de planes de sectorización o parciales, ya la de instrumentos de gestión, tales como proyectos de reparcelación o de urbanización, etc., por no hacer referencia al otorgamiento de licencias de construcción, a todo lo cual hay que añadir la multitud de negocios jurídicos privados que la aprobación de un nuevo plan general hace surgir, habida cuenta del «parón» del tráfico inmobiliario que el largo proceso de elaboración de estos planes suele suponer.

Pues bien, todo este torrente de actos y negocios jurídicos, públicos y privados, generado por un plan general municipal de ordenación urbana se viene abajo súbitamente cuando ese plan se declara nulo de pleno derecho, porque la jurisprudencia al uso es en este supuesto inflexible: *quod ab initio nullum est nullum effectum producit*.

Es categórica en este sentido la Sentencia de 28 de septiembre de 2012¹⁸, que retrotrajo la situación urbanística de Madrid al momento anterior a la aprobación definitiva de su Plan General de Ordenación Urbana de 1997, resucitando así el Plan General de 1985

¹⁸ Realmente son dos sentencias, aunque idénticas.

y obligando, en consecuencia, a recorrer otra vez desde el principio el largo y complicado itinerario que el art. 57 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid de 17 de julio de 2001 establece para la aprobación de los planes generales y de sus modificaciones y revisiones para llegar, después de tan fatigoso recorrido, al punto de partida inicial, esto es a la ordenación aprobada en 1997, con el acuerdo del Consejo de Gobierno de 1 de agosto de 2013 por el que se aprobó definitivamente la Revisión Parcial del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1985 y Modificación del Plan General de Madrid de 1997, en los ámbitos afectados por la ejecución de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de febrero de 2003 y del Tribunal Supremo de fecha 3 de julio de 2007 y 28 de septiembre de 2012.

He transcrito intencionadamente el título completo del acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 1 de agosto de 2013, que ha puesto fin a los quince larguísimos años de incertidumbre por los que ha atravesado el urbanismo de la capital, para que el lector no familiarizado con esta historia, que es solo una entre muchas, aunque sus proporciones sean lógicamente mayores por afectar a una población de más de cuatro millones de habitantes, tenga una idea al menos de este tortuoso proceso en el que se han producido una sentencia y un auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y dos sentencias sucesivas del Tribunal Supremo en los recursos de casación promovidos contra las resoluciones de instancia citadas.

Y todo eso, ¿por qué?, se preguntará más de uno. Pues porque el Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró que no estaba suficientemente justificada la clasificación por el Plan General como suelo urbanizable de veintidós ámbitos de los alrededores de Madrid que el Plan precedente tenía clasificados como suelo no urbanizable de protección. Pero ¿tanto suelo hay en los alrededores de Madrid cuyos recursos naturales o sus valores paisajísticos, históricos, culturales, etc., justifiquen el otorgamiento de esa protección? En absoluto, todo el que haya entrado o salido de Madrid por cualquier carretera entre la de Barcelona y la de Extremadura sabe perfectamente que en esa amplísima sección del círculo no hay absolutamente nada que merezca la pena preservar y que los únicos terrenos de dicho círculo valiosos desde este punto de vista son los que se divisan a ambos lados de la carretera de La Coruña. ¿Por qué entonces tan enfática clasificación como suelo no

urbanizable de protección? Pues simplemente porque el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, vigente cuando se elabora y aprueba el Plan General de 1997, eliminó la separación en dos párrafos del suelo urbanizable común y del suelo no urbanizable de protección tal y como figuraba en el art. 80 del Texto Refundido precedente de 9 de abril de 1976 y juntó en su art. 12 todo en un solo párrafo, así que todo quedó aparentemente en suelo no urbanizable de protección. Parece increíble, pero es así. Ahí está la realidad para comprobarlo.

Dejando esto a un lado, que es ya una simple anécdota, la pregunta que cualquier persona sensata se hace inevitablemente al contemplar estos quince años de incertidumbre —y para muchos, por supuesto, de angustia— es ¿por qué no se requirió al Ayuntamiento de Madrid una justificación más precisa, si es que la tenía? Eso podía haberse hecho al dar sus primeros pasos el recurso interpuesto contra el Plan General de 1997 y en un mes hubiera podido tenerse una respuesta del Ayuntamiento, que hubiera podido aportar una justificación más convincente o no. En el primer caso, el vicio hubiera quedado subsanado con beneficio para todos y, en primer término, para el propio interés general; en el segundo, se hubiera perdido ciertamente un mes, que realmente no es nada tal como están las cosas, pero el recurrente, que denunció el vicio, y el Tribunal, que finalmente declaró la nulidad del Plan, se hubieran cargado de razón. En ambos casos se hubiera evitado el penoso y aun patético viacrucis de quince años, alimentado y explotado por profesionales de la acción pública que disparaban contra todo lo que se movía con todas las posibilidades de derribarlo porque todo, absolutamente todo, lo que trae causa de un plan declarado nulo es también nulo.

Esa es la tesis que luce en la Sentencia de 28 de septiembre de 2012 y en otras muchas anteriores y posteriores a ella¹⁹. Lo que se discutía según precisa su fundamento primero cuarto, era:

[...] si es subsanable o no esa falta de justificación determinante de la nulidad del plan, de manera que pueda corregirse ahora tal omisión, elaborando la correspondiente memoria o complemento de memoria y pueda justificarse ahora lo que entonces no se explicó. La consecuencia sería, por tanto, mantener intacto el procedimiento de elaboración del plan, conservando sus trámites, que resultarán inunes a la nulidad por obra y gracia de esa actuación complementaria, y retroactiva, de subsanación.

Eso fue exactamente lo que hizo el Ayuntamiento de Madrid tras la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de febrero de 2003 que anuló el Plan General de 1997: aprobar, en ejecución de sentencia, un detallado complemento de la Memoria inicial del Plan que justificaba con todo lujo de detalles el cambio de clasificación del suelo.

El propio Tribunal sentenciador consideró razonable la medida en su Auto de 10 de enero de 2011 por entender que, si bien:

[...] es cierto que nos encontramos ante una disposición de carácter general de naturaleza reglamentaria... lo que, en una lectura rápida, llevaría a la inaplicabilidad del art. 67 de la Ley 30/92 en cuanto no estamos hablando de actos, *no es menos cierto* que no todo vicio determina la plena nulidad de la disposición, por ejemplo, *resultaría desproporcionado asimilar las consecuencias de un vicio manifiesto de incompetencia con la omisión de un informe* con infracción del art. 43.f) de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, lo que nos llevaría a plantear la solución adoptada por la

¹⁹ De las anteriores da cuenta la propia Sentencia de 28 de septiembre de 2012; entre las posteriores pueden verse las de 1 de marzo, 26 de septiembre y 13 de diciembre de 2013, 8 y 14 de octubre de 2014, etc. Véase la reciente Sentencia de 25 de abril de 2016, que hace una minuciosa recopilación de la jurisprudencia anterior a ella.

Administración sobre la base de *la aplicación analógica del artículo 66 del mismo texto, esto es la conservación de aquellos actos no viciados.*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2012 adoptó, sin embargo, una actitud inflexible:

[...] la aprobación posterior, en ejecución de sentencia, de una justificación que pretende paliar esa ausencia de explicación en el procedimiento de elaboración de la disposición general no puede considerarse que cumple y ejecuta la sentencia que declara la nulidad de una parte del plan general. Así es, no se puede subsanar, enmendar o convalidar el plan nulo. Tampoco pueden conservarse los acuerdos de aprobación definitiva y otros que se mantienen como si las determinaciones del plan no hubieran sido declaradas nulas de pleno derecho. Y, en fin, no podemos considerar que ese posterior complemento de la justificación para la reclasificación de los terrenos pueda tener un alcance retroactivo para intercalarse en el lugar, dentro del procedimiento administrativo, en el que debió haberse producido (fundamento jurídico sexto).

[...]

Los efectos propios de la nulidad plena impiden igualmente que el ordenamiento derivado, planes parciales de sectorización, puedan tener cobertura en las concretas normas declaradas nulas, como venimos señalando de modo profuso y uniforme en el ámbito urbanístico. En efecto, la nulidad de pleno derecho de la norma de cobertura, es decir, de la norma que es presupuesto necesario de las normas sucesivas derivadas de la misma acarrea la invalidez de éstas, al tratarse de una nulidad ab initio.

La solución contraria a la expuesta... pretende hacer tabla rasa sobre las diferencias entre la nulidad plena y la mera anulabilidad.

La tesis que la Sentencia del Tribunal Supremo hace suya está, como es obvio, en todos los Manuales de Derecho Administrativo y resulta, ciertamente, de preceptos bien conocidos de las Leyes de Procedimiento Administrativo que se han ido sucediendo, pero su aplicación cuando, como ocurre en este caso, supone la descalificación a radice de quince años de historia, de vida, debe conjugarse con la de otros preceptos legales que la moderan, porque el derecho, que es más que un conjunto de normas aisladas unas de otras,

es para la vida y no al revés²⁰, esto es, para encajar esta a martillazos en las categorías conceptuales elaboradas por los juristas. Dos ejemplos bastan para ilustrar la idea, que es obvia, por lo demás. Los contratos suscritos por la Administración sin contar con crédito presupuestario bastante son nulos de pleno derecho, como establece hoy el art. 32.c) del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y antes lo hacían las leyes precedentes, lo que, obviamente, no impedía ni impide pagar al contratista la obra efectivamente realizada para evitar el enriquecimiento injusto que en otro caso se produciría a favor de la Administración²¹. Los actos nulos sí pueden producir efectos en algunos casos.

El art. 110 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo Común de 1 de octubre de 2015 recoge hoy, como es notorio, los límites a la revisión de oficio de los actos administrativos, es decir a la declaración de la nulidad de pleno derecho, que no sana ni se convalida con el paso del tiempo según sabemos, pese a lo cual no puede acordarse «cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias... resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes».

El lenguaje común explica muy bien esta idea sin necesidad de darla más vueltas: muchas veces es peor el remedio que la enfermedad. Una enfermedad leve, la falta de una explicación suficiente del cambio de clasificación de unos terrenos, que podría haber curado en unas pocas semanas, nos ha tenido postrados quince largos años. No tiene sentido, desde ningún punto de vista.

²⁰ «La vida no está al servicio del Derecho, sino al revés», dice literalmente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de octubre de 1989 (ponente: L. M. LÓPEZ Mora), que me gusta recordar siempre que tengo ocasión.

²¹ Sobre el enriquecimiento injusto me remito al estudio de L. COSCULLUELA (1977), «Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, 84.

3.4. *Rectificaciones necesarias de la jurisprudencia al uso*

De lo hasta aquí dicho resulta con claridad que es necesario reflexionar nuevamente sobre un tema, la teoría de las nulidades, que creíamos tener ya aprobado con nota desde hace mucho tiempo. No es así, como ha podido comprobarse.

Los trámites procedimentales tienen, desde luego, una muy especial importancia cuando estamos en presencia de una potestad discrecional, ya que es, por hipótesis, muy difícil ejercer algún control sobre la resolución que ponga fin al procedimiento. Pero, aun así, carece de justificación cualquier intento de sustantivar las cuestiones de forma, que son y serán siempre de carácter instrumental, servicial. Esa es su naturaleza.

Su valoración no puede prescindir de la idea de lo que realmente aportan a esa resolución final a la que institucionalmente se orientan o, si se prefiere decir así, de lo que realmente privan los vicios o defectos que puedan cometerse en el curso del procedimiento.

A quien alega esos vicios hay que pedirle, por lo pronto, como requisito de seriedad de su denuncia, que diga con claridad en qué medida ha podido afectar este a la posición jurídica que defiende y en qué y por qué ha podido influir negativamente en la decisión que recurre, porque nadie tiene derecho a la anulación de una decisión por infracciones que no le afectan²². Esto es tanto más necesario cuanto más compleja es dicha decisión y lo es en grado máximo cuando el objeto de la misma es la aprobación de un plan urbanístico, ya sea de ordenación territorial o de ordenación urbana, porque en estos casos y de modo especial en el último de ellos hay miles, docenas de miles de determinaciones muy diferentes entre sí, que se proyectan sobre puntos muy distintos y muy alejados unos de otros dentro de un territorio muy extenso.

²² Véase J. GARCÍA LUENGO (2016: 103).

Esa exigencia de concreción es muy importante, además, porque la valoración del vicio o defecto denunciado no puede ser nunca el resultado puro y simple de la aplicación mecánica de una norma legal, que se limita por su generalidad a indicar la dirección que hay que seguir, pero que no impone en absoluto hasta dónde hay que llegar en todo caso. La valoración tiene que hacerse siempre a la vista de las circunstancias del caso²³. El informe de la Autoridad Portuaria, por ejemplo, es muy importante, sin duda, imprescindible sencillamente, en todo lo que concierne al puerto y a su zona de servicio y, en ciertos casos, también en lo que indirectamente puede afectar a aquel o a esta, como, por ejemplo, el trazado de las vías de acceso al puerto o cosas semejantes, pero carece totalmente de transcendencia en relación a la clasificación o calificación urbanística de unos terrenos situados al otro extremo de la ciudad. ¿Por qué considerar entonces que la omisión de ese informe es determinante de la nulidad absoluta de todo el Plan de Ordenación con el inmenso trastorno que esa anulación supone para toda la ciudad?

No pretendo inventar nada. Recordaré solamente una importante Sentencia de 13 de febrero de 1992, de la que fue ponente el Sr. Delgado Barrio, en la que a propósito de la falta de justificación de la ordenación de unos terrenos del recurrente en las aprobaciones, provisional y definitiva, de unas normas subsidiarias, se dice que esa «falta de motivación deja sin conocer las razones que fundaban la ordenación discutida, sin que se cuente con base para valorar si se ajustaba o no a Derecho», por lo que concluye afirmando que «procedente será una anulación de actuaciones *con referencia estricta al terreno litigioso* a fin de que con la necesaria motivación se establezca la ordenación adecuada a las exigencias del interés público». ¿Por qué más?

¿*Quid* en el caso, más problemático en apariencia, de la falta de respuesta a las alegaciones formuladas en el trámite de información pública? La Sentencia de 22 de septiembre de 2015 a la que más atrás he hecho referencia a propósito de la ausencia del

²³ Sobre la necesidad de un análisis casuístico de las situaciones provocadas por la infracción formal, véase *ibid.*: 111.

informe de impacto de género anuló el Plan de Ordenación territorial de la Costa del Sol Occidental en primer término por esa razón, esto es, porque «en el primer periodo de información pública abierto por la Administración autonómica... la entidad mercantil recurrente formuló una serie de alegaciones que no merecieron la respuesta de la Administración... ya que se limitó a contestar las alegaciones que se presentaron en el segundo periodo de información pública».

¿Puede decirse en estas circunstancias que se produjo una efectiva indefensión del recurrente? ¿Puede decirse realmente que no fue oído en el procedimiento, que es lo que intenta asegurar la equiparación de la falta de respuesta a las alegaciones formuladas en la información pública a la privación del derecho de audiencia que hace la jurisprudencia que la Sentencia cita? Es evidente que no.

Estoy totalmente de acuerdo en que las alegaciones deben ser respondidas para que pueda entenderse cumplido el trámite de información pública, destinado a posibilitar la participación ciudadana en la elaboración del procedimiento, pero, aun siendo esto así, ¿es sensato anular en su totalidad un Plan que comprende, ni más ni menos, que toda la Costa del Sol Occidental porque no se respondió a uno de los alegantes en la primera información pública, aunque sí en la segunda? Yo creo sinceramente que no y mucho menos sin intentar valorar siquiera si la alegación tenía o no algún fundamento. No parece que lo tuviera en este caso, además, porque lo que el alegante y luego recurrente pretendía era que la zona adyacente a las Dunas de Artola, calificada por el Plan como espacio libre, volviera a ostentar «la condición de suelo urbanizable programado que tenían antes de la entrada en vigor del instrumento territorial impugnado en la instancia» (*sic* en el antecedente de hecho séptimo, *in fine*, de la Sentencia), lo que no era posible, en ningún caso, ya que las Dunas de Artola fueron declaradas Monumento Natural de Andalucía por Decreto del Gobierno andaluz 250/2003, de 9 de septiembre, declaración que conlleva la sujeción, no solo de las Dunas, sino también de los terrenos adyacentes a las mismas a un régimen de protección, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 27 de la Ley andaluza 2/1989, de 18 de julio. Esa sujeción a un régimen de protección de la zona adyacente a las Dunas de Artola obligaba a clasificar los terrenos como suelo no urbanizable, dados los términos del art. 9.1ª de la Ley

estatal de Régimen de Suelo y Valoraciones de 13 de abril de 1998, entonces vigente. La alegación no tenía, pues, ningún fundamento.

Hay que mirar siempre lo que hay detrás del vicio de forma o de procedimiento alegado para no llegar al absurdo de anular en su totalidad un Plan de Ordenación —y todo lo que de él traiga causa— al cabo de nueve años de pleitos sin ninguna razón material o de fondo, ya que el Plan en cuestión no podía hacer otra cosa que lo que hizo.

En cualquier caso, aunque no hubiese sido así, la falta de respuesta a la alegación formulada sobre la calificación de la zona adyacente a las Dunas de Artola, que es solo un lugar, un pequeño lugar, de la Costa del Sol Occidental, no tenía por qué determinar la nulidad de pleno derecho de todo el Plan. Ninguna razón, que a mí se me alcance al menos, puede justificar tamaña desmesura.

Ni siquiera ese «carácter sustancial que tienen las reglas de procedimiento para la elaboración y aprobación de las disposiciones de carácter general» al que la Sentencia de 22 de septiembre de 2015 apela (fundamento jurídico tercero, *in fine*), porque, antes de llegar a la declaración de nulidad que sería el corolario de ese carácter sustancial, habría que comprobar primero si el vicio denunciado es consistente o no. Porque, si no lo es, llegar a esos extremos supone atribuir a esas reglas un carácter, más que sustancial, sagrado, y eso, francamente, es demasiado.

Hay razones, me parece, serias razones, que aconsejan reajustar la jurisprudencia a la que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha llegado en estos últimos años, yo diría sin querer, deslizándose al impulso de un afán, muy elogiable sin duda, de poner orden, de asegurar la disciplina en la elaboración del planeamiento. El resultado de ese impulso no ha sido positivo. Se ha ido demasiado lejos, tanto que como el procedimiento de elaboración de los planes se ha hecho cada vez más complejo al involucrarse en el mismo los problemas ambientales y estratégicos es difícil, muy difícil, que un plan salga limpio del horno, prácticamente imposible si a esa complejidad de las normas reguladoras se une la hipervaloración de las formas y la absoluta ausencia de matizaciones en función de las circunstancias del caso en las que ha caído la jurisprudencia al uso.

La aplicación automática de la nulidad del pleno derecho a todo el Plan General de ordenación y a todo lo que venga después de él, tenga o no tenga que ver con el vicio o defecto procedimental, en muchos casos banal, que hubiere determinado la declaración de nulidad, debe ser reconducida también a sus justos límites. Razones que así lo exijan no faltan, como ya destaqué más atrás.

Se necesita para ello, eso sí, un cambio de la mentalidad tradicional de los jueces, un tránsito desde la actitud propia de meros censores, ahora radicales, que se desentienden pura y simplemente del resultado de su censura por considerar que no es cosa suya, en una aplicación ciega del *fiat iustitia et pereat mundus* a la de colaboradores en una tarea común de *regularización* de lo que razonablemente pueda considerarse subsanable, de limitación de la contaminación de los actos posteriores al declarado nulo y de las subsiguientes nulidades en cadena e, incluso, de guía capaz de evitar ulteriores tropiezos²⁴. En el país vecino lo han hecho así, tras una reflexión colectiva profunda, y parece que con éxito. No hay razón para que nosotros no hagamos algo parecido tras la correspondiente reflexión sobre nuestra propia realidad, que no es muy diferente.

3.5. Reformas legales que sería conveniente introducir en el proceso contencioso del urbanismo

Los ajustes jurisprudenciales que sugiero aliviarían no poco la situación actual, pero no serían suficientes, como es lógico, para resolver todos los problemas. Habría, pues, que introducir también algunos retoques en la regulación actual del proceso contencioso-administrativo. ¿Cuáles?

En mi primer trabajo sobre este asunto²⁵ enuncié ya una serie de ellos, por lo que ahora me limitaré a recordarlos y me detendré solamente en lo que se refiere a la

²⁴ Véase H. DELESALLE (2016: 1769).

²⁵ Véase el trabajo citado en la nota 2.

instrumentación de esa idea de la *regularización* que me parece lo más importante del conjunto y sobre la que pasé entonces muy por encima.

Mi experiencia, ya larga, me lleva a la profunda convicción de que la acción pública en materia de urbanismo no solo no ha aportado nada positivo, sino que ha contribuido a normalizar la corrupción, porque ha propiciado la aparición de personas que han hecho de ella una profesión. Aunque solo fuera por esto, habría que prescindir ya de la acción pública, que, además, carece hoy de la justificación que en 1956 pudo tener. En la actualidad la legitimización para promover un proceso contencioso-administrativo es muy amplia, porque basta con exhibir un interés un punto, solo un punto, superior al que cualquier ciudadano puede tener al respeto y la observancia de la legalidad. La Ley de la Jurisdicción se la reconoce ya sin dificultad no solo a las corporaciones, asociaciones y sindicatos, sino también a los grupos de afectados y uniones sin personalidad (arts. 18 y 19.1.b). La Ley de Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985 se la reconoce también, por su parte, a los miembros de las corporaciones locales que hubieran votado en contra de los acuerdos correspondientes (art. 63.1.b). Tenemos, además, una Fiscalía Anticorrupción. ¿Para qué queremos más? ¿Para dar vía libre a recursos «crapulosos»?

Me parece bien igualmente la iniciativa francesa de admitir en el propio proceso contencioso administrativo la posibilidad de reconvención para que el demandado, que se ve obligado a soportar un recurso abusivo, pueda reclamar la condena del demandante al pago de una indemnización por los daños y perjuicios resultantes. Según parece, los resultados de esta iniciativa no han sido muy brillantes hasta ahora, pero, si la Ley de la Jurisdicción incorporara una previsión en este sentido, serviría al menos como un aviso a navegantes, a esos recurrentes abusivos que, aunque se suprimiera la acción pública, seguirían existiendo, como la experiencia francesa demuestra.

Creo también que es muy serio el ejemplo francés de limitar la demolición de construcciones realizadas al amparo de una licencia declarada nula (no de las construidas sin licencia, que deberían demolerse en todo caso, salvo que sea posible su legalización) a las levantadas en zonas sensibles (espacios naturales protegidos, servidumbre de protección, sectores incluidos en planes de prevención de riesgos, servidumbres relativas a

los suelos contaminados, zonas de protección de acuíferos, entorno de los bienes de interés cultural, etc). La situación actual en materia de ejecución de sentencias de demolición es insostenible porque pone al sistema entero en una situación límite, ya que o bien se mira para otro lado y se acepta de un modo u otro que una sentencia firme quede inejecutada o bien se afronta deliberadamente la aparición en muchos casos de un auténtico problema social²⁶. Si malo es lo uno, peor es lo otro. El ejemplo de Cantabria debería ser suficiente²⁷.

Insisto por ello en la conveniencia de recuperar el viejo art. 228 de la Ley del Suelo de 1956, que el Tribunal Constitucional consideró conforme a la Norma Fundamental²⁸, precepto que permitía al Tribunal sentenciador dirigirse a la Administración para que en el plazo de dos meses le notificara «si, por motivos de interés público, se impone seguir o conservar la obra». Si se optase por esto último, el Tribunal fijaría la indemnización que el condenado habría de abonar al perjudicado por los daños y perjuicios que hubiese podido causarle y a la Administración por los inferidos a los intereses generales. Esa indemnización debería servir en todo caso para confiscar el beneficio ilícitamente obtenido por el titular de la licencia anulada.

²⁶ Para evitarlo, la reciente reforma de nuestra Ley jurisdiccional realizada por la disposición final 3.4 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, ha añadido al art. 108 de aquella un párrafo 3 que permite al juez o tribunal exigir, «como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fé», solución claramente inspirada en la Ley de Cantabria que la Sentencia constitucional 92/2013, de 22 de abril, no tuvo más remedio que anular por razones competenciales.

²⁷ Sobre esto me remito al detallado estudio de L. Martín Rebollo (2013), «Ejecución de sentencias de derribo y técnicas obstruccionistas (A propósito de la STC 92/2013)», *Revista de Urbanismo y Edificación*, 28.

²⁸ En su Sentencia 67/1984, de 7 de junio, en la que afirmó que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación»

Una solución de este tipo permitiría situar el problema en el terreno de lo razonable, porque preservaría lo fundamental, ya que la demolición no se eludiría en el caso de construcciones en las zonas sensibles más atrás indicadas, y aseguraría en todo caso la ejecución por equivalente, lo que también es constitucional, de todas las sentencias, evitando las soluciones vergonzantes a las que el maximalismo actual nos empuja a diario.

Vamos ahora con la *regularización* y con ese papel más activo que en Francia se ha atribuido al juez en el contencioso del urbanismo.

Pues bien, lo primero que hay que subrayar al respecto es que esa nueva posición del juez no sería una novedad radical entre nosotros. El art. 43.2 de la vieja Ley de la Jurisdicción de 1956 ya le permitía, como es bien sabido, salir de su tradicional pasividad cuando «al dictar sentencia, estimase que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición», autorizándole en tales casos a advertírsele así a las partes para que estas pudieran formular las alegaciones que estimaran convenientes al respecto.

Yo he visto hacerlo en contadísimas ocasiones, pero el precepto sigue en pie en el art. 33.2 de la Ley vigente. Es más, el art. 65.2 de esta ha querido, incluso, adelantar esa posibilidad al momento de la vista o de las conclusiones, lo que sin duda es preferible.

Un paso más en esta misma dirección lo ofrece el art. 77 de la propia Ley, según el cual en los procesos en primera o única instancia el juez, de oficio o a solicitud de parte, podrá, una vez formulada la demanda y la contestación, someter a la consideración de las partes «el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar el acuerdo que ponga fin a la controversia».

El precepto da al juez el protagonismo que la doctrina francesa celebra al permitirle tomar la iniciativa y sugerir a las partes la posibilidad de llegar a un acuerdo, pero lo limita a las «materias susceptibles de transacción» y a las cuestiones que versen sobre «estimación de cantidad».

Todo requiere, ciertamente, un principio y es razonable que para abrir camino se elija el terreno más llano, que es, sin duda, el que el art. 77 de la Ley ha escogido. Nada impide, sin embargo, la extensión de la fórmula a las licencias de construcción, ya que estas son, como es notorio, actos reglados. La apertura por el juez de un trámite de diálogo entre las partes podría hacer ver a estas la posibilidad de enderezar el conflicto, bien corrigiendo los eventuales excesos en que pudiera haber incurrido la licencia recurrida, bien cambiando la disposición de los elementos del proyecto que hubieren resultado conflictivos, bien introduciendo cualesquiera otros ajustes, dentro, por supuesto, de la legalidad aplicable, lo que podría plasmarse mediante la expedición de una nueva licencia modificada que pondría fin al proceso por satisfacción extraprocesal.

No sería difícil, ni mucho menos, afinar esta idea y corregir en lo procedente la redacción actual del art. 77 prolongando así la línea lógica a la que este responde.

Tampoco sería complicado reseñar un precepto nuevo que autorizara al juez para que, una vez que conozca los términos en los que está planteada la impugnación de un plan de ordenación urbana (o de un instrumento de gestión, un proyecto de reparcelación, por ejemplo), esto es, una vez presentados los escritos de demanda y contestación, y que haya podido comprobar, por lo tanto, la ausencia de algún informe preceptivo o la existencia de cualquier otro defecto formal subsanable (la falta de una segunda información pública, que es causa de la caída de tantos planes, o la ausencia de respuesta a las alegaciones que se hubieren presentado en el curso del procedimiento o cualquier otro semejante), pueda dirigirse a la Administración advirtiéndoselo así y otorgándole un plazo prudencial para aportar el informa omitido o para subsanar el defecto apreciado, así como para introducir eventualmente en el plan objeto del debate las correcciones que pudiesen requerir los nuevos elementos obtenidos, de todo lo cual habría de darse, como es natural, traslado a las partes para que pudiesen formular las alegaciones que considerasen pertinentes.

Todo ello permitiría solventar a los pocos meses de la interposición de un recurso defectos de índole procedimental que hoy conducen a la declaración de nulidad de pleno derecho de muchos planes de ordenación, sobre todo generales, con la secuela de problemas que generan tales declaraciones, habida cuenta de que los planes en cuestión han estado en

vigor y producido efectos durante los años que tarda en ganar firmeza la sentencia anulatoria de los mismos, que son muchos, como bien nos consta.

No creo que sea necesario mucho más, pero sí considero que sería muy útil introducir cuanto antes las reformas que he intentado justificar. Aliviarían, sin duda, la presión que hoy soporta el contencioso urbanístico, cuyo panorama actual es absolutamente insatisfactorio.

4. REFLEXIÓN FINAL

En las páginas precedentes he pretendido simplemente completar la información que hace cuatro años aporté sobre las propuestas de reforma entonces formuladas en Francia, que hoy son ya derecho positivo, y concretar las reflexiones que al hilo de las mismas expuse sobre nuestra propia realidad, que es muy semejante a la francesa, como ya he dejado dicho, por lo que es muy importante aprovechar la experiencia de nuestros vecinos.

Ello no significa, ni mucho menos, que deje de lado los puntos de vista expuestos desde entonces por otros prestigiosos colegas acerca de la discutible naturaleza jurídica de los planes urbanísticos y de los efectos atribuibles a las eventuales infracciones que pueden viciar el procedimiento de elaboración de los mismos²⁹. Sobre el primero de dichos problemas versa específicamente, además, el voto particular de los Sres. J. J. Suay Rincón y M. del Oro-Pulido a la Sentencia de 22 de septiembre de 2015 a la que he hecho referencia más atrás.

²⁹ Véase J. A. SANTAMARÍA PASTOR (2016), «Una imprevista disfunción del sistema urbanístico: la mortalidad judicial de los planes», *Práctica Urbanística*, 141, con un valiosísimo anexo sobre los 135 recursos contra planes urbanísticos resueltos por el Tribunal Supremo el año 2014, de los cuales 108 lo fueron en sentido estimatorio, anulando, por lo tanto, los planes impugnados. Véase también J. M. BAÑO LEÓN (2017), «El plan urbanístico en ruina (Un esbozo de reconstrucción)», *Práctica Urbanística*, 144; y J. M. BAÑO (2016), «Reconsideración sobre el régimen de impugnación del plan urbanístico», en GÍFREU, BASSOLS Y MENÉNDEZ (dirs.), *El Derecho de la Ciudad y el Territorio, Estudios en Homenaje a Manuel Ballbe Prunes*, Madrid: INAP.

Comparto sin reservas estas preocupaciones, que reflejan sin duda un estado de opinión generalizado y creo de la mayor importancia sumarlas a las que yo he expuesto aquí e invitar a reflexionar sobre ellas a esa Sección 3ª de la Comisión General de Codificación no hace mucho creada y todavía inédita, que podría ser muy bien quien elevara al Ministro de Justicia un informe propuesta sobre el modo de poner remedio a la situación actual. No puede demorarse ya más tiempo la respuesta a esa plaga insufrible de las anulaciones de los planes de urbanismo que nos descalifica por su zafiedad a todos los juristas españoles.

UN ÉTAT D'URGENCE PERMANENT?¹

**(Loi n. o 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure
et la lutte contre le terrorisme)**

Olivier LE BOT ²

INDEX

- 1. L'INSCRIPTION DANS LE DROIT COMMUN DE POUVOIRS
INSPIRÉS OU ISSUS DE L'ÉTAT D'URGENCE**
 - 1.1. La fermeture de lieux de culte*
 - 1.2. Les périmètres de protection*
 - 1.3. Les mesures de surveillance individuelle*
 - 1.4. Les perquisitions administratives*
- 2. UN RÉGIME JURIDIQUE PLUS LIBÉRAL QUE CELUI DE L'ÉTAT
D'URGENCE**
 - 2.1. Des conditions plus strictes que sous l'état d'urgence*
 - 2.2. Des garanties renforcées par rapport à l'état d'urgence*

¹ Reproduction de l'étude paru sur la Revue Française de Droit Administratif, novembre -décembre 2017, p. 1115-1126.

² Professeur à l'Université d'Aix-Marseille.

3. L'ADMISSIBILITÉ DES NOUVEAUX POUVOIRS CONFÉRÉS À L'ADMINISTRATION

3.1. Une extension des pouvoirs de l'administration suscitant des inquiétudes

3.2. Les paramètres de l'admissibilité

4. CONCLUSION

L'ESSENTIEL

Afin, selon le législateur, de permettre une sortie maîtrisée de l'état d'urgence, la loi du 30 octobre 2017 reprend dans le code de la sécurité intérieure plusieurs pouvoirs inspirés de ce régime. Accusée d'organiser une sortie en trompe-l'œil, la nouvelle loi ne constitue pas un décalque de celle de 1955. Elle s'inscrit néanmoins dans la démarche préventive qui anime cette dernière depuis sa révision en 2015 et qui caractérise plus largement notre droit de la sécurité publique depuis trois ans.

Le 24 mai 2017, deux jours après un attentat ayant frappé Manchester, le président de la République tenait à l'Élysée un conseil de défense et de sécurité nationale. À l'issue de celui-ci, un communiqué annonçait que le Parlement serait saisi d'un nouveau projet de loi de prorogation de l'état d'urgence pour une durée limitée, jusqu'au 1er novembre 2017, correspondant au temps nécessaire à l'examen d'un autre projet de loi comportant de nouvelles dispositions de lutte antiterroriste.

Les deux projets de loi, rapidement élaborés, ont été soumis au Conseil d'État le 6 juin 2017 (pour le projet de loi de prorogation) et le 7 juin (pour le projet de loi renforçant

la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme³). Intimement liés, ces deux textes reposent sur trois idées.

Première idée : le niveau élevé de la menace terroriste justifie des mesures fortes.

Deuxième idée: les mesures fortes de l'état d'urgence sont efficaces mais doivent être provisoires. Une application prolongée de l'état d'urgence ne correspond pas à sa vocation: «celle d'un régime *temporaire*, activé dans des circonstances exceptionnelles pour faire face à un péril imminent et justifiant qu'il puisse être porté une atteinte accrue, pour une raison précise et une *durée limitée*, à certaines libertés publiques »⁴. Il fallait donc sortir de l'état d'urgence.

Toutefois, et c'est la troisième idée, cette sortie ne devait pas avoir pour effet de désarmer l'État face au terrorisme⁵. Aussi a-t-il été considéré que c'est seulement en inscrivant dans le droit commun certains pouvoirs inspirés de l'état d'urgence qu'il pouvait être mis fin à l'application de ce régime.

Dans ses avis, rendus le 15 juin 2017⁶, le Conseil d'État a approuvé cette démarche qu'il avait lui-même préconisée à diverses reprises⁷. Les deux textes ont par la

³ Une certaine hâte semble avoir présidé à l'élaboration de ce texte. Le Conseil d'État relève en effet que deux saisines rectificatives lui ont été adressées (l'une le 7 juin, l'autre le 14) et que l'étude d'impact ne lui est parvenu que le 15 juin.

⁴ Exposé des motifs du projet de loi de prorogation (formule proche utilisée dans l'exposé des motifs du second projet de loi). Non souligné.

⁵ Exprimant un sentiment partagé, un sénateur déclarait que la France ne peut pas « se démunir juridiquement face au fléau du terrorisme » (F.-N. Buffet, JO débat Sénat, séance du 18 juill. 2017, p. 2697).

⁶ Avis n° 393347 et n° 393348.

⁷ Avis n° 391124 du 2 févr. 2016, pt 6 ; n° 391834 du 18 juill. 2016, pt 4 ; n° 392427 du 8 déc. 2016, pt 6.

suite été adoptés en conseil des ministres le 22 juin et déposés le jour même au Sénat. Le 28 juin, le gouvernement engageait à leur égard la procédure accélérée.

Le projet de loi prorogeant l'état d'urgence jusqu'au 1er novembre 2017 a été examiné en premier, logiquement au regard de l'articulation des deux textes et du fait que l'état d'urgence allait s'interrompre au 16 juillet 2017.

Cette sixième prorogation de l'état d'urgence a été présentée comme la dernière. « Il s'agit », assurait le ministre de l'intérieur aux parlementaires, « de la dernière prorogation que ce gouvernement vous demandera d'adopter »⁸. Après un rapide examen par les chambres et un vote à une écrasante majorité⁹, la loi de prorogation no 2017-1154 a été promulguée le 11 juillet 2017. Elle comporte trois articles.

L'article 3 constitue un simple article de coordination.

L'article 2 modifie, pour tenir compte d'une décision du Conseil constitutionnel¹⁰, la rédaction de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence afin de préciser les conditions de mise en œuvre des pouvoirs qu'il reconnaît (interdiction de séjour, zones de protection, couvre-feu) et renforcer les garanties assortissant leur exercice.

Enfin, raison d'être de ce texte, son article 1er proroge l'état d'urgence à compter du 16 juillet 2017 jusqu'au 1er novembre 2017. Cette prorogation a été justifiée par deux considérations : d'une part, la persistance de la menace terroriste, d'autre part, la nécessité de disposer de moyens forts pour la combattre, lesquels existaient uniquement sous le régime de l'état d'urgence tant que le projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte

⁸ G. Collomb, JO débat Sénat, séance du 4 juill. 2017, p. 1882.

⁹ Au Sénat : 312 pour, 22 contre (séance du 4 juill.). À l'Assemblée nationale : 137 pour, 13 contre (séance du 6 juill.).

¹⁰ Cons. const., 9 juin 2017, n° 2017-635 QPC, AJDA 2017. 1197 ; D. 2017. 1193 ; Constitutions 2017. 345.

contre le terrorisme n'était pas adopté. L'état d'urgence a donc été prorogé pour trois mois et demi, cette durée correspondant au temps nécessaire à l'examen du second projet de loi.

Le délai ne s'est pas avéré trop large puisque le texte, ayant pour objet – selon les termes de l'exposé des motifs – de « permettre une sortie maîtrisée de l'état d'urgence » en reprenant dans le droit commun quatre pouvoirs spéciaux issus de ce régime, n'a été définitivement adopté que le 18 octobre 2017, soit moins de quinze jours avant la fin programmée de l'état d'urgence.

Le projet de loi avait pourtant été adopté par le Sénat, première chambre à l'examiner, en seulement trois semaines. À l'issue de débats relativement apaisés, le texte, ne rencontrant d'opposition que chez les socialistes et les communistes, a été adopté, après avoir été amendé dans un sens plus libéral, le 18 juillet 2017, par 229 voix contre 106.

Les délais ont été plus longs devant l'Assemblée nationale, pour trois raisons : la suspension des travaux parlementaires entre le 9 août et le 12 septembre, l'encombrement de l'ordre du jour ainsi que les échanges – et oppositions – que ce texte a suscités. Au sein de la chambre basse, Les Républicains, la France insoumise et les communistes ont voté contre, les premiers au motif que le texte était trop laxiste (Guillaume Larrivée a ainsi fustigé un « texte faible », qui « désarme » la population¹¹ et instaure « un état d'urgence dégradé [...] qui diminue le niveau de protection des Français¹² » les deux autres groupes au motif qu'il était trop sécuritaire (Ugo Bernalicis a en particulier critiqué une loi « liberticide et contre-productive¹³ »). Cela étant, la position hégémonique du groupe La République en marche, auxquels se sont jointes les voix socialistes, a conduit l'Assemblée à adopter le

¹¹ JO débat Ass. nat., séance du 11 oct. 2017, p. 3008.

¹² CMP, rapport Ass. nat. n o 265 et Sénat n o 16, p. 6.

¹³ JO débat Ass. nat., 1 re séance du 25 sept. 2017, p. 2463.

texte à une large majorité (415 pour, 127 contre) le 3 octobre 2017, dans une version plus conforme au projet gouvernemental – donc plus stricte que le texte adopté par le Sénat.

Réunie le 9 octobre, la commission mixte paritaire (CMP) est parvenue à un accord approuvé par l'Assemblée nationale le 11 octobre (à main levée, donc sans décompte des voix) et définitivement adopté par le Sénat le 18 octobre (244 pour, 22 contre, les socialistes s'étant abstenus). Promulguée de façon solennelle le 30 octobre 2017¹⁴, la loi no 2017-1510¹⁵ est entrée en vigueur le 1er novembre 2017 sans saisine du Conseil constitutionnel.

Il est à noter que le texte comporte de nombreux articles ne présentant qu'un lien ténu avec l'objectif premier de celui-ci, à savoir la reprise dans le droit commun de pouvoirs issus de l'état d'urgence. Certains figuraient dans le projet de loi présenté par le gouvernement : ils concernent les fichiers de voyageurs¹⁶, le renseignement hertzien¹⁷ et le

¹⁴ Le président de la République a convié les journalistes à l'Élysée pour la signature de la loi, ainsi qu'il l'avait fait pour les lois du 15 sept. 2017 relatives à la moralisation de la vie publique et les ordonnances du 22 sept. 2017 modifiant le droit du travail.

¹⁵ JO n o 255 du 31 oct. 2017, texte n o 1.

¹⁶ Les art. 12 et 13 portent sur le fichier des passagers aériens (PNR, pour Passenger Name Record), d'une part pour pérenniser le dispositif qui avait été introduit à titre provisoire par la loi n o 2013-1168 du 28 déc. 2013, d'autre part pour l'adapter au droit de l'Union européenne. L'art. 14 crée un fichier des passagers du transport maritime à destination ou au départ de la France, distinct du système PNR.

¹⁷ Pour tirer les conséquences d'une invalidation prononcée par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 21 oct. 2016, n° 2016-590 QPC, AJDA 2017. 752, note E. DEBAETS ; *ibid.* 2016. 2015 ; D. 2016. 2120 ; *ibid.* 2017. 1328, obs. N. JACQUINOT et R. VAILLANT ; Constitutions 2016. 653, chron. O. LE BOT ; *ibid.* 713), l'art. 15 intègre la surveillance des communications hertziennes privatives dans le droit commun du renseignement. L'art. 18 autorise pour sa part les forces armées à surveiller les communications hertziennes échangées sur un réseau public.

contrôle aux frontières¹⁸. D'autres ont été ajoutés durant l'examen parlementaire: ils portent sur la subvention des associations ayant pour objet la prévention de la radicalisation et la lutte contre celle-ci (art. 6), le renseignement¹⁹, le droit pénal et la procédure pénale²⁰ et des éléments divers relatifs à la sécurité publique²¹.

¹⁸ Afin «de mieux contrôler l'immigration et prévenir les actes de terrorisme » (étude d'impact, p. 10), l'art. 19 étend les possibilités de contrôle d'identité dans les zones frontalières. D'une part aux frontières intérieures : il élargit la zone de contrôle « aux abords » des infrastructures de transport ouvertes au trafic international (alors qu'il était seulement autorisé dans les zones de ces lieux accessibles au public) et étend la durée des contrôles possibles en la portant de 6 à 12 heures consécutives. D'autre part aux frontières extérieures : il autorise les contrôles autour des infrastructures de transport ouvertes au trafic international qui constituent des points de passage frontaliers sensibles « en raison de l'importance de leur fréquentation et de leur vulnérabilité ».

¹⁹ D'abord, pour tenir compte d'une décision du Conseil constitutionnel intervenue durant les débats (Cons. const., 4 août 2017, n° 2017-648 QPC, AJDA 2017. 1642 ; D. 2017. 1657, et les obs.), se trouve réécrite une disposition du CSI relative à l'interception des données de connexion de l'entourage d'une personne faisant l'objet d'une telle technique de renseignement, en limitant le nombre d'autorisations pouvant être simultanément accordées (art. 15). Ensuite est étendu le champ des informations dont est destinataire la délégation parlementaire au renseignement afin qu'elle se voit communiquer les observations formulées par la CNCTR en matière d'écoutes hertziennes (art. 16). Enfin se trouve prolongée pour deux ans l'expérimentation de traitements automatisés destinés à détecter des connexions susceptibles de révéler une menace terroriste – technique dite de « l'algorithme » (art. 17).

²⁰ Une nouvelle infraction est créée : le fait, par une personne ayant autorité sur un mineur, de faire participer celui-ci à une entreprise terroriste (art. 10). La procédure pénale est par ailleurs modifiée sur trois points : faculté de recourir à la géolocalisation dans les dispositifs d'enquête spécifiques à la lutte contre la délinquance et la criminalité organisées (art. 7) ; renforcement de la protection des « repentis » (art. 8) ; extension de la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées à certaines atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation (art. 9).

²¹ Possibilité de procéder à une enquête administrative lorsque le comportement d'une personne occupant un emploi ou titulaire d'une autorisation, agrément ou habilitation laisse apparaître des doutes sur la compatibilité avec des missions ou des activités au titre desquelles ils ont été délivrés (art. 11) ; transmission en temps réel des images des caméras-piétons des agents de la SNCF et de la RATP (art. 21).

Par-delà ces dispositions présentes dans le texte pour des raisons d’opportunité, le cœur de la loi réside dans ses articles 1 à 4 en ce qu’ils sont à l’origine de celle-ci, ont occupé l’essentiel des débats parlementaires et attiré la plus grande attention des observateurs. Ces articles, cela a été rappelé, inscrivent dans le droit commun des pouvoirs provenant de l’état d’urgence afin, selon le législateur, de permettre une sortie de ce régime.

La mise en perspective de ces deux éléments (sortir de l’état d’urgence, tout en reprenant ses dispositions) frappe d’emblée le commentateur par le paradoxe apparent qu’elle recèle: la loi réalise-t-elle réellement une sortie de l’état d’urgence en reprenant dans la législation ordinaire les dispositions qui en sont issues? N’instaure-t-elle pas au contraire, pour reprendre une expression maintes fois utilisée, un «état d’urgence permanent»?

L’examen des dispositions révèle que les pouvoirs nouveaux conférés à l’administration sont, comparés au régime de l’état d’urgence, assortis de conditions plus strictes et entourés de garanties supérieures. Le cadre juridique plus favorable dans lequel ces prérogatives s’exercent ne dispense toutefois pas d’une interrogation sur leur admissibilité.

1. L’INSCRIPTION DANS LE DROIT COMMUN DE POUVOIRS INSPIRES OU ISSUS DE L’ETAT D’URGENCE

La loi du 30 octobre 2017 étend considérablement les pouvoirs de police administrative dont disposent les autorités publiques, en inscrivant dans la législation ordinaire quatre pouvoirs repris totalement (pour trois d’entre eux) ou partiellement (pour l’un d’eux) de la loi sur l’état d’urgence.

1.1. La fermeture de lieux de culte

Issu de l’article 2 de la loi, le nouvel article L. 227-1 du code de la sécurité intérieure (CSI) confère au préfet le pouvoir d’ordonner la fermeture d’un lieu de culte. Ce pouvoir constitue un emprunt direct à la loi du 3 avril 1955 sur l’état d’urgence, dans sa version résultant de la loi du 21 juillet 2016. Dans sa rédaction initiale, l’article 8, alinéa

1er, de la loi sur l'état d'urgence autorisait le préfet et le ministre de l'intérieur à ordonner la fermeture des lieux de réunion « de toute nature », sans précision – et par conséquent sans limitation – sur les lieux concernés. Il a pu de ce fait servir de fondement à la fermeture de lieux de culte, ainsi que l'a confirmé le juge des référés du Conseil d'État²². Le législateur a néanmoins souhaité que cette précision soit inscrite expressément dans la loi. Aussi le premier alinéa de l'article 8 précise-t-il, depuis la loi du 21 juillet 2016, que les autorités peuvent ordonner la fermeture des lieux de réunion « de toute nature », « en particulier des lieux de culte ».

S'agissant de la pratique, l'étude d'impact accompagnant le projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme indiquait que, depuis la déclaration de l'état d'urgence le 13 novembre 2015, seize lieux de culte (tous musulmans) avaient été fermés sur le fondement de cette disposition. Elle ajoutait : « Trois d'entre eux ont rouvert, soit parce qu'il n'a pas été décidé de reprendre une mesure de fermeture après une prorogation de l'état d'urgence (...), soit après abrogation de l'arrêté de fermeture à la suite de mesures prises par les gestionnaires de la mosquée pour mettre fin aux dysfonctionnements qui avaient justifié sa fermeture (changement d'imam, mise en œuvre de vidéo-protection, recrutement de vigiles, création d'un site internet condamnant les propos de l'ancien imam et les actions de *Daech*, etc.) ».

Jusqu'à présent, l'autorité de police était dépourvue d'un tel pouvoir en période normale (c'est-à-dire hors état d'urgence). D'une part, les pouvoirs de police administrative générale n'autorisent la fermeture d'un lieu de culte que pour un événement déterminé (telle prêche, tel sermon, devant se tenir à telle date). Il ne peut être mis en œuvre pour fermer un lieu de culte dans la durée. D'autre part, la loi du 9 décembre 1905 se borne à placer les « réunions pour la célébration d'un culte tenues dans les locaux appartenant à une association culturelle ou mis à sa disposition » sous « la surveillance des autorités dans

²² CE, ord., 25 févr. 2016, n° 397153, Bourosain, inédit, AJDA 2016. 408 ; ibid. 1303, note C. ALONSO ; AJCT 2016. 552, étude C. ALONSO.

l'intérêt public » (art. 25) sans conférer aux dites autorités un pouvoir de fermeture de ces lieux.

Le législateur a considéré que ces pouvoirs n'étaient pas suffisants pour atteindre l'objectif poursuivi, à savoir déradicaliser en profondeur un lieu de culte, ce qui implique une fermeture de celui-ci durant une période assez longue. C'est la raison pour laquelle il a décidé de reprendre dans le droit commun le pouvoir reconnu à l'article 8 de la loi sur l'état d'urgence.

S'agissant des modalités de cette mesure, trois précisions ont été apportées afin d'assurer son efficacité. En premier lieu, la fermeture peut être prononcée pour une durée assez longue, jusqu'à six mois. Comme le relevait le rapport sénatorial sur le projet de loi, « la mesure de fermeture temporaire d'un lieu de culte a pour objet de permettre un changement profond dans son orientation et son fonctionnement (...). Un tel changement est nécessairement long puisqu'il peut impliquer de remplacer l'équipe gestionnaire de l'association cultuelle, de mettre en place des mesures, telles que la vidéo-protection ou le recours à des vigiles, propres à assurer le maintien de l'ordre public à l'intérieur ou aux abords du lieu de culte »²³. L'étude d'impact évoquait, comme autres modalités, la « mise en place de mesures de surveillance pour éviter la constitution de groupes dissidents », ou encore la « condamnation explicite des actions terroristes et des thèses véhiculées par les organisations terroristes »²⁴. En deuxième lieu, la mesure peut être exécutée d'office. Selon le troisième alinéa de l'article L. 227-1, « L'arrêté de fermeture est assorti d'un délai d'exécution qui ne peut être inférieur à quarante-huit heures, à l'expiration duquel la mesure peut faire l'objet d'une exécution d'office ». En troisième lieu, des peines dissuasives sont prévues en cas de méconnaissance de la décision de fermeture (jusqu'à six mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende selon l'art. L. 227-2).

²³ Rapport Sénat n° 629 (M. Mercier), 12 juill. 2017, p. 46.

²⁴ Étude d'impact, p. 35.

1.2. Les périmètres de protection

Introduit par l'article 1er de la loi, le nouvel article L. 226-1 du code de sécurité intérieure reconnaît au préfet le pouvoir d'instituer « un périmètre de protection au sein duquel l'accès et la circulation des personnes sont réglementés ».

En dépit de la formulation très large de ce pouvoir, celui-ci a pour seul objet, selon les auteurs du texte, de sécuriser un lieu ou un événement en soumettant l'accès à celui-ci à un filtrage.

Ici encore, ce pouvoir constitue un emprunt à la loi de 1955 sur l'état d'urgence. L'article 5, 2°, de ce texte confère au préfet le pouvoir d'instituer « des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé ». L'étude d'impact rappelait que, pendant l'état d'urgence, la mesure « a été utilisée à près de quatre-vingts occasions » pour la sécurisation de trois grands types d'événements : d'abord des manifestations sportives, récréatives ou culturelles (Euro 2016, arrivée du Tour de France, festivités du 14 juillet, Paris-Plage, marchés de Noël, Fête des lumières, inauguration de Marseille Provence Capitale européenne du sport), ensuite des manifestations revendicatives (notamment contre la loi *Travail*), enfin « des lieux particulièrement sensibles telle la rocade jouxtant le port de Calais par laquelle des migrants en situation illégale tentent de gagner l'Angleterre »²⁵.

Jusqu'à présent, l'autorité administrative ne disposait pas d'un tel pouvoir hors périodes d'application de l'état d'urgence. Sa reprise dans le droit commun a été justifiée par la nécessité de protéger les individus de certaines formes d'attaques terroristes telles que l'utilisation d'un véhicule-bélier contre la foule ou l'explosion d'un engin explosif au milieu de celle-ci. En filtrant l'accès à un lieu ou à un événement rassemblant un nombre

²⁵ Étude d'impact, p. 14.

important de personnes, le dispositif vise à empêcher l'entrée dans celui-ci d'individus souhaitant y perpétrer une attaque.

Les modalités du périmètre de protection sont définies de façon détaillée à l'article L. 226-1 nouveau du CSI.

L'arrêté « définit ce périmètre (...) ainsi que ses points d'accès ». Deux types de vérifications, « à l'exclusion de toute autre » (art. 226-1, al. 3), peuvent être effectués.

En premier lieu, « L'arrêté peut autoriser les agents (...) à procéder, au sein du périmètre de protection, avec le consentement des personnes faisant l'objet de ces vérifications, à des palpations de sécurité²⁶ ainsi qu'à l'inspection visuelle et à la fouille des bagages ». Selon l'exposé des motifs, l'objectif de ces contrôles est « de s'assurer que les personnes entrant dans le périmètre ne portent ou ne transportent pas d'armes et ne représentent pas de danger ». Ils peuvent être effectués par des policiers et gendarmes et, sous leur contrôle, par des policiers municipaux et des agents de sécurité. L'association des agents de sécurité (au nombre de 140 000) est justifiée par le souci d'utiliser toutes les forces en présence et de permettre aux policiers d'être affectés à d'autres tâches comme la constatation d'infractions ou la reconduite des personnes en dehors du périmètre.

En second lieu, « Lorsque, compte tenu de la configuration des lieux, des véhicules sont susceptibles de pénétrer au sein de ce périmètre, l'arrêté peut également en subordonner l'accès à la visite du véhicule, avec le consentement de son conducteur ». Ces opérations ne peuvent être accomplies que par des policiers et gendarmes.

Selon le septième alinéa de l'article L. 226-1, « Les personnes qui refusent de se soumettre, pour accéder ou circuler à l'intérieur de ce périmètre, aux palpations de sécurité,

²⁶ La palpation de sécurité (évoquée, par ex., à l'art. L. 613-2 du CSI et à l'art. L. 6342-4 du code des transports) est définie comme une mesure de sécurité qui consiste, en passant les mains sur les habits d'une personne, à écarter tout objet dangereux. V., la distinguant d'une fouille au corps : Crim., 27 sept. 1988, n° 88-81.786, inédit.

à l'inspection visuelle ou à la fouille de leurs bagages ou à la visite de leur véhicule s'en voient interdire l'accès ou sont reconduites d'office à l'extérieur du périmètre » par des policiers ou des gendarmes.

1.3. Les mesures de surveillance individuelle

Issu de l'article 3 de la loi, le nouvel article L. 228-1 du CSI confère à l'autorité administrative le pouvoir de prendre à l'égard d'un individu des mesures de contrôle administratif et de surveillance.

Ce pouvoir trouve sa source d'inspiration principale dans le dispositif de contrôle administratif de retour sur le territoire (CART). Ce dispositif, institué par la loi no 2016-731 du 3 juin 2016, permet de contrôler, à leur retour, des individus s'étant rendus ou ayant tenté de rejoindre un théâtre d'opérations de groupements terroristes (art. L. 225-1 s. du CSI). Il distingue deux contrôles pouvant être mis en œuvre : un contrôle fort le premier mois qui suit le retour (art. L. 225-2 : obligation de résider dans un périmètre géographique déterminé, le cas échéant assignation à domicile dans la limite de 8 heures par 24 heures, obligation de se présenter une fois par jour au commissariat), un contrôle plus allégé durant la première année qui suit ce même retour (art. L. 225-3 : obligation de déclarer son domicile et tout changement de domicile ; interdiction de se trouver en relation avec certaines personnes). Le nouveau pouvoir a aussi un lien avec le pouvoir d'assignation à résidence prévu par l'article 6 de la loi sur l'état d'urgence (qui permet principalement d'assigner une personne à résidence la nuit, jusqu'à 12 heures par tranche de 24 heures et de l'obliger à se présenter au commissariat trois fois par jour).

Le législateur a souhaité inscrire dans le droit commun un dispositif plus large que le CART (quant à son champ d'application et sa durée) et plus souple que l'assignation de l'état d'urgence (quant aux obligations imposées). Celui-ci poursuit deux objectifs principaux selon l'exposé des motifs: d'une part, « prévenir le passage à l'acte éventuel de la personne concernée », d'autre part, « faciliter le travail de surveillance des services de renseignement».

S'agissant des modalités, celles-ci sont définies de façon extrêmement précise dans six nouveaux articles du CSI (art. L. 228-2 à L. 228-7).

La loi offre au ministre de l'intérieur souhaitant s'assurer d'un contrôle administratif de l'individu une option entre une surveillance forte et une surveillance assouplie. La surveillance forte est définie à l'article L. 228-2 du CSI; elle prend la forme d'une limitation des possibilités de déplacement de la personne. Aux termes de cet article, le ministre peut faire obligation à l'individu concerné de : « 1° Ne pas se déplacer à l'extérieur d'un périmètre géographique déterminé, qui ne peut être inférieur au territoire de la commune » (cette disposition ajoutant que le périmètre géographique « s'étend, le cas échéant, aux territoires d'autres communes ou d'autres départements que ceux de son lieu habituel de résidence ») ; « 2° Se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, dans la limite d'une fois par jour (...) »²⁷ (cette obligation de pointage pouvant, comme sous l'état d'urgence, être remplacée par un placement sous bracelet électronique si l'individu y consent par écrit : article L. 228-3, précisant que, dans ce cas, le périmètre de l'assignation ne peut être inférieur au département et que le dispositif « ne peut être utilisé par l'autorité administrative pour localiser la personne, sauf lorsque celle-ci a quitté ce périmètre ou en cas de fonctionnement altéré dudit dispositif technique »); « 3° Déclarer son lieu d'habitation et tout changement de lieu d'habitation ». La surveillance souple (qui peut être décidée à titre initial ou après une période de surveillance forte²⁸) est définie à l'article L. 228-4 du CSI ; elle permet d'imposer à

²⁷ Le Sénat avait prévu une présentation trois fois par semaine pour le motif suivant : « le dispositif du CART vise des personnes revenant du territoire irakosyrien dont le risque de passage à l'acte est davantage caractérisé, il apparaît incohérent et disproportionné de prévoir une obligation quotidienne de pointage pour les personnes concernées par le dispositif de contrôle et de surveillance des déplacements proposés par l'article 3 du projet de loi » (Rapport Sénat n° 629 (M. Mercier), 12 juill. 2017, p. 58). À la demande du gouvernement, qui a considéré ce degré de surveillance comme insuffisant, l'Assemblée nationale a rétabli une obligation de pointage quotidienne.

²⁸ Comme l'indique l'étude d'impact (p. 42), les mesures relevant du contrôle assoupli «peuvent trouver une utilité pour continuer à surveiller des personnes ayant fait l'objet des mesures "de contrôle fort" mais dont la surveillance

l'individu les obligations suivantes : « 1° Déclarer son domicile et tout changement de domicile » ; « 2° Signaler ses déplacements à l'extérieur d'un périmètre déterminé ne pouvant être plus restreint que le territoire de la commune de son domicile » ; « 3° Ne pas paraître dans un lieu déterminé »²⁹.

La mesure prise l'est pour une durée maximale de six mois³⁰. Elle peut être renouvelée pour une durée maximale de six mois. Le nombre de renouvellement n'est pas limité.

Une autre mesure peut être prononcée, à titre autonome ou de façon complémentaire à une surveillance forte ou assouplie : comme dans les dispositifs du CART et de l'assignation à résidence, le ministre peut faire obligation à une personne « de ne pas se trouver en relation directe ou indirecte avec certaines personnes, nommément désignées, dont il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité publique » (art. L. 228-5)³¹. Une seconde mesure complémentaire figurant dans le projet de loi a été supprimée par le Sénat, rétablie par l'Assemblée nationale puis définitivement supprimée par la CMP en raison de ses risques

est progressivement allégée, notamment pour tenir compte d'un changement de circonstances (activité professionnelle, suivi d'un stage de déradicalisation...).

²⁹ Introduite par l'Assemblée nationale, cette dernière obligation est équivalente à l'interdiction de séjour prévue à l'art. 5 de la loi sur l'état d'urgence.

³⁰ La durée est sur ce point identique à celle de l'assignation à résidence de l'état d'urgence. Elle est en revanche plus longue que pour le CART, où la durée des mesures est d'un mois pour le contrôle fort (art. L. 225-2) et de trois mois, renouvelable une fois, pour le contrôle allégé (art. L. 225-3).

³¹ Alors que l'étude d'impact la présentait comme une « mesure complémentaire » (ce qu'elle sera le plus souvent en pratique), ladite obligation pourra le cas échéant être mise en œuvre à titre autonome. La rédaction de l'art. L. 228-5 évoque en effet la possibilité de prendre cette mesure « y compris lorsqu'il est fait application des articles L. 228-2 à L. 228-4 », signifiant, a contrario, qu'il sera possible de la prendre même s'il n'a pas été fait application de ces articles.

d'inconstitutionnalité: elle consistait à obliger l'intéressé à déclarer les numéros d'abonnement et les identifiants techniques de l'ensemble de ses moyens de communication électronique.

1.4. Les perquisitions administratives

Introduit par l'article 4 de la loi, l'article L. 229-1 nouveau du CSI confère aux préfets le pouvoir de mettre en œuvre des perquisitions administratives et d'exploiter à l'issue de celles-ci les données informatiques saisies.

Ce pouvoir de perquisition est qualifié de « visite » dans le nouveau texte, par analogie avec la formule utilisée dans différentes procédures administratives de droit commun³². Il est directement inspiré du pouvoir de perquisition administrative reconnu à l'article 11 de la loi sur l'état d'urgence. Avec toutefois une différence de taille: la perquisition n'est plus décidée par le préfet mais autorisée par un juge, en l'occurrence le juge des libertés et de la détention (JLD), à l'image du mécanisme mis en œuvre dans les procédures administratives de droit commun précitées. Les dispositions définissant son déroulement empruntent à la fois à la loi de 1955 sur l'état d'urgence et aux dispositions encadrant les perquisitions administratives de droit commun.

Aux termes de l'article L. 229-1, alinéa 5, du CSI, l'ordonnance du juge des libertés et de la détention « est exécutoire au seul vu de la minute ».

Elle mentionne « l'adresse des lieux dans lesquels les opérations de visite et de saisies peuvent être effectuées », « le service et la qualité des agents habilités à y procéder » et « le chef de service » (plus exactement son matricule, afin de préserver son identité) qui nomme l'officier de police judiciaire territorialement compétent (art. L. 229-1, al. 4).

³² V. par ex. art. L. 206-1 du code rural et de la pêche maritime (police sanitaire), C. minier, art. L. 175-9 (police des mines) et CSP, art. L. 1421-2-1 (produits dangereux pour la santé publique).

La perquisition se déroule en présence d'un officier de police judiciaire « chargé d'assister à ces opérations et de tenir informé le juge des libertés et de la détention de leur déroulement » (art. L. 229-1, al. 4). Sa présence permet le cas échéant de judiciaireiser (selon les règles du code de procédure pénale) les éléments susceptibles de constituer une infraction.

Comme sous l'état d'urgence, un droit de suite est reconnu: « Si, à l'occasion de la visite, les agents qui y procèdent découvrent des éléments révélant l'existence d'autres lieux répondant aux conditions fixées au premier alinéa de l'article L. 229-1, ils peuvent, sur autorisation du juge qui a pris l'ordonnance, délivrée en cas d'urgence par tout moyen, procéder sans délai à la visite de ces lieux » (art. L. 229-2, al. 10).

Enfin, la personne dont le comportement a justifié la perquisition peut être retenue sur les lieux durant son déroulement (art. L. 229-4, permettant la mise en œuvre de cette mesure lorsque la personne « est susceptible de fournir des renseignements sur les objets, documents et données » présents sur le lieu de la perquisition). Comme sous l'état d'urgence, la retenue ne peut durer plus de quatre heures. À la différence du régime de l'état d'urgence, elle ne concerne que la personne dont le comportement a justifié la perquisition et non toutes les personnes présentes sur les lieux.

Le champ des saisies autorisées est plus large que sous l'état d'urgence. Sous ce régime, la loi n'autorise que la saisie de « données ». Dans le nouveau dispositif, peuvent aussi être saisis des « documents » et des « objets » (art. L. 229-5, I).

Il ressort de ce qui précède que la loi du 30 octobre 2017 reprend, tels quels, deux pouvoirs de l'état d'urgence, à savoir la fermeture des lieux de culte et les périmètres de protection. Elle intègre également dans le droit commun, en l'élargissant de façon minime, le pouvoir de perquisition consacré sous ce régime (l'extension tenant seulement à la possibilité de saisir des objets et documents et non pas seulement des données). Elle consacre enfin un mécanisme de surveillance administrative empruntant davantage au dispositif du CART qu'à celui de l'état d'urgence (et, de ce fait, nettement atténué par

rapport à ce dernier, en excluant notamment la possibilité d'une assignation à domicile) mais y ajoutant un autre pouvoir issu de l'état d'urgence, à savoir l'interdiction de séjour.

Si ces pouvoirs sont, au moins pour l'essentiel, inspirés ou repris de l'état d'urgence, leur régime juridique se trouve considérablement libéralisé par rapport à celui-ci.

2. UN RÉGIME JURIDIQUE PLUS LIBÉRAL QUE CELUI DE L'ÉTAT D'URGENCE

L'entrée dans le droit commun, parce qu'elle aboutit à une application ordinaire et permanente des nouveaux pouvoirs, s'est accompagnée d'une redéfinition de leur régime juridique caractérisée par des conditions de mises en œuvre plus strictes et des garanties renforcées.

2.1. Des conditions plus strictes que sous l'état d'urgence

La mise en œuvre des quatre pouvoirs précédemment exposés se veut circonscrite à la lutte contre le terrorisme. Des conditions strictes, propres à chacun de ces pouvoirs, doivent en outre être remplies.

Champ d'application: la lutte contre le terrorisme

L'objectif affiché du législateur est de cantonner l'utilisation des nouveaux pouvoirs au domaine de la lutte antiterroriste.

À cette fin a été insérée, pour chacun d'eux, une formule limitant leur exercice à la prévention d'actes terroristes. S'agissant des fermetures de lieu de culte, mesures de surveillance administrative et perquisitions, la loi prévoit qu'elles peuvent être décidées «aux seules fins de prévenir des actes de terrorisme» (art. L. 227-1, L. 228-1, L. 229-1 et L. 229-5, I). Concernant les périmètres de protection, la loi limite son utilisation à un lieu ou événement «exposé à un risque d'actes de terrorisme» (art. L. 226-1).

Le champ des nouveaux pouvoirs se veut ainsi plus restreint que celui de l'état d'urgence. En effet, la loi du 3 avril 1955 conçoit l'état d'urgence comme un instrument de protection de l'ordre public au sens large. D'une part, les « atteintes graves à l'ordre public » constituent l'une des deux hypothèses permettant son déclenchement (art. 1er). D'autre part, les pouvoirs qu'il reconnaît peuvent être exercés pour « des motifs d'ordre public » (art. 9), des actes portant « une atteinte grave à l'ordre public » (art. 6-1) ou, formule la plus utilisée par la loi, des troubles ou menaces pour la « sécurité et l'ordre publics » (notamment art. 6 et 11). Même lorsque l'état d'urgence a été déclenché en réaction à une menace terroriste, tout objectif de protection de l'ordre public – et non pas seulement de lutte contre celle-ci – peut fonder l'utilisation des pouvoirs qu'il reconnaît³³.

En pratique, au cours de la période 2015-2017, ce régime a servi tout autant d'instrument de lutte contre le terrorisme que de moyen général de protection de l'ordre public.

Le législateur a annoncé rompre avec cette caractéristique de l'état d'urgence en circonscrivant les nouveaux pouvoirs au seul domaine de la lutte antiterroriste³⁴. La rédaction retenue le permet-elle vraiment ?

Deux éléments permettent d'en douter.

En premier lieu, ni la notion de « terrorisme » ni celle d'« actes de terrorisme » ne sont définies par les nouvelles dispositions du CSI. On constate qu'en droit pénal, la notion

³³ V., l'admettant : CE, sect., 11 déc. 2015, n° 395009, Domenjoud, Lebon p. 437, concl. X. Domino ; AJDA 2016. 247, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; *ibid.* 2015. 2404 ; AJCT 2016. 202, étude J.-C. JOBART ; RFDA 2016. 105, concl. X. Domino ; *ibid.* 123, note A. ROBLOT-TROIZIER.

³⁴ Auditionné par la commission des lois du Sénat, le ministre de l'intérieur déclarait : « L'état d'urgence vise à prévenir tout trouble à l'ordre public. Les mesures que nous proposons visent, elles, à prévenir les actes de terrorisme. Elles ne seront pas utilisées à d'autres fins » (G. Collomb, in Rapport Sénat n° 629 [M. Mercier], 12 juill. 2017, p. 142).

d'« acte de terrorisme » fait l'objet d'une définition relativement précise – et soumise au principe de l'interprétation stricte – à travers quatre articles du code pénal (art. 421-1 à 421-2-2). À l'inverse, les articles précités du CSI emploient la notion d'« actes de terrorisme » sans la définir ni renvoyer, pour son appréhension, aux règles du code pénal. Ne figurent ainsi dans la loi, ni d'exigences d'intention ou de but, ni d'actes matériels à caractériser, ni, plus généralement, le moindre critère. Il en résulte que l'autorité administrative dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour définir ce qui relève ou non de la notion « d'actes de terrorisme ». De ce fait, son champ s'étendra bien au-delà de celui qui lui est attribué en droit pénal.

En second lieu, la loi ne subordonne pas l'usage des pouvoirs à la prévention d'«un» acte de terrorisme déterminé. Elle permet leur utilisation, de façon nettement plus générale, pour prévenir «des» actes de terrorisme. Ainsi l'allégation, assez générale, qu'une menace terroriste existe, et que la mesure prise a pour objet de lutter contre cette menace suffira à regarder la mesure prise comme répondant à la finalité imposée. En pratique, la limitation des pouvoirs à la seule lutte antiterroriste ne jouera que pour les situations manifestement éloignées de celle-ci (par exemple, il ne sera pas possible d'interdire à un militant violent de se rendre à une manifestation sur la base de ces dispositions).

Les conditions propres à chaque pouvoir devraient pour leur part présenter davantage de consistance.

Conditions propres à chaque pouvoir

Chaque pouvoir se trouve soumis à des conditions propres que le législateur a souhaitées, hormis pour les lieux de culte, plus strictes que celles prévalant sous l'état d'urgence

- S'agissant de la fermeture de lieux de culte, l'article L. 227-1 du CSI autorise, aux seules fins de prévenir des actes de terrorisme, la fermeture des lieux « dans lesquels les propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la violence, à la haine ou à la discrimination, provoquent à la commission d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes ».

Il ressort de la rédaction retenue que les motifs permettant la fermeture d'un lieu de culte sont de deux sortes : d'une part, la provocation (à la violence, à la haine, à la discrimination ou à la commission d'actes de terrorisme), d'autre part, l'apologie (d'actes de terrorisme). On notera que la possibilité d'utiliser ce pouvoir pour une provocation à la violence, à la haine ou à la discrimination fait sortir celui-ci de la stricte lutte antiterroriste. On relèvera également que l'un de ces motifs, à savoir la provocation à la discrimination, ne se trouve pas mentionné dans la loi sur l'état d'urgence.

S'agissant de l'origine de cette provocation ou de cette apologie, celle-ci peut trouver sa source dans des « propos », des « idées ou théories » ou des « activités ». En comparaison, la loi sur l'état d'urgence ne vise que les « propos ». D'après l'étude d'impact, la notion d'« activités » renvoie notamment aux éléments suivants : « présence d'une école coranique clandestine, diffusant des préceptes et un enseignement radicaux (apologie de la mort en martyr, chants djihadistes, prosélytisme actif anti-républicain) » ; « organisation d'activités en lien avec *Daech* (soutien aux vétérans, aux détenus pour faits en lien avec le terrorisme ; invitation de personnalités connues pour leur soutien à *Daech*...) » ; « existence d'une filière organisée par le lieu de culte (sous couvert d'actions humanitaires ou d'enseignement) »³⁵. Quant à la référence à la diffusion d'« idées ou théories », elle a été justifiée de la manière suivante par le ministre de l'intérieur : « Compte tenu du renforcement de la surveillance, il est (...) plus difficile aujourd'hui de prôner directement le passage à l'acte ; on peut en revanche renvoyer, en les citant, à des théoriciens, des philosophes ou des religieux, dont les ouvrages sont une incitation à la radicalisation ou au passage à l'acte »³⁶.

- Concernant les périmètres de protection, la loi sur l'état d'urgence autorise leur instauration « dans le but de prévenir des troubles à la sécurité et à l'ordre publics » (art. 5)

³⁵ Étude d'impact, p. 34.

³⁶ G. Collomb, in Rapport Ass. nat. n° 164 (R. Gauvin), 14 sept. 2017, p. 29.

sans exiger qu'un risque soit caractérisé. Dans le nouveau dispositif, en revanche, un tel risque doit exister : un lieu ou un événement ne peut faire l'objet d'une telle mesure qu'à la condition d'être « exposé à un risque d'actes de terrorisme à raison de sa nature et de l'ampleur de sa fréquentation » (art. L. 226-1). Selon cet article, le risque doit résulter de deux éléments cumulatifs : d'une part, la « nature » du lieu ou de l'événement considéré (terme très large, pouvant recouvrir sa configuration, son caractère symbolique ou n'importe quelle autre caractéristique), d'autre part, « l'ampleur de sa fréquentation », cette dernière exigeant limitant sa mise en œuvre aux grands rassemblements. Concernant la prévisibilité du risque lui-même, comme le soulignait le Défenseur des droits, il n'est pas exigé de faire état d'« un risque circonstancié, réel et sérieux ainsi que le lien direct entre la mesure envisagée et le risque de passage à l'acte terroriste »³⁷.

Au regard de la rédaction retenue, même si les conditions sont plus strictes que sous l'état d'urgence, le texte reconnaît à l'administration une très grande latitude pour instaurer de tels périmètres. La principale interrogation réside dans l'utilisation qui sera faite de ce procédé. Celui-ci est conçu pour la protection des grands rassemblements culturels, festifs et sportifs mais qu'en ira-t-il des rassemblements revendicatifs ? Aux parlementaires s'inquiétant d'une utilisation de ce pouvoir pour limiter la liberté de manifestation, le ministre de l'intérieur a répondu qu'il ne s'appliquerait en aucun cas aux manifestations³⁸. Cette prise de position ne suffit toutefois pas à écarter la possibilité d'une telle application, en particulier si l'autorité publique regarde un rassemblement comme un événement exposé à un risque d'attaque ou transitant par un lieu exposé à un tel risque.

- S'agissant enfin des pouvoirs de surveillance administrative et de perquisition, leur mise en œuvre est subordonnée à deux conditions formulées de façon strictement

³⁷ Avis du Défenseur des droits n° 17-05 du 7 juill. 2017, pt 13.

³⁸ (36) G. Collomb JO débat Sénat, séance du 18 juill. 2017, p. 2642. V. de même Rapport Sénat n° 629 (M. Mercier), 12 juill. 2017, p. 30.

identique (art. L. 228-1 pour la surveillance administrative, art. L. 229-1 pour la perquisition).

La première condition tient à l'état de dangerosité de la personne visée par la mesure : il doit exister « des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics ». Cette première condition reprend de la loi sur l'état d'urgence l'exigence d'une menace pour l'ordre et la sécurité publics (unique condition posée par la loi de 1955). Elle y ajoute l'exigence que la menace à laquelle la personne expose l'ordre et la sécurité publics présente « une particulière gravité » (reprenant ici la formule posée par le Conseil constitutionnel pour le renouvellement des assignations à résidence de plus d'un an sous le régime de l'état d'urgence³⁹).

La seconde condition repose sur le lien que la personne entretient avec le terrorisme. Cette condition est envisagée de façon alternative : soit l'individu « entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme », soit il « soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes ». La première hypothèse est relativement objective, à tout le moins démontrable. La seconde présente un caractère plus subjectif car elle suppose d'établir (notamment par des témoignages ou des interceptions opérées par les services de renseignement) le soutien ou l'adhésion à des « thèses » ou à une « idéologie ».

Par-delà le flou entourant certains termes de la formule retenue, on retiendra surtout de celle-ci qu'elle soumet à des conditions plus strictes que sous l'état d'urgence l'utilisation des pouvoirs de perquisition administrative et de surveillance individuelle. Il y

³⁹ Cons. const., 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC, AJDA 2017. 597 ; *ibid.* 1464, note O. LE BOT ; D. 2017. 1162, note P. CASSIA ; Constitutions 2017. 194.

a donc fort à penser qu'à contexte inchangé, ces pouvoirs, utilisés de façon parcimonieuse lorsque l'état d'urgence a atteint son rythme de croisière (on comptait, sous la dernière prorogation, trente-neuf personnes assignées et une perquisition mise en œuvre tous les trois jours⁴⁰), devraient l'être encore davantage dans leur version de droit commun.

Finalement, en dehors de la mesure consistant à ordonner la fermeture des lieux de culte, les nouveaux pouvoirs résultant de la loi du 30 octobre 2017 sont soumis à des conditions de mise en œuvre nettement plus strictes que dans la législation sur l'état d'urgence. Les garanties dont leur exercice est entouré présentent en outre un caractère plus étendu que sous ce régime.

2.2. Des garanties renforcées par rapport à l'état d'urgence

Les garanties entourant l'exercice des nouveaux pouvoirs de police administrative ont été définies avec la préoccupation (très présente dans l'étude d'impact et régulièrement exprimée durant les débats parlementaires) de respecter les prescriptions supralégislatives imposant une conciliation équilibrée entre la prévention des atteintes à l'ordre public et le respect des droits fondamentaux. Conscients d'arpenter les crêtes constitutionnelles et conventionnelles, le législateur a multiplié les précisions⁴¹ ayant pour objet, mises bout à bout, de convaincre le juge de la loi, de la proportionnalité des restrictions apportées.

La fermeture des lieux de culte

La décision de fermer un lieu de culte est entourée des garanties habituelles applicables aux mesures de police administrative : elle « est prononcée par arrêté motivé et précédée d'une procédure contradictoire » (art. L. 227-1, al. 2, CSI).

⁴⁰ G. Collomb, JO débat Ass. nat., 1 re séance du 25 sept. 2017, p. 244.

⁴¹ 49 al., par ex., encadrent le pouvoir de perquisition.

La durée de la fermeture est également encadrée (ce qui n'est pas le cas sous l'état d'urgence): selon l'article 227-1, alinéa 2, CSI, elle « doit être proportionnée aux circonstances qui l'ont motivée » et « ne peut excéder six mois »⁴².

Enfin, un régime contentieux très favorable a été défini (là où celui de l'état d'urgence relève du droit commun). Inspiré du référé « gens du voyage » (art. L. 779-1 du code de justice administrative), il confère un effet suspensif au recours formé contre l'arrêté de fermeture avant le délai accordé pour son exécution. Ainsi que le prévoit le troisième alinéa de l'article L. 227-1, « la mesure ne peut être exécutée d'office avant que le juge des référés ait informé les parties de la tenue ou non d'une audience publique (...) ou, si les parties ont été informées d'une telle audience, avant que le juge ait statué sur la demande ». On relèvera que l'effet suspensif est attaché non pas à tout recours mais uniquement à l'exercice d'un référé-liberté. Pour les requérants, cela constitue une forte incitation à emprunter cette voie de droit (qui, même avant la mise en place de cet effet suspensif, avaient tendance à la privilégier). On notera également le caractère inhabituel de la formule quant à la fin de l'effet suspensif. Au lieu de simplement lier celle-ci au rejet de la requête, l'énoncé retenu distingue les deux moments auquel ce rejet peut intervenir : soit au stade du tri préalable, soit – en l'absence de tri – à l'issue de l'audience.

Les périmètres de sécurité

Trois garanties spécifiques (le contrôle juridictionnel s'exerçant dans le cadre du droit commun) ont été définies pour l'établissement d'un périmètre de sécurité (art. L. 226-1). Seule la première était prévue dans la loi sur l'état d'urgence.

D'abord, pour ne pas causer de gêne excessive à la vie des personnes travaillant ou résidant dans le ressort d'un périmètre de sécurité, l'arrêté adapte les règles d'accès et de circulation de celles-ci « aux impératifs de leur vie privée, professionnelle et familiale ».

⁴² Le Conseil d'État avait demandé de limiter cette durée à quatre mois (avis no 393348 du 15 juin 2017, pt 8).

Ensuite, « Son étendue et sa durée sont adaptées et proportionnées aux nécessités que font apparaître les circonstances ». De façon redondante (s'agissant de son étendue), le périmètre doit être « limité aux lieux exposés à la menace et à leurs abords ». Concernant par ailleurs sa durée, celle-ci est limitée à un mois. Toutefois, l'arrêté peut être renouvelé indéfiniment si les conditions requises pour son instauration continuent d'être satisfaites.

Enfin, l'arrêté doit être « motivé » et prévoir « les règles d'accès et de circulation des personnes dans le périmètre », les vérifications « auxquelles elles peuvent être soumises pour y accéder ou y circuler, et les catégories d'agents habilités à procéder à ces vérifications ».

Les mesures individuelles de surveillance

Trois limites de fond ont été posées afin d'assurer la proportionnalité des mesures individuelles de surveillance. Premièrement, afin de contenir l'étendue du périmètre d'assignation (hypothèse qui ne concerne que la surveillance administrative forte), sa délimitation doit permettre « à l'intéressé de poursuivre une vie familiale et professionnelle normale » (art. L. 228-2, 1°). Deuxièmement, la durée de la mesure est limitée : trois mois dans l'hypothèse d'une surveillance administrative forte (art. L. 228-2, al. 5) ; six mois pour la surveillance assouplie (art. L. 228-4, al. 5) et l'obligation de ne pas se trouver en relation avec certaines personnes (art. L. 228-5, al. 2). Aucune limite toutefois n'est posée au nombre de renouvellements. Troisièmement, comme l'exige la jurisprudence constitutionnelle⁴³, l'interdiction de paraître « tient compte de la vie familiale et professionnelle » et « ne peut inclure le domicile » de la personne intéressée (art. L. 228-4, 3°).

⁴³ Cons. const., 9 juin 2017, n° 2017-635 QPC, préc.

Sur la forme (art. L. 228-6), la décision de mettre en œuvre une surveillance administrative doit être motivée et une procédure contradictoire mise en œuvre⁴⁴.

Au niveau contentieux, la mesure initiale peut être contestée par les voies de droit habituelles, en particulier le référé-liberté. À la différence de la solution retenue sous l'état d'urgence⁴⁵, aucune présomption d'urgence n'a été posée par le législateur dès lors que le degré de contraintes imposées à l'individu s'avère moins important que sous celui-ci. Seul le renouvellement d'une mesure de surveillance bénéficie d'un régime contentieux dérogatoire : la loi prévoit que toute décision de renouvellement « est notifiée à la personne concernée au plus tard cinq jours avant son entrée en vigueur. Si la personne concernée saisit le juge administratif d'une demande présentée sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative dans un délai de quarante-huit heures à compter de la notification de la décision, la mesure ne peut entrer en vigueur avant que le juge ait statué sur la demande »⁴⁶. Le dispositif constitue une façon habile de contourner la jurisprudence constitutionnelle interdisant de soumettre le renouvellement d'une telle mesure au contrôle *a priori* du juge administratif⁴⁷, tout en aboutissant à un résultat similaire (le juge se prononce certes sur une décision prise et non pas une décision à prendre mais, par le jeu de l'effet suspensif, celle-ci n'a encore produit aucune effet).

⁴⁴ À la différence des procédures de droit commun, le contradictoire intervient *a posteriori* afin de ne pas priver d'efficacité la mesure prise, par exemple si l'intéressé profitait du délai qui lui est accordé pour disparaître.

⁴⁵ Art. 14-1, al. 2, de la loi du 3 avr. 1955, introduit par la loi n° 2016-987 du 21 juill. 2016 reprenant sur ce point une solution posée par la jurisprudence (arrêt *Domenjoud*, préc.).

⁴⁶ Art. L. 228-2, al. 6, pour la surveillance forte ; art. L. 228-4, al. 6, pour la surveillance assouplie ; art. L. 228-5, al. 3, pour l'interdiction d'être en relation.

⁴⁷ Cons. const., 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC, préc.

Les perquisitions administratives

Les garanties entourant la mise en œuvre d'une perquisition et l'exploitation des données saisies sont définies avec une grande précision dans sept nouveaux articles du CSI (art. L. 229-1 à L. 229-6). – S'agissant de la mise en œuvre d'une perquisition, l'innovation majeure par rapport au régime de l'état d'urgence réside dans l'introduction d'un contrôle juridictionnel *a priori*. Sous le régime de l'état d'urgence, le contrôle juridictionnel n'intervenait le cas échéant qu'*a posteriori*. Il présentait de ce fait un caractère largement inutile⁴⁸. Si la perquisition avait été décidée à tort (hypothèse qui s'est avérée correspondre à 40 % des situations ayant fait l'objet de recours⁴⁹), le juge administratif ne pouvait qu'annuler après coup la décision – donc sans effet utile pour la personne perquisitionnée – et condamner l'administration à lui verser des dommages et intérêts⁵⁰.

Il était donc essentiel pour la garantie des droits qu'un contrôle juridictionnel soit mis en œuvre *a priori*. Le Conseil constitutionnel ayant (comme on l'a vu) fermé la voie à un contrôle *a priori* du juge administratif, il ne restait que la possibilité d'un contrôle *a priori* de l'autorité judiciaire, solution qu'a donc retenue le législateur⁵¹.

⁴⁸ Il avait néanmoins été accepté par le Conseil constitutionnel, mais uniquement « au regard des circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence » (Cons. const., 19 févr. 2016, n° 2016-536 QPC, AJDA 2016. 340 ; D. 2016. 428, et les obs. ; *ibid.* 2017. 1328, obs. N. JACQUINOT et R. VAILLANT ; AJCT 2016. 202, étude J.-C. JOBART ; Constitutions 2016. 100, chron. L. DOMINGO ; *ibid.* 192).

⁴⁹ Rapport n° 591 du 28 juin 2017 (M. Mercier), p. 14, faisant état de 31 annulations sur 78 décisions rendues.

⁵⁰ V. la décision de principe : CE, ass., 6 juill. 2016, n° 398234, Napol et autres, Lebon p. 320, concl. B. Bourgeois-Machureau ; AJDA 2016. 1364 ; *ibid.* 1635, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. Odinet ; D. 2016. 1567, obs. M.-C. DE MONTECLER ; RFDA 2016. 943, note O. LE BOT.

⁵¹ Sur les justifications pouvant asseoir une compétence judiciaire en la matière, par dérogation à la jurisprudence « Conseil de la concurrence », v. O. LE BOT, « État d'urgence et compétences juridictionnelles », RFDA 2016.

Après avoir envisagé, dans un premier temps, de confier cette compétence au procureur de la République⁵², le gouvernement a adressé au Conseil d'État une version rectifiée de son projet de loi confiant cette responsabilité au juge des libertés et de la détention.

La compétence revient plus spécialement au juge des libertés et de la détention du Tribunal de grande instance (TGI) de Paris – cette fonction étant actuellement exercée par onze magistrats⁵³. L'attribution de la compétence à une juridiction unique (et une équipe resserrée) est justifiée par la spécialisation de ces magistrats dans les affaires de lutte antiterroriste. En outre, cette solution permet de dialoguer plus facilement avec le procureur de la République du TGI de Paris, doté d'une compétence nationale en matière de terrorisme (art. 706-17 du code de procédure pénale).

Dans le nouveau dispositif, la compétence du juge des libertés et de la détention est double⁵⁴. D'une part, il autorise – ou refuse – la perquisition (art. L. 229-1). Saisi d'une demande formée par le préfet, il apprécie, au vu des éléments de preuve qui lui sont soumis, si les conditions permettant sa mise en œuvre sont remplies. La difficulté, par rapport aux procédures administratives de droit commun, tient au fait que les éléments sur lesquels

436. On relèvera que, sur initiative des sénateurs (amendement COM-40), la compétence judiciaire s'étend aux actions indemnitaires (art. L. 229-6).

⁵² Solution qui présentait l'avantage de permettre au procureur d'orienter vers la perquisition administrative ou la perquisition judiciaire mais l'inconvénient, en confiant ce pouvoir à un magistrat ne se trouvant pas dans une position d'indépendance vis-à-vis de l'exécutif, de ne pas garantir un contrôle effectif sur la mesure prise.

⁵³ Étude d'impact, p. 60.

⁵⁴ Le Sénat lui avait reconnu une troisième compétence, celle d'autoriser la retenue d'une personne sur les lieux. À la demande du gouvernement, l'Assemblée nationale a rétabli la version initiale du texte confiant la décision de retenir une personne aux agents effectuant la perquisition. Le JLD conserve seulement le pouvoir de mettre fin à cette retenue « à tout moment » (art. L. 229-4, al. 2).

l'administration se base proviennent pour l'essentiel de notes des services de renseignement dont le juge n'est pas habilité à connaître l'origine. Le juge pourra donc difficilement apprécier la matérialité des faits et aura tendance à les tenir pour acquis dès lors qu'ils apparaissent suffisamment crédibles. Dans ces conditions, son contrôle se limitera à apprécier les conséquences à tirer de ces faits quant à la dangerosité de la personne et ses liens avec le terrorisme.

D'autre part, s'il autorise la perquisition, le juge exerce un contrôle sur sa mise en œuvre. Aux termes de l'article L. 229-2, alinéa 5, l'opération « s'effectue sous l'autorité et le contrôle du juge des libertés et de la détention qui l'a autorisée. À cette fin, ce dernier donne toutes instructions aux agents qui participent à l'opération. Il peut, s'il l'estime utile, se rendre dans les locaux pendant l'opération et, à tout moment, sur saisine de l'occupant des lieux ou de son représentant, ou de son propre chef, en décider la suspension ou l'arrêt. Afin d'exercer ce contrôle, lorsque la visite a lieu en dehors du ressort du Tribunal de grande instance de Paris, il peut délivrer une commission rogatoire au juge des libertés et de la détention du Tribunal de grande instance dans le ressort duquel s'effectue la visite ».

Des garanties de fond et de forme entourent la mise en œuvre du pouvoir de perquisition.

Les garanties de fond sont reprises de la loi sur l'état d'urgence : pas de perquisition des lieux affectés à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes (art. L. 229-1, al. 1er, ajoutant en outre, par rapport à l'état d'urgence, que cette protection s'étend à leur domicile) ; pas de perquisition la nuit, sauf motifs tirés de « l'urgence » ou des « nécessités de l'opération » (art. L. 229-2, al. 4).

Les garanties de forme, quant au déroulement de la procédure, empruntent davantage aux perquisitions administratives de droit commun : notification ou signification de l'ordonnance (avec information de l'intéressé sur les voies de recours ouvertes à son encontre et possibilité de faire appel à un conseil de son choix) ; présence de l'occupant ou à défaut de deux témoins ; établissement d'un procès-verbal relatant les modalités et le

déroulement de l'opération et consignant les constatations effectuées ; établissement d'un procès-verbal distinct lorsqu'une infraction est constatée (art. L. 229-1 et L. 229-2) ; encadrement de la possibilité de retenir sur place la personne (art. L. 229-4 : limitation à 4 heures ; établissement d'un procès-verbal ; durée de la retenue s'imputant, s'il y a lieu, sur celle de la garde à vue) ; possibilité de former, dans les conditions prévues par le code de procédure pénale, un recours en appel pour contester à la fois l'ordonnance du JLD ayant autorisé la visite et la régularité de son déroulement (art. L. 229-3).

- S'agissant de la saisie de données et de leur exploitation (art. L. 229-5), le régime est inspiré de celui de la loi sur l'état d'urgence tout en étant adapté aux spécificités du nouveau cadre juridique, à savoir la limitation au terrorisme et la compétence judiciaire. D'une part, la saisie de données ne peut intervenir, aux « seules fins de prévenir des actes de terrorisme » (exigence, on l'a vu, peu contraignante), que « si la visite révèle l'existence de documents, objets ou données relatifs à la menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics que constitue le comportement de la personne concernée ». D'autre part, comme sous l'état d'urgence, l'exploitation des données saisies doit être autorisée au préalable par un juge (la seule différence tenant ici à l'intervention préalable non pas du juge administratif mais, pour assurer la continuité de la compétence, celle du juge des libertés et de la détention du TGI de Paris).

L'analyse des garanties révèle que celles-ci sont nettement supérieures à celles prévues par la législation sur l'état d'urgence, pour toutes les mesures. On retiendra particulièrement l'accroissement des garanties de fond pour les périmètres de sécurité, les mesures de surveillance et les fermetures de lieux de culte, l'instauration d'un contrôle juridictionnel préalable sur les perquisitions ainsi que la reconnaissance d'un effet suspensif aux recours formés contre les renouvellements des mesures de surveillance et décisions de fermer un lieu de culte.

Des conditions plus strictes, des garanties supérieures : le législateur a sans conteste souhaité maintenir une différence entre l'état d'urgence et le régime de droit commun. D'une part, parce que celui-ci est exercé en période normale. D'autre part, car il demeure toujours possible d'activer le régime de l'état d'urgence si les circonstances le

requièrent. Il n’y avait donc pas lieu de faire un décalque de la loi du 3 avril 1955 dans le code de la sécurité intérieure.

Cependant, le sentiment de départ d’un certain malaise à l’idée de reprendre dans le droit commun des pouvoirs issus de l’état d’urgence demeure à l’issue de l’examen des grands traits de son régime juridique. Aussi la question de l’admissibilité des nouveaux pouvoirs doit-elle être envisagée.

3. L’ADMISSIBILITE DES NOUVEAUX POUVOIRS CONFERES A L’ADMINISTRATION

Le texte, spécialement dans sa version initiale, a fait l’objet de nombreuses critiques de la part d’organisations et institutions intervenant dans le domaine des droits de l’homme (Commission nationale consultative des droits de l’homme⁵⁵, Commissaire aux droits de l’homme⁵⁶, Défenseur des droits⁵⁷) mais aussi de juristes et politistes, et non des moindres⁵⁸.

3.1. Une extension des pouvoirs de l’administration suscitant des inquiétudes

Ont été critiquées tant la banalisation de mesures exceptionnelles que l’adhésion du législateur à une démarche ultra préventive.

⁵⁵ Avis du 6 juill. 2017 sur le projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

⁵⁶ Lettre au Sénat français sur le respect des droits de l’homme dans le projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, 10 juill. 2017.

⁵⁷ Avis du Défenseur des droits n° 17-05 du 7 juill. 2017.

⁵⁸ V. en particulier la tribune, « Banalisation de l’état d’urgence : une menace pour l’État de droit », Dalloz actu, 17 juill. 2017.

S'agissant du premier point, le problème ne réside pas tant dans le fait que les nouveaux pouvoirs sont issus d'un régime exceptionnel mais plutôt ce que cela révèle, à savoir que les mesures en cause étaient considérées comme ne devant s'appliquer qu'en période de crise majeure et non pas dans des temps où règne « seulement » une menace ni même une menace élevée. De façon notable, leur inscription dans le droit commun emporte un double changement. D'une part, applicables en période ordinaire, ces pouvoirs n'ont plus à être justifiés par l'existence de circonstances exceptionnelles. D'autre part, inscrits dans la législation ordinaire, ils ont vocation à demeurer même lorsque la menace ayant justifié leur mise en place aura cessé. Sur ce point, les parlementaires ont exprimé des doutes sur l'application permanente des nouvelles prérogatives. Aussi ont-ils ajouté dans le CSI un article prévoyant que « Les chapitres VI à X du titre II du livre II du code de la sécurité intérieure sont applicables jusqu'au 31 décembre 2020 » (art. L. 22-10-1, II ; le I instaurant pour sa part un contrôle parlementaire des mesures prises, avec obligation pour les autorités administratives de transmettre aux assemblées toutes les mesures prises et, pour le gouvernement, d'adresser chaque année au Parlement un rapport détaillé sur l'application de celles-ci). Comme l'a indiqué le président de la Commission des lois du Sénat, « Grâce à cette clause d'autodestruction que nous avons introduite, le ministre de l'intérieur sera tenu d'en démontrer l'utilité et vos doutes, mes chers collègues, seront alors soit confirmés, soit levés. Quoi qu'il en soit, le dispositif ne survivra pas, si les exigences de la lutte contre le terrorisme ne l'imposent pas »⁵⁹. Nul doute que les parlementaires sont sincères dans leur démarche. Cependant, même si personne ne peut prévoir de façon certaine ce qu'il adviendra, le scénario le plus probable est que le gouvernement parviendra à établir que les pouvoirs en cause auront été utiles et efficaces, au moins à plusieurs reprises. Ces applications positives seront alors mises en avant pour justifier et pérenniser leur maintien⁶⁰.

⁵⁹ Ph. Bas, JO débat Sénat, séance du 18 juill. 2017, p. 2657.

⁶⁰ Tel est d'ailleurs le sort que connaissent le plus souvent les dispositions dont l'application est conçue comme provisoire. V. par ex., dans la même loi, l'art. 5 qui supprime la limitation au 31 déc. 2017 du dispositif PNR.

La seconde critique, qui a trait spécifiquement aux pouvoirs de surveillance administrative et de perquisition, porte sur la mise en œuvre de ceux-ci à un stade ultra préventif.

Ainsi que cela a été souligné, la finalité de ces mesures consiste à permettre aux autorités publiques d'anticiper et de prévenir, suffisamment en amont, les actes de terrorisme. Pour ce faire, et cela est consubstantiel à leur nature, ces pouvoirs sont mis en œuvre avant un passage à l'acte. Traduisant cette approche préventive, la condition légale se trouve contenue dans la formule selon laquelle il doit exister des raisons sérieuses de penser qu'un individu représente une menace.

On comprend l'objectif : mieux vaut empêcher la survenance d'une attaque que de pleurer après coup les morts et blessés qu'elle a provoqués. Toutefois, le problème d'une telle démarche est qu'elle lie la mise en œuvre de ces mesures à une dangerosité, un état de dangerosité (qui pourrait se traduire par des actes – ou non) et non la commission d'un acte dangereux ni le projet d'en commettre. Elle contrevient, ce faisant, au principe selon lequel l'individu agit d'abord et la réponse sociale intervient ensuite.

Ce principe est très général mais se trouve de moins en moins admis face au risque terroriste, pour deux raisons : d'une part, les conséquences particulièrement graves d'un passage à l'acte, d'autre part, l'absence d'effet dissuasif de la sanction pénale face aux « kamikazes »⁶¹.

L'alternative se présenterait alors de la façon suivante. Soit on laisse l'individu agir, et l'on s'expose à un risque terroriste (certes faible, par rapport à d'autres risques, mais spectaculaire et frappant à l'aveugle). Soit on agit de manière ultra préventive, et on limite fortement les libertés individuelles des personnes ciblées.

⁶¹ V., F. SAINT BONNET, « Le terrorisme djihadiste et les catégories juridiques modernes », JCP 2015. 1348, soulignant la relégation de la logique dissuasive de la peine « au rang de l'impuissance et du dérisoire ».

La loi du 30 octobre 2017 s'inscrit clairement dans cette seconde logique, plébiscitée par les citoyens (favorables, dans leur majorité, à des mesures encore plus fortes telle la rétention préventive de sûreté⁶²) mais suscitant une préoccupation en ce qu'elle réalise « un glissement certain vers une logique de suspicion et de précaution dans notre société »⁶³.

Comment évaluer avec un regard juridique l'admissibilité de ce changement, et plus largement des nouveaux pouvoirs reconnus ?

3.2. Les paramètres de l'admissibilité

Une appréciation juridique implique de faire appel à des référents incontestables. Au premier rang de ceux-ci figurent les principes de proportionnalité et de garantie des droits. Le premier conduit à exclure un pouvoir qui ne serait pas adéquat (l'adéquation constituant la deuxième composante de la proportionnalité au sens large). Les deux principes, combinés, amènent en outre à disqualifier un pouvoir qui poursuivrait un objectif pouvant être atteint par la voie judiciaire (c'est-à-dire avec une atteinte moindre aux garanties procédurales). Deux questions émergent donc pour apprécier l'admissibilité du dispositif : les nouvelles mesures sont-elles efficaces ? Et le résultat recherché pourrait-il être atteint par la voie judiciaire ?

Sur la première question, un pouvoir n'est adéquat que s'il est de nature à atteindre son objectif. S'agissant des nouvelles mesures, le gouvernement défend leur efficacité au regard de la pratique de l'état d'urgence. Ses détracteurs leur nient en revanche toute efficacité. Il convient, pour éclairer le débat, de fournir des éléments précis et objectifs

⁶² V. le « baromètre de la menace terroriste » de l'IFOP, actualisé plusieurs fois par an (www.ifop.com).

⁶³ Avis du Défenseur des droits n° 17-05 du 7 juill. 2017, pt 6. V. égal., dénonçant le passage « d'une société de responsabilité à une société de suspicion », M. DELMAS-MARTY, « De l'état d'urgence au despotisme doux », Libération, 16 juill. 2017.

d'appréciation pour chacune d'entre elles en se demandant – afin de ne pas aborder la question de façon biaisée ou caricaturale –, non pas si ces mesures empêcheront les attentats (rien en effet ne permet de réduire à zéro le risque d'attaques) ni si elles jouent un rôle moindre par rapport à d'autres moyens (ce que, en l'occurrence, personne ne conteste), mais seulement si elles peuvent revêtir une utilité dans la prévention d'actes terroristes.

La question ainsi envisagée, il apparaît que l'efficacité de deux mesures ne peut être regardée comme établie. S'agissant de la fermeture de lieux de culte, les informations fournies par le gouvernement se limitent à l'indication du nombre de lieux ayant fermé et de ceux ayant rouvert, sans précisions sur les conditions et circonstances dans lesquelles ces fermetures et réouvertures sont intervenues ni sur le bilan pouvant en être tiré. Aucune preuve de leur efficacité n'a donc été apportée. En ce qui concerne la surveillance administrative, les mesures poursuivent deux objectifs : surveiller l'individu et éviter le passage à l'acte. Le premier objectif serait atteint plus efficacement par une surveillance discrète : l'individu adapte nécessairement son comportement s'il se sait surveillé, notamment en dissimulant des informations et en s'abstenant de fréquenter des relations. Quant au second, ni le bracelet électronique ni l'obligation de pointage une fois par jour au commissariat ne peuvent empêcher la commission d'une attaque.

Les deux autres mesures présentent en revanche une utilité reconnue. S'agissant des périmètres de protection, il n'est pas contesté qu'ils sont utiles pour sécuriser un lieu ou un événement, en ne causant qu'une contrainte minime pour l'individu. La technique est d'ailleurs pratiquée depuis longtemps, de façon tout à fait acceptée, dans les stades, les festivals de musique et autres événements de même nature. Il est parfois objecté que le périmètre de protection ne fait que déplacer le problème en périphérie de celui-ci, une attaque pouvant parfaitement frapper l'une de ses files d'accès. Toutefois, de la façon dont sont conçus ces périmètres, des hommes en patrouille se trouvent à chaque point d'accès, permettant de riposter instantanément à une attaque. S'agissant par ailleurs des perquisitions, leur contribution à l'amélioration du renseignement a été largement soulignée

en ce qu'elles permettent d'accéder à des informations qu'il ne serait pas possible de collecter par des procédures judiciaires ni par les autres procédés de renseignement⁶⁴. Ces informations se sont avérées déterminantes pour mettre en œuvre des procédures judiciaires⁶⁵ et, pour au moins l'une d'entre elles, déjouer un projet d'attentat⁶⁶.

Seconde question, pourrait-on atteindre par la voie judiciaire le résultat poursuivi par ces mesures (exception faite des périmètres de sécurité, pour lesquelles la question n'a pas d'objet) ?

S'agissant des mesures de surveillance et des perquisitions, il apparaît que les comportements justifiant leur mise en œuvre ne pourraient pas tous relever d'une procédure judiciaire. Si la procédure pénale peut être mise en œuvre de façon préventive⁶⁷ et si certaines qualifications pénales sont proches des comportements ciblés, en particulier le délit d'entreprise individuelle terroriste (énonçant par exemple, parmi les comportements relevant de son champ d'application, le fait de détenir « des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui », de « s'entraîner ou se former au maniement des armes ou à toute forme de combat », de « consulter habituellement un ou plusieurs services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie » ou d'avoir « séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes »), il apparaît néanmoins

⁶⁴ Rapport Ass. nat. com. enquête n° 3922 « relatif aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015 » (S. Pietrasanta), 5 juill. 2016, p. 264-265 ; Rapport Ass. nat. n° 4281 d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence (D. Raimbourg et J.-F. Poisson), 6 déc. 2016, p. 119.

⁶⁵ V. les chiffres mentionnés dans le rapport d'information préc.

⁶⁶ Étude d'impact p. 48 (projet d'attentat à Marseille).

⁶⁷ V. ainsi l'art. 421-2-6 du code pénal réprimant, dans le cadre du délit d'entreprise individuelle terroriste, « le fait de préparer la commission » d'une infraction.

que certaines situations relevant des pouvoirs de surveillance administrative et de perquisitions ne sont pas susceptibles d'un traitement judiciaire, soit parce que l'indice de la menace grave et caractérisée n'est pas corroboré, soit parce que l'information sur la menace que représente une personne émane d'un service de renseignement étranger et ne peut, pour cette raison, être transmise à l'autorité judiciaire⁶⁸. Ainsi, contrairement à ce qui a pu être soutenu, notamment durant les débats parlementaires, les comportements entrant dans le champ des perquisitions et de la surveillance administrative ne peuvent pas tous donner lieu à un traitement judiciaire. S'agissant des comportements pouvant relever du champ des deux procédures, il aurait été souhaitable, mais cela n'a pas été fait, de conférer une priorité à l'action judiciaire⁶⁹.

Concernant la fermeture de lieux de culte, les circonstances permettant la mise en œuvre d'une telle mesure recouvrent partiellement, et même assez largement, la sphère pénale. Lorsque la provocation à la violence, à la haine, à la discrimination ou au terrorisme ou leur apologie est extériorisée (par l'écrit ou la parole), elle est punissable du délit d'incitation à la violence, à la discrimination ou à la haine ou de provocation au terrorisme. Lorsque la provocation ou l'apologie résulte d'« activités » ou de la diffusion d'« idées » ou de « théories », elle pourra, selon la nature de ces activités, tomber sous le coup des crimes et délits relatifs au terrorisme, notamment l'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste. L'essentiel des situations pouvant justifier la fermeture administrative

⁶⁸ Rapport Sénat n° 629 (M. Mercier), 12 juill. 2017, p. 70 ; Rapport Ass. nat. n° 164 (R. Gauvin), 14 sept. 2017, p. 164.

⁶⁹ Contrairement à la volonté affichée par le législateur (étude d'impact, p. 57 ; Rapport Sénat n° 629, p. 23 ; G. Collomb, JO débat Sénat, séance du 18 juill. 2017, p. 2673) et qui correspond à la pratique actuelle, aucune priorité de l'action judiciaire n'a été posée : la loi prévoit seulement l'information du procureur de la République du TGI de Paris (art. L. 229-1, al. 3, pour les perquisitions ; art. L. 228-2, al. 1^{er}, pour les mesures de surveillance) – ce qui est moindre qu'une demande d'avis – et ne pose en aucun cas la subsidiarité de l'action administrative.

d'un lieu de culte sont donc susceptibles de faire l'objet d'un traitement pénal. Toutefois, la réponse pénale prendrait plus de temps et ainsi présenterait une efficacité moindre.

Finalement, après avoir passé au crible l'efficacité et la judiciarité des mesures en cause, il apparaît que le bilan ne s'avère pas homogène mais différent selon le pouvoir considéré. S'agissant des périmètres de sécurité, le principe ne fait pas débat même si demeure le risque d'une application dénaturée. Concernant les fermetures de lieux de culte, le traitement pénal serait trop long pour atteindre l'objectif poursuivi mais l'efficacité de la mesure n'est pas établie. S'agissant des perquisitions administratives, leur apport à l'amélioration du renseignement est avéré ; elles sont complémentaires aux perquisitions judiciaires (en pouvant intervenir dans un champ auquel celles-ci n'ont pas accès) mais – et cela est regrettable – pourront également être mises en œuvre, si l'autorité administrative le souhaite, dans un domaine pouvant faire l'objet d'une telle perquisition. Enfin, concernant les mesures de surveillance individuelle, l'articulation avec l'action judiciaire présente les mêmes caractéristiques que les perquisitions, avec toutefois une utilité de la mesure que l'on peut difficilement regarder comme établie.

Ces éléments, permettant de porter un regard strictement juridique sur l'introduction de ces pouvoirs, conduisent à émettre des réserves sur deux d'entre eux : les fermetures de lieux de culte et les mesures de surveillance individuelle.

4. CONCLUSION

Au terme de cette étude, et pour revenir à son interrogation initiale, il serait sans nul doute exagéré de soutenir que la loi du 30 octobre 2017 instaure un état d'urgence permanent.

L'état d'urgence, ce sont des perquisitions sans contrôle (ou avec un contrôle tardif), des vérifications d'identité, de bagages et de véhicules, massives et non soumises à un juge (la mesure ne durant que 24 heures), la possibilité d'interdire à des personnes de se rendre à une manifestation (là encore sans contrôle, ou avec un contrôle intervenant trop tard), la faculté d'assigner une personne à résidence la moitié de la journée, le pouvoir d'instaurer des couvre-feux (ici encore sans frein juridictionnel, car les effets de la mesure

sont limités dans le temps). C'est encore la possibilité d'invoquer la mobilisation des forces de police sur un péril majeur (celui ayant justifié la déclaration de l'état d'urgence) pour justifier l'exercice de ces pouvoirs⁷⁰. L'idée fondamentale de ce régime est ainsi que l'administration doit avoir les mains libres pour agir, ce qui se traduit par une très grande latitude dans l'utilisation de pouvoirs exorbitants et une mise à l'écart du juge.

De telles caractéristiques ne se retrouvent pas dans le régime résultant de la loi du 30 octobre 2017. Non seulement celle-ci ne reprend qu'une partie des pouvoirs reconnus dans la loi sur l'état d'urgence mais en outre elle les intègre dans le droit commun sous une forme atténuée, avec des conditions de mise en œuvre plus strictes et des garanties renforcées. L'esprit de l'état d'urgence ne gagne donc pas le droit commun.

En revanche, la loi du 30 octobre 2017 s'inscrit, de façon incontestable, dans la démarche préventive ou prédictive qui l'anime. Il serait toutefois erroné de penser que cette démarche est le fruit de l'état d'urgence.

Elle a en effet débuté avec la loi no 2014-1353 du 13 novembre 2014 instituant une interdiction de sortie du territoire «lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser » qu'un individu est candidat au *djihad*. La formule, qui n'était pas présente dans notre droit (ni dans la loi du 3 avril 1955 ni ailleurs), n'a gagné la législation sur l'état d'urgence qu'avec la loi no 2015-1501 du 20 novembre 2015 puis a continué son développement en dehors de celle-ci avec le dispositif du contrôle administratif du retour sur le territoire (loi no 2016-731 du 3 juin 2016), le contrôle de l'accès aux zones portuaires (art. 1er du décret no 2017-438 du 29 mars 2017) ou encore le financement des jeux de hasard (art. 2 du décret no 2017-913 du 9 mai 2017).

Finalement, la démarche de précaution ou de prévention présente dans la nouvelle loi n'est pas une conséquence de l'état d'urgence. Elle est avant tout le résultat d'une

⁷⁰ Arrêt Domenjoud , préc.

demande contemporaine dont l'état d'urgence remanié à cette fin en 2015 n'était qu'une manifestation et dont la loi du 30 octobre 2017 ne constitue qu'un épisode supplémentaire.