iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW

N.4 2012

ISSN 2039-2540

Issue n. 4 - 2012-ISSN 2039 2540

Index

Articlesi

1. Javier Barcelona Llop - Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del convenio europeo de derechos humanos
2. Gabriella M. Racca - The Electronic Award and Execution of Public Procurement
3. Andreina Scognamiglio - Commitment Decisions and Third Party Rights
4. Laure Clément-Wilz, Francesco Martucci, Coralie Mayeur-Carpentier - Droit de la Union Europeenne et droit administratif français

Reports

5. Construction, city planning and zoning - Espropriation/Taking
    a. ITA: Antonio Bartolini, Il diritto urbanistico nella decretazione d'urgenza italiana (e non solo) sulla crisi economica
    b. ITA: Antonio Bartolini, Urban Law in the Italian Emergency Decree: the Economic Crisis and Beyond
6. Public Bodies - Civil Service
    a. ESP: Luis Ortega Alvarez, Isaac Martín Delgado, Organización administrativa
7. Administrative Justice
    a. ITA: Maria Alessandra Sandulli, Il procedimento amministrativo e la semplificazione
    b. ITA: Maria Alessandra Sandulli, The Administrative Procedure and the Simplification
8. Public Law and Economics (Competition and Regulation) and Public Utilities
    a. DEU: Franz Reimer, Public Law and Economy
    b. ITA: Marco Bombardelli, Le Autorità amministrative indipendenti
    c. ITA: Marco Bombardelli, Independent Administrative Agencies
9. European Law, Comparative Law, Constitutional Law and International Law - Human Rights
    a. ESP: Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, Derecho Administrativo y Derecho de la Unión
    b. ITA: Franco Peirone, H. C. H. HOFMANN, R. L. WEAVER, Transatlantic Perspectives on Administrative Law

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

PRIVACIÓN DE LA PROPIEDAD Y EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL SISTEMA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS[1]

Javier Barcelona LLOP[2]

INDÍCE

1. INTRODUCCIÓN
2. PRIVACIÓN.
2.1 Protagonismo de la primera norma
2.2 Bienes: una noción autónoma
3. INDEMNIZACIÓN.
4. CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA. PROPORCIONALIDAD.
5. EXIGENCIAS DE LEGALIDAD.
6. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL.
7. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.

[1] Reproducción del'artículo publicado en la Revista de Administración Pública, núm. 185, Madrid, mayo-agosto (2011), págs. 49-87. Versión escrita de la intervención del autor en el Congreso *Historia de la propiedad. La expropiación forzosa*, celebrado en Salamanca en septiembre de 2010 bajo la dirección de S. DE DIOS, J. INFANTE, R. ROBLEDO y E. TORIJANO. Estas páginas anticipan algunas de las ideas que se desarrollan ampliamente en un estudio en curso de elaboración, unas y otro en el marco del proyecto DER2009-14473-C02-01, cuyo investigador principal es el profesor Luis MARTÍN REBOLLO.

[2] Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Cantabria.

Copyleft – Ius Publicum

RESUMEN

La segunda norma del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que «nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho internacional». La interpretación de la norma exige estudiar el concepto de privación y precisar el significado de los requisitos que figuran específicamente en ella, pero también otros aspectos (concepto de bienes, justo equilibrio entre el interés general y la protección de los derechos individuales) que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha analizado a la luz de la garantía europea del derecho de toda persona física o jurídica al respeto de su bienes (primera norma del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional) y que repercuten directamente sobre la segunda (especialmente en relación con la exigencia de una indemnización en caso de privación).

PALABRAS CLAVE: Convenio Europeo de Derechos Humanos; privación de la propiedad; justo equilibrio; indemnización.

ABSTRACT

The second rule of article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights stipulates that «No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject the conditions provided for by law and by the general principles of international law». The interpretation of the aforementioned rule requires studying the concept of deprivation and clarifying the meaning of the requirements specifically listed in it. Some other aspects that the European Court of Human rights has analysed in the light of the European guarantee of the right of every natural or legal person to the peaceful enjoyment of his possessions (first rule of article 1 of the Protocol) should be also considered (concept of possession, fair balance between the general interest and the protection of indivual rights), since they have a direct impact on the second rule (especially in relation to the demand for compensation in case of deprivation).

Copyleft – Ius Publicum

KEY WORDS: European Convention on Human Rigths; protection of property; fair balance; compensation.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 situó al de propiedad en el selecto grupo de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre cuya conservación se consideraba el objeto de toda asociación política; el artículo 17, recalcando que era inviolable y sagrado, admitió no obstante su privación «lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige evidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité». Desde entonces hasta hoy ha corrido agua en abundancia bajo los puentes de la vieja Europa y las concepciones acerca del derecho de propiedad han sufrido una importante evolución, como también las relativas a la potestad expropiatoria; sin embargo, la garantía de aquel derecho y la previsión de su privación, sujeta ésta a determinadas condiciones y requisitos, siguen yendo de la mano en los textos fundamentales. Valga el recordatorio del artículo 17.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que cronológicamente es el último testimonio de esa vinculación normativa secular entre el reconocimiento del derecho de propiedad y la admisión de su privación imperativa[1].

A idéntica estructura obedece el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Convenio), firmado en París el 20 de marzo de 1952 por los mismos Estados que habían firmado aquél en Roma apenas quince meses atrás[2]. Su texto es el siguiente:

«Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los

Copyleft – Ius Publicum

bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas».

Que la materia no accediera al texto del Convenio se debe a que las negociaciones sobre el particular encallaron por razones que no es caso de relatar ahora[3]. Sí conviene mencionar, en cambio, que el precepto no garantiza formalmente el derecho de propiedad y que omite toda referencia a la indemnización en caso de privación o expropiación, en contraste con lo que disponían los textos más representativos del constitucionalismo europeo de la época (arts. 42 de la Constitución italiana de 1947 y 14 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949) e incluso de la anterior a la Segunda Guerra Mundial (arts. 153 de la Constitución de Weimar y 44 de la española de 1931). El contraste crítico entre el tenor literal del artículo 1 del Protocolo Adicional y el de esos otros potenciales referentes normativos está sin duda servido; pero con independencia de cuáles fueron los motivos que determinaron que las negociaciones conducentes a la adopción del precepto desembocaran en una formulación normativa que hoy podemos tener por manifiesta mente mejorable, lo decisivo es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH o el Tribunal) ha colmado lagunas y resuelto aparentes imprecisiones en los términos que comentaremos más adelante.

Si el Protocolo Adicional entró en vigor el 18 de mayo de 1954, al cumplirse la exigencia del depósito de diez instrumentos de ratificación, no nació propiamente a la vida jurisprudencial hasta la sentencia *Sporrong y Lonnröth* (1982), siquiera la Comisión se hubiera ocupado antes del mismo y avanzado algunos argumentos que luego figurarán en la exégesis jurisdiccional del precepto[4]. No hemos de extraer ninguna conclusión importante de la circunstancia de que el Tribunal tardara más de dos décadas en abordar frontalmente la elucidación de la garantía europea del derecho de propiedad[5], pero sí constatar que, una vez franqueada la puerta, la frecuencia de sus pronunciamientos comenzó a ser regular para, aproximadamente en el tránsito entre los dos siglos, adquirir un ritmo en verdad enérgico, casi torrencial. Muestra de ello es que si hasta el último suspiro del año 2010 el Tribunal ha constatado en 11.438 sentencias la violación de, al menos, uno de los preceptos del sistema del Convenio, 2.414 han declarado la vulneración del artículo 1 del Protocolo Adicional[6]. No todas ellas se refieren a violaciones consistentes en privaciones de la propiedad, pues las

Copyleft – Ius Publicum

injerencias susceptibles de análisis y eventual censura a la luz del precepto son de índole muy diversa, pero la cifra revela la extraordinaria vitalidad jurídica alcanzada en relativamente poco tiempo por una disposición hasta hace no mucho sumida, por las razones que fueren, en una suerte de letargo.

En lo sucesivo, centraremos nuestra atención en los aspectos más destacados del régimen europeo de las privaciones de la propiedad, teniendo en cuenta tanto la jurisprudencia de Estrasburgo como la doctrina que la analiza y esclarece. Repararemos en primer lugar en ciertos aspectos de orden general e interesantes para la debida comprensión de artículo 1 del Protocolo para, después, descender a las es pecíficas cuestiones que suscita la segunda frase de su párrafo primero, que es la que realmente nos interesa [«(n)adie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional »].

2. ALGUNAS CLAVES DE LA EXÉGESIS JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO ADICIONAL

2.1 Protagonismo de la primera norma

Ninguna de las versiones auténticas del artículo 1 del Protocolo Adicional indica expresamente que protege el derecho de propiedad. Según la inglesa, «[e]very natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions», mientras que la francesa señala que «[t]oute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens». El Tribunal, sin embargo, aclaró que el precepto garantiza el derecho de propiedad en la primera ocasión que tuvo de aludir al mismo. Haciéndose eco de las diferencias terminológicas que se aprecian entre aquellas versiones, apuntó la idea en *Handyside* (1976, § 62) y la confirmó en *Marckx* (1979), indicando en ésta que el artículo 1 garantiza en sustancia el derecho de propiedad (§ 63) y que se refiere únicamente al disfrute de bienes cuya titularidad ya se posee, no a aquellos cuya titularidad está por adquirir a través de un medio u otro (§ 50). Si cabe pensar que el Tribunal reformuló el derecho protegido[7], no

Copyleft – Ius Publicum

podemos sino constatar que merced a ello el sistema del Convenio se aproximó a los textos constitucionales que, formalmente, garantizan el derecho de propiedad.

En los dos casos citados, el Tribunal se detuvo en el precepto de modo casi tangencial pues los elementos principales de los litigios eran otros. Será en la sentencia *Sporrong y Lonnröth* (1982) donde desvele la economía interna del artículo 1 del Protocolo Adicional en unos términos que no han variado sustancialmente desde entonces[8]. En síntesis, el Tribunal sostiene que el precepto se descompone en tres normas distintas: la que enuncia el principio del respeto a la propiedad (primera frase del primer párrafo), la que habilita su privación (segunda frase del primer párrafo) y la que permite reglamentar el uso de los bienes de acuerdo con el interés general (segundo párrafo)[9]. Hasta aquí, nada que no pudiera deducirse limpiamente de la sistemática de la disposición; pero el Tribunal añade que antes de pronunciarse sobre la observancia de la primera norma debe estudiar si la segunda o la tercera son aplicables (§ 61). Esta afirmación, a primera vista poco jugosa, encierra dos consecuencias sobresalientes: a) que existen injerencias que no se resuelven en una privación o en la reglamentación del uso de los bienes, y b) que la primera norma del artículo 1 del Protocolo Adicional tiene un contenido sustantivo, aparentemente oculto bajo su anodino tenor literal. Veámoslo.

Si el Tribunal cree que, en un caso determinado, debe analizar la aplicabilidad de las normas segunda y tercera antes de pronunciarse sobre la observancia de la primera, es porque considera posible enjuiciar a la luz del artículo 1 del Protocolo Adicional injerencias cuya fisonomía no encaja en las específicamente tipificadas; esto es, que la privación y la reglamentación del uso de los bienes no agotan todas las hipótesis, que existen o pueden existir otras[10]. ¿Y cuáles pueden ser? El Tribunal acuña una expresión de enorme fuerza plástica pero de muy poca capacidad descriptiva: se refugia en la primera norma si considera que existe una injerencia constitutiva de un atentado a la *sustancia del derecho de propiedad*, expresión que figura literalmente en la sentencia *Sporrong y Lonnröth* para acentuar que la injerencia identificada en el caso no era una privación (§§ 60 y 63), y que sirve para lo mismo si no cabe encajarla en el concepto de reglamentación.

Copyleft – Ius Publicum

No hace falta argumentar que el Tribunal ha ensanchado el ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo Adicional al admitir que cabe analizar a la luz del mismo injerencias no tipificadas, que deberán identificarse *ad casum* a partir de la idea de atentado a la sustancia del derecho de propiedad. Con no ser poco, lo indicado no es todo. La jurisprudencia posterior no sólo acredita que la primera norma del artículo 1 del Protocolo Adicional alberga injerencias que no son privaciones o reglamentaciones, sino también, y no es un supuesto tan raro, que el Tribunal la aplica cuando la complejidad fáctica y/o jurídica del litigio dificulta ubicar la injerencia en una categoría precisa[11]; tampoco faltan ocasiones en las que analiza el litigio a la luz de la primera norma sin explicar por qué[12]. En estas condiciones, no es extraño que la doctrina hable de *clause fourre-tout* o de *omnibus norme*[13].

Pero lo indicado sigue sin ser todo porque aún es necesario tener en cuenta la segunda consecuencia, esto es, la que atañe al hallazgo en la primera norma de un criterio material de enjuiciamiento. Si éste no existiera, ningún sentido tendría identificar injerencias susceptibles de análisis conforme a esa norma, pues sin un criterio sustantivo de contraste ello carecería de consecuencias jurídicas. La sentencia *Sporrong y Lonnröth* habla al respecto del principio de justo equilibrio entre las exigencias del interés general y los imperativos de la salvaguardia de los derechos fundamentales del individuo (§ 69), que es el que aplica al caso para concluir que ha sido quebrado (§ 73). Quizá llame la atención que de un enunciado tan magro (recuérdese, *toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes*) el Tribunal haya extraído consecuencia sustantiva tan destacada, pero debe recordarse que años atrás, en el caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, había afirmado ya que «la Convention impliquet-elle un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers», por lo que no estamos sino ante la aplicación al artículo 1 del Protocolo de un criterio de orden general.

En *Sporrong y Lonnröth* el Tribunal afirma que el principio de justo equilibrio se refleja en la estructura del artículo 1 del Protocolo Adicional, idea cuyo desarrollo vendrá en la sentencia *James* (1986) del siguiente modo: si el precepto se descompone en tres

Copyleft – Ius Publicum

normas distintas, éstas no son independientes entre sí puesto que la segunda (privación) y la tercera (reglamentación) contemplan casos específicos de afecciones al derecho de propiedad que deben interpretarse a la vista de la primera. Esta fórmula, reiterada hasta la saciedad en la jurisprudencia posterior, ha determinado que cualesquiera injerencias en el derecho garantizado por el artículo 1 del Protocolo Adicional se estudien a la luz del principio de justo equilibrio, que ha pasado así a presidir el análisis de cualesquiera injerencias en el derecho al respeto de los bienes, incluidas por supuesto las tipificadas en las normas segunda y tercera, aunque éstas incorporen criterios específicos de enjuiciamiento[14].

Ello implica lo siguiente. Identificada una injerencia que consiste en una privación, el Tribunal estudia si se han observado los requisitos que figuran textualmente en la segunda frase del artículo 1 y a los que luego nos referiremos; supuesto que el escrutinio arroja un resultado positivo, el Tribunal pasa después a verificar si la injerencia es o no respetuosa con el principio de justo equilibrio, que ha deducido de la primera norma. Bien mirado, tal proceder no carece de consistencia lógica: una vez afirmado que las normas segunda y tercera contemplan casos específicos de injerencias en el derecho garantizado en la primera y que deben interpretarse a la vista de ésta, tiene fondamento que el principio de justo equilibrio atraviese las fronteras del enunciado en el que ha sido descubierto y se inserte en el de los demás. En términos de argumentación jurídica, la operación no merece tacha siempre y cuando no se haga cuestión de la premisa mayor (esto es, que la primera norma sanciona el principio de justo equilibrio y que éste preside la interpretación de las otras dos); pero, admitido ello, el *modus operandi* del Tribunal es difícilmente censurable.

Tal aproximación no es un mero artificio pirotécnico. Sin adelantar cuestiones que nos ocuparán más adelante, mencionemos ahora que el Tribunal ha relacionado el principio de justo equilibrio con el otorgamiento de una indemnización —requisito que no figura en la norma europea reguladora de las privaciones de propiedad— y que ha considerado que privaciones ajustadas a las exigencias que sí figuran en ella son contrarias al precepto en la medida en que el justo equilibrio entre el interés general y la protección de los derechos individuales ha sido quebrado por motivos exclusivamente relacionados con el aspecto in demnizatorio. No podemos descender a detalles pero sí citar, por ejemplo, las sentencias

Copyleft – Ius Publicum

Katikaridis (1996), *Papachelas* (1999), *Almeida Garret Mascarenhas Falção* (2000), *Savvidou* (2000), *Jokela* (2002), *Mora do Vale* (2004), *Athanasiou* (2006), *Scordino (n.º 1)* (2006), *Kindler de Barahona* (2009), *Melo e Faro Maldonado Passanha* (2009), *Companhia Agrícola das Polvorosas* (2010) y *Perdigao* (2010).

He aquí, entonces, que el hallazgo de un principio jurídico sostantivo en la primera norma del artículo 1 del Protocolo Adicional y la colocación de ésta en la cumbre del pedestal hermenéutico de todo el precepto dan lugar a la introducción en el régimen europeo de la privación de los bienes de un elemento que, formalmente, está ausente del mismo. Forzoso es reconocer que la operación tiene un punto de prodigio creativo.

2.2 Bienes: una noción autónoma

En la primera frase del artículo 1 del Protocolo figura un término (*possessions*, *biens*; en nuestra lengua, *bienes*) al que el Tribunal ha conferido significado autónomo; esto es, un sentido específicamente europeo que puede coincidir o no con el que la palabra tiene en los respectivos ordenamientos nacionales. El Tribunal hace uso con largueza de las nociones autónomas con el propósito de dotar de significado unívoco a conceptos convencionales aquejados de cierta imprecisión o susceptibles de interpretaciones diferentes, lo que facilita la exégesis uniforme del sistema del Convenio[15]. Puesto que utiliza tal metodología en relación con el objeto del derecho garantizado por el precepto que nos ocupa, hemos de contemplar el concepto de *bienes* desde la perspectiva adoptada por el Tribunal, que en absoluto lo circunscribe a las cosas corporales susceptibles de propiedad en sentido tradicional[16].

Naturalmente, son bienes los sujetos al régimen ordinario de la propiedad. En este punto no se plantean problemas serios, aunque tres importantes sentencias merecen ser recordadas en este momento. En *Kopecky* (2004), la Gran Sala incluyó en el ámbito protegido por el artículo 1 del Protocolo Adicional el derecho a recuperar las propiedades confiscadas en su día siempre y cuando la legislación lo reconozca y los interesados cumplan los requisitos establecidos en ella: «sembable législation peut être considérée

Copyleft – Ius Publicum

comme engendrant un nouveau droit de propriété protegé par l'article 1 du Protocole n.º 1» (§ 35)[17].

En *Oneryildiz* (2004), la Gran Sala consideró protegidas por el artículo 1 del Protocolo Adicional unas viviendas abiertamente ilegales (unas chabolas construidas junto a un vertedero que explotó, matando a 39 personas), pero frente a las cuales las autoridades no habían reaccionado a pesar de tener conocimiento de la situación. En el caso pesaba sobremanera la inactividad de la Administración turca, que no hizo nada por evitar la tragedia y toleró la ilegalidad; pero lo importante ahora es que una construcción contraria al ordenamiento jurídico no queda por definición al margen de la protección que el artículo 1 confiere al derecho al respeto de los bienes[18].

En *Ex rey de Grecia* (2000) sobrevolaba un tema interesante. Los bienes inmuebles de la familia real griega, confiscados en 1973, ¿están protegidos por la garantía europea del derecho de propiedad? El debate giraba en torno a si pertenecían a los demandantes o al Estado, que los habría puesto a disposición de la familia real para el ejercicio de sus funciones. El Tribunal se inclinó por la primera solución aduciendo que el Estado griego los había tratado en numerosas ocasiones como bienes privados, que no había suministrado argumentos suficientes para justificar lo contrario, y que aunque los bienes gozaron de un régimen especial en muchos aspectos, de ahí no se podía deducir que no tubiera pertenecido nunca a la familia real (§§ 60-65)[19].

Las tres sentencias citadas muestran que incluso la noción de propiedad puede interpretarse en un sentido quizá no exactamente coincidente con el usual (derecho a recuperar los bienes confiscados, derecho sobre construcciones ilegales) o de forma polémica a la vista del régimen jurídico de los bienes; y otras muchas acreditan que el concepto convencional *(biens, possessions)* ha sido objeto de una interpretación extensiva. Los ejemplos son abundantes, pero no podemos demorarnos en ilustrar las múltiples y diversas aplicaciones prácticas del criterio general, algunas de las cuales han tenido a España como protagonista[20]. Valga por ello con el recordatorio del mismo tal y como figura en la sentencia *Oneryildiz* (2004), de la Gran Sala, no sin remitir al lector a las

Copyleft – Ius Publicum

aproximaciones doctrinales que censan y glosan la jurisprudencia[21]. Leemos en dicha sentencia que:

«124. La Cour rappelle que la notion de "biens" prévue par la première partie de l'article 1 du Protocole n.º 1 a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété des biens corporels et qui est indépendante par rapport aux qualifications formelles du droit interne: ce qui importe c'est de rechercher si les circonstances d'une affaire donnée, considérées dans leur ensemble, peuvent passer pour avoir rendu le requérant titulaire d'un intérêt substantiel protégé par cette disposition (…). Ainsi, à l'instar des biens corporels, certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi être considérés comme des "droits de propriété", et donc comme des "biens" aux fins de cette disposition (…). La notion de "biens" ne se limite pas non plus aux "biens actuels" et peut également recouvrir des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une "espérance légitime" et raisonnable d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété».

Particularmente destacada es la alusión que figura en la sentencia a la esperanza legítima *et raisonnable d'obtenir la jouissance d'un droit de propriété*, que en apariencia contrasta con que desde *Marckx* (1979) el Tribunal sostenga que el artículo 1 del Protocolo Adicional protege únicamente los bienes actuales, no los que están por adquirir a través de un medio u otro. Si «l'article 1 du Protocole n.º 1 ne vaut que pour les biens actuels» [*Anheuser-Busch Inc.* (2007), § 64], ¿qué espacio puede tener en la economía del precepto la esperanza legítima de obtener el disfrute de un derecho de propiedad, de alcanzar en definitiva algo que todavía no se tiene? Estamos ante uno de los aspectos más interesantes de la jurisprudencia europea relativa al concepto de *bienes*, aunque no podemos sino apuntar telegráficamente sus trazos más gruesos.

De *Pine Valley Developments Ltd.* (1991), *Pressos Compañía Naviera S.A.* (1995), *Kopecky* (2004) y *Anheuser-Busch Inc.* (2007) se infiere que una esperanza (de obtener una indemnización, de recuperar la propiedad, de ejecutar unas obras de urbanización…) entra dentro del ámbito del artículo 1 del Protocolo Adicional si cuenta con suficiente base jurídica en el ordenamiento interno. Dicha base puede ser un acto jurídico que ampara el

Copyleft – Ius Publicum

interés individual en un caso determinado[22] o una jurisprudencia consolidada de la que se deduce un claro aval a las pretensiones del particular[23]. Aunque son hipótesis diferentes, una esperanza legítima así cimentada se traduce en un interés patrimonial que constituye un bien en el sentido del artículo 1 del Protocolo Adicional.

Puesto que, y con esto concluyo el presente apartado, las privaciones previstas en la segunda norma del precepto pueden afectar a cualesquiera bienes en el sentido de la primera y no sólo al derecho de propiedad en su convencional entendimiento, es claro que la autonomía del concepto de *bien* trae consigo la expansión de las posibilidades de aplicación de aquélla. Así, en *Pressos Compañía Naviera* (1995), el Tribunal calificó de privación que la ley eliminara retroactivamente la posibilidad de obtener las indemnizaciones que la jurisprudencia reconocía a las compañías navieras en caso de accidentes en los que estuvieran involucrados los prácticos portuarios. El Tribunal no cuestionó que el legislador belga tuviera razones sólidas para adoptar esa ley marcando *pro futuro* un criterio distinto al que habían establecido los tribunales, pero no encontró ninguna que avalara la aplicación retroactiva de la norma, privando así a los demandantes de una indemnización a la que según la jurisprudencia nacional tenían derecho y que consideró una esperanza legítima en el sentido señalado[24]. En *Sud Parisienne de Construction* (2010) el Tribunal se aproxima de igual forma a una ley que, retroactivamente, modificaba a la baja las reglas de cálculo de los intereses moratorios devengados pero aún no abonados.

Si en *Pressos* consideró que la medida era contraria al Convenio, en *Sud Parisienne* llegó a una conclusión diferente; pero en ambos casos calificó de *privación* a una injerencia que había afectado a *bienes* a los efectos de la primera norma del artículo 1 del Protocolo, aunque no al derecho de propiedad en sentido convencional.

3. PRIVACIÓN

La segunda frase del párrafo primero del artículo 1 del Protocolo Adicional establece que «[n]adie podrá ser privado de su propiedad sino…», «[n]ul ne peut être privé de sa propriété que…», «[n]o one shall be deprived of his possessions except…». La

Copyleft – Ius Publicum

terminología es clara, tanto en una lengua como en otra. Ciertamente, la versión francesa habla de *propriété* y la inglesa de *possessions*, pero como el objeto de la injerencia debe relacionarse con el concepto de *bienes*, al que nos acabamos de referir, no queda mucho espacio para las disquisiciones semánticas. Pero ¿qué es una privación a los efectos de la norma? De la jurisprudencia del Tribunal inferimos lo siguiente[25].

La *privación* consiste en la pérdida efectiva del poder de disposición sobre el bien[26]. Si la injerencia provoca únicamente la merma de algunas de las facultades características del dominio o un menoscabo patrimonial importante, pero el interesado ha podido vender el bien, o utilizarlo de algún modo, o arrendarlo, o donarlo, o hipotecarlo, etc., el Tribunal no aprecia la existencia de una privación por mucho que aquélla haya causado un perjuicio al propietario (dificultades para vender los bienes, pérdidas patrimoniales, imposibilidad de utilizar temporalmente la finca o de acceder a ella, limitaciones o restricciones de uso, imposibilidad legal de oponerse judicialmente a una posesión de hecho…). En palabras de la sentencia *Brumarescu* (1999), el interesado ha de haber perdido la facultad de vender o legar el bien, de donarlo o de disponer de él de cualquier otra manera (§ 77). A este propósito, la sentencia *Tsirikakis* (2002) emplea una fórmula expresiva: si los efectos de la injerencia, por notables que sean, no han creado una situación irreversible para los demandantes, no cabe hablar de privación (§ 55)[27].

El criterio de fondo parece claro, aunque cabe señalar que su aplicación concreta ha dado lugar a divergencias en el seno del propio órgano jurisdiccional[28] e incluso que el Tribunal ha identificado una privación a pesar de no haberse producido despojo material alguno[29]. Pero, al margen de ello, la idea general se presta a pocas discusiones y los análisis doctrinales confirman la conclusión alcanzada merced a la consulta de la jurisprudencia en punto a la delimitación del ámbito objetivo de la segunda norma[30].

Aunque es cierto que el Tribunal tiende a homogeneizar la interpretación del artículo 1 del Protocolo Adicional al conferir destacadísima relevancia al principio de justo equilibrio, la identificación de si en un caso dado la injerencia se resuelve o no en una privación es importante toda vez que la garantía europea del derecho de propiedad sólo incorpora la exigencia indemnizatoria en caso de privaciones. Puede suceder que, en

Copyleft – Ius Publicum

aplicación del artículo 41 del Convenio, el Tribunal reconozca el derecho del demandante a percibir una satisfacción equitativa cuando la injerencia en el derecho de propiedad se ha calificado jurídicamente de otra forma (en particular, reglamentación del uso de los bienes), pero entonces se tratará de una compensación que trae causa en la comisión de un ilícito (por ejemplo, una medida desproporcionada o carente de justificación causal) cuyas consecuencias no pueden repararse completamente de otra manera (véase, entre otras, *Chassagnou*, 1999). Pero si la injerencia consiste en una privación sin indemnización, el hecho ilícito mismo será la falta de compensación en tanto en cuanto ésta es debida en los términos que veremos en el apartado siguiente[31].

Como muestra, recuérdese que en *J. A. Pye* (2005) la Sección cuarta del Tribunal consideró que la injerencia litigiosa era una privación y tuvo muy en cuenta que no había mediado indemnización alguna; en el año 2007, la Gran Sala analizó la injerencia desde la perspectiva de la reglamentación del uso de los bienes, apostillando que por tal motivo «la jurisprudence sur la compensation pour privation n'est pas directement applicable. De plus, dans les affaires oú la situation a été considérée comme une réglementation de l'usage des biens (…), nulle mention n'a été faite d'un droit à compensation» (§ 79). Dicho de otro modo: la reglamentación del uso de los bienes puede quizá conllevar, según casos y circunstancias, el abono de alguna clase de compensación a raíz de una violación del Convenio, mientras que la privación la exige siempre, salvo en supuestos auténticamente excepcionales (vid. *infra*); de ahí que la indemnización esté incrustada en el régimen europeo de las privaciones y sea un elemento eventual en el de la reglamentación del uso de los bienes cuya ausencia no implica por sí misma una vulneración de la norma europea[32].

Debemos precisar que la privación no se identifica necessariamente con una expropiación formal, pues ya en *Sporrong y Lonnröth* (1982) el Tribunal dijo que hay que analizar la situación litigiosa a los efectos de verificar si se ha producido una expropiación de hecho (§ 63). Se trata, en definitiva, de valorar la incidencia real de la injerencia sobre el patrimonio jurídico del individuo por encima de lo que revelen las manifestaciones externas de la misma; a estos efectos, el Tribunal suele afirmar que para establecer si ha habido o no una privación en el sentido de la segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional no basta con examinar si ha habido una desposesión formal, sino que es necesario ir más allá

Copyleft – Ius Publicum

de las apariencias y analizar la realidad de la situación litigiosa[33]. Veamos algún ejemplo de interés.

Una Ley griega de 1967 atribuyó ciertos terrenos a la marina nacional. Tras las protestas de algunos afectados, sus derechos de propiedad fueron reconocidos y acordada la devolución de las fincas, pero la marina nacional hizo caso omiso e incluso ejecutó determinadas obras de defensa. En 1974, los tribunales ordenaron la restitución de los bienes argumentando que el Estado no había podido cederlos a la marina puesto que no era su propietario. En 1980, el Ministerio del ramo consideró que la restitución era inviable a consecuencia de las obras ejecutadas, pero abrió la vía de la permuta de los terrenos por otros del mismo valor, vía que acabó plasmándose en una Ley de 1983. En 1992, el asunto estaba todavía sin resolver; desde 1967, los interesados no habían podido disponer de su propiedad, e incluso en algún caso les fue negado el acceso a ella cuando lo intentaron, exhibiendo en apoyo de su pretensión la decisión judicial que exigía que les fuera restituida.

La sentencia *Papamichalopulos* (1993) señala que desde 1967 «les requérants ne purent ni user de leurs biens, ni les vendre, les léguer, les donner ou les hypothéquer» (§ 43); y que «la perte de toute disponibilité des terrains en cause, combinée avec l'échec des tentatives menées jusqu'ici pour remédier à la situation incriminée, a engendré des conséquences assez graves pour que les intéressées aient subi une expropriation de fait incompatible avec leur droit au respect de leurs biens» (§ 45). Aunque el Tribunal no dice que enfoca el litigio a partir de la segunda frase del artículo 1 del Protocolo Adicional, el léxico que utiliza indica que en efecto lo hace[34]. La misma aproximación teórica se encuentra en, por ejemplo, *N. A.* (2005), *Jahn* (2004 y 2005) y *Vergu* (2011), siquiera en estos casos el Tribunal aclare que la injerencia consistió, efectivamente, en una privación en el sentido de la segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional.

Comentemos también que el análisis jurídico de una expropiación de hecho obedece a los mismos cánones que el de una expropiación formal. Muestra de ello es la sentencia *Sarica y Dilaver* (2010), que arranca de la integración *de facto* de terrenos privados en una zona militar. Tras los litigios de rigor (que concluyeron con la atribución de las fincas al Estado), los demandantes vieron reconocido su derecho a ser indemnizados,

Copyleft – Ius Publicum

pero se suscitó el problema de la tasa de interés aplicable a la cuantía principal. Aunque por disposición constitucional las indemnizaciones expropiatorias devengan el interés máximo aplicable a las deudas públicas, los tribunales entendieron que ello regía en caso de expropiaciones formales pero no en caso de expropiaciones de hecho; no se negaba que en éstas el interesado tuviera derecho a percibir intereses de demora, pero sí que se calcularan aplicando una tasa que superaba con creces la ordinaria. El TEDH, partiendo de que la injerencia era una expropiación de hecho acometida por la Administración y certificada por los jueces, censura que en estos casos se aplique un tipo de interés inferior al previsto constitucionalmente para las expropiaciones regulares, situación que «est de nature à avantager les pouvoirs publics et à les inciter à privilegier les expropriations sans base légale au detriment des expropriations classiques, pour des raisons économiques» (§ 49). Ello significa que las garantías del individuo no difieren según que se expropie formalmente o de hecho. Las expropiaciones de hecho pueden presentar específicos problemas de adecuación al principio de legalidad, pero no dejan de ser privaciones; de ahí que, desde el punto de vista de las garantías de la posición jurídica del individuo, sean tratadas como tales.

Señálese, por último, que para que pueda ser analizada a la luz del artículo 1 del Protocolo Adicional la privación ha de ser imputable a los poderes públicos. Son los Estados quienes se comprometen a reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades que el sistema del Convenio garantiza (artículo 1), por lo que las injerencias deben poder referirse al comportamiento de cualesquiera de sus órganos o autoridades, pertenezcan al legislativo, al judicial o al ejecutivo[35]. En nuestro caso, la jurisprudencia acredita que, además de al legislativo y a la Administración, cabe también atribuir la injerencia a órganos judiciales, lo que desde la perspectiva del Convenio no suscita problemas dignos de mención[36]. No es, en cambio, viable imputar la injerencia a sujetos privados[37]. Aunque en los casos *Matheus* (2005) y *R. P.* (2010) el Tribunal habla de una suerte de expropiación privada de la que se beneficia un ocupante ilegal, los litigios versaban sobre la inejecución administrativa de las resoluciones judiciales que habían ordenado el desalojo de quienes habían tomado posesión ilícitamente de fincas de terceros; de este modo, la autoría de la vulneración del artículo 1 del Protocolo Adicional se atribuía a la Administración, que había hecho caso omiso de las decisiones que habían dictado los

Copyleft – Ius Publicum

tribunales amparando las pretensiones recuperatorias de quienes fueron luego demandantes ante la jurisdicción de Estrasburgo[38].

4. INDEMNIZACIÓN

En la tradición constitucional europea, la expropiación se contempla acompañada de la obligación de indemnizar; sin embargo, la segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional no contiene referenzia alguna a este punto, que fue uno de los conflictivos durante el proceso conducente a la entronización jurídica de la garantía europea del derecho de propiedad. Es cierto que de la remisión a los *principios generales del Derecho internacional* puede deducirse que la indemnización es debida en ciertos casos (vid. *infra*) y que de la apelación a las condiciones previstas en la legislación nacional cabe inferir que si ésta exige el pago de una compensación, el mismo es obligado también desde la perspectiva europea[39]; pero, quiérase o no, el artículo 1 del Protocolo Adicional no dice que hay que indemnizar al privado de sus derechos patrimoniales.

En su opinión disidente a la sentencia *James* (1986), el juez Vilhjalmsson se apoyó justamente ahí para defender que «tal como está redactado, el sentido del texto es que no prevé la indemnización». La mayoría del Tribunal, en cambio, se inclinó por el criterio siguiente: sin compensación en caso de privación, el derecho al disfrute a los bienes sería por completo ilusorio e ineficaz; la indemnización es un elemento importante en el análisis de si hay un justo equilibrio entre los intereses en juego (los de la comunidad y los del titular del derecho al disfrute de los bienes) y en el de si no se impone al interesado una carga desmesurada; la indemnización debe consistir en una suma razonable de dinero en relación con el valor del bien, aunque el Convenio no garantiza en todo caso el derecho a un resarcimiento total pues pueden existir motivos razonables de interés público que justifiquen el pago de una cantidad inferior al valor de mercado del bien (§ 54). La inmediatamente posterior sentencia *Lithgow* (1986) ultimó el argumento principal, de nuevo con la disidencia del juez Vilhjalmsson[40].

Copyleft – Ius Publicum

La idea general es clara: el principio de justo equilibrio entre el interés general y el derecho individual —que ya hemos dicho que el Tribunal tiene por inscrito en la primera norma del artículo 1 del Protocolo Adicional, desde la que irradia su energía a las otras dos— reclama una compensación en caso de privación; esto es, apela a un derecho del afectado que formalmente no figura en el precepto. Esta operación hermenéutica suscita un interrogante: si, aun a la vista de la tradición constitucional europea, el artículo 1 del Protocolo Adicional no garantiza la indemnización, ¿puede el órgano jurisdiccional encargado de asegurar el respeto de los compromisos asumidos por los Estados que han ratificado el Convenio y sus protocolos alumbrar una exigencia que no figura en el precepto? La pregunta lleva de la mano a un territorio difícil: ¿dónde está el límite entre una interpretación jurisprudencial evolutiva y dinámica del Convenio y la creación de verdaderas normas jurídicas? Es innegable que el entendimiento que el Tribunal tiene del Convenio como un instrumento vivo de garantía de los derechos individuales que debe actualizarse constantemente en función de la evolución social y de las nuevas situaciones es digno de aplauso, pero ¿cuál es el confín de la interpretación jurisprudencial?, ¿qué línea no puede traspasar el Tribunal sin convertirse *de facto* en legislador internacional?

El problema es ciertamente arduo y, desde luego, de orden general; no obstante, en nuestro caso se presenta quizá con un punto menos de dramatismo que en otros. Ello se debe a que, cualquiera que fuera el texto normativo negociado y aprobado, la indemnización en caso de privación de la propiedad era en 1952 (y no digamos ya en 1986, año de las sentencias *Lithgow* y *James*) un elemento perfectamente identificado en el mapa del régimen europeo del derecho de propiedad. Habida cuenta del contexto, lo verdaderamente extraño hubiera sido que, en aras de un estricto formalismo, el Tribunal prescindiera de una exigencia muy arraigada en las concepciones jurídicas europeas dominantes en materia de privación de la propiedad, que entonces eran las de los países occidentales. Podría haberse conformado con una remisión a lo dispuesto en las Constituciones y en las legislaciones nacionales en la práctica seguridad de que las mismas impondrían el abono de una indemnización, pero no hubiera dejado de ser llamativo que del mismo sistema del Convenio no pudiera deducirse una exigencia compensatoria[41]. ¿Podía el texto europeo quedarse en este punto al margen y por detrás de una tradición constitucional consolidada?

Copyleft – Ius Publicum

El Tribunal resolvió el expediente, como hemos señalado, apelando al *justo equilibrio entre las exigencias del interés general y las de la protección de los derechos individuales*, nicho en el que se cobija, y a título principal, el otorgamiento de una indemnización. Un somero repaso por la jurisprudencia europea permite apreciar qué consecuencias prácticas se siguen de la idea; así, el mantenimiento de dicho equilibrio repudia, por ejemplo:

— que transcurra un período de tiempo excesivamente largo hasta la determinación definitiva del justiprecio y su abono: *Almeida Garret, Mascarenhas Falção* (2000), *Jorge Nina Jorge* (2004) y *Geraldes Barba* (2004);
— que un terreno expropiado y ocupado en 1923 se justiprecie en 1993 conforme al precio que se estima podía tener siete decada atrás: *Malama* (2001);
— que expropiada parcialmente una finca destinada a la explotación agropecuaria, la indemnización no incluya la pérdida específica que supone para el propietario la imposibilidad de continuar con su actividad profesional: *Lallement* (2002);
— que el valor histórico y cultural de un bien, expropiado justamente por ello, no compute a los efectos del señalamiento de la indemnización: *Kozacioglu* (2009);
— que la indemnización expropiatoria sea inferior a las costas procesales que los interesados deben abonar a causa de haber perdido el litigio entablado para el establecimiento de aquélla: *Perdigao* (2010);
— que los intereses moratorios no compensen al expropiado en caso de tardanza en el pago: *Gülfiye Özturk* (2001), *Jorge Nina Jorge* (2004);
— que la demora injustificada en la ejecución o cumplimiento de la causa de expropiar juegue en contra de los intereses patrimoniales del propietario, quien no se beneficia del incremento de valor que el bien ha experimentado desde que fue expropiado: *Motais de Narbonne* (2002);
— que la obligación de restituir las propiedades incautadas en su día por las autoridades comporte para quienes las adquirieron de buena fe únicamente el derecho a recuperar el precio que desembolsaron treinta años atrás, muy inferior al actual: *Pincová y Pinc* (2002);

Copyleft – Ius Publicum

— que en caso de expropiación de hecho el tipo de interés aplicable al justiprecio sea inferior al que procede cuando las expropiaciones son regulares: *Sarica y Dilaver* (2010);
— que la ley que grava fiscalmente los justiprecios se aplique a uno fijado judicialmente de forma definitiva meses antes de su entrada en vigor y que no se había abonado a causa de la tardanza administrativa en dar cumplimiento a la decisión judicial: *Di Belmonte* (2010);
— que no se ejecute la decisión administrativa firme y definitiva por la que se fija el justiprecio, sin que el interesado tenga noticia alguna de cuándo podrá disponer de él: *Naghi* (2009);
— que se prive al interesado de parte de la indemnización al darse por supuesto que la ejecución de la obra pública que motivò la expropiación le beneficia: *Katikaridis* (1996);
— que por justificada que esté la integración de una finca en el dominio público marítimo-terrestre, sus antiguos propietarios no sean indemnizados «pour le transfert de leur bien au Trésor public»: *N. A.* (2005), *Dogrusoz y Aslan* (2006), *Hüseyin Ak* (2010).

En consecuencia, la indemnización se yergue en elemento central del régimen europeo de la privación del derecho de propiedad o de cualesquiera bienes en el sentido del precepto; ahora bien, ¿debe equivaler al valor íntegro del bien expropiado?, ¿caben justiprecios que no lleguen a él?

Por lo pronto, debemos señalar que el Tribunal admite que las privaciones sin indemnización no son *per se* incompatibles con el artículo 1 del Protocolo Adicional; el argumento luce, por ejemplo, en *Los santos monasterios* (1994, § 71), *Pressos Compañía Naviera* (1995, § 38) y *Ex rey de Grecia* (2000, § 90). No conviene, empero, sobredimensionarlo, pues una cosa es que el Tribunal lo emita en abstracto o con carácter general y otra muy distinta la del punto hasta el que está dispuesto a plasmarlo en un determinado litigio. La idea madre es que circunstancias excepcionales, que debe acreditar objetivamente el Estado demandado, pueden justificar privaciones sin indemnización, pero

Copyleft – Ius Publicum

la expresión *circunstancias excepcionales* no significa situaciones meramente difíciles, delicadas o complejas. Veamos una aplicación práctica.

En el caso *Jahn* (2004), la Sección Tercera consideró que se había infringido el artículo 1 del Protocolo Adicional por haberse practicado una privación sin indemnización; en 2005, la Gran Sala, sin cuestionar que hubiera existido una privación ni que la misma observara los requisitos del precepto (respeto a la ley, causa de utilidad pública), sostuvo que, en razón de las excepcionales circunstancias que rodeaban al caso, «l'absence de toute indemnisation ne rompt pas le juste equilibre à ménager entre la protection de la propriété et les exigences de l'interêt général» (§ 117). ¿Qué circunstancias merecieron tan cualificada adjetivación? La maraña jurídica del asunto es tal que no podemos resumir aquí sus pormenores; mencionemos solamente que su detonante fue una Ley aprobada en 1992 por el Parlamento de la República Federal de Alemania (unificada) que pretendía corregir los efectos considerados injustos de una Ley adoptada por la República Democrática Alemana en 1990 (ya entonces había caído el muro de Berlín) merced a la cual se habían convertido en propietarios de fincas resultantes de la reforma agraria emprendida en 1945 personas que ni siquiera tenían el derecho a poseerlas de conformidad con la legislación anterior de la República Democrática. Digamos que por obra de la Ley de 1992 dejaron de ser propietarios personas que habían adquirido tal condición gracias a la de 1990 pero que, en realidad, no debieran haberla alcanzado nunca a la vista de la normativa precedente. En este singular asunto, el Tribunal tuvo muy en cuenta «le contexte unique de la réunification allemande», que es el marco al que pertenece la Ley de 1992, pero también que la Ley de 1990 convalidó situaciones irregulares nacidas al amparo de la inobservancia de la legislación nacional y que no era irrazonable tratar de corregir tal efecto; que se hiciera sin indemnizar, y además con prontitud, no constituyó, para la Gran Sala, violación alguna del artículo 1 del Protocolo Adicional[42].

La conclusión a la que llega esta sentencia de la Gran Sala no es nada frecuente en la jurisprudencia europea. Aunque el Tribunal insiste en que en determinadas circunstancias una privación sin indemnización no es por sí misma contraria al artículo 1 del Protocolo Adicional, no es proclive a materializar el criterio que, por lo común, no pasa de encerrar una idea de principio; idea que está ahí, que no cabe arrojar a las tinieblas del olvido, pero

Copyleft – Ius Publicum

que hasta ahora sólo raramente ha sido aplicada. Como contrapunto, recordemos que la sentencia *Ex rey de Grecia* (2000) censura que el Estado griego se incautara de los bienes de la antigua familia real sin indemnización, a pesar de reconocer que la operación estaba relacionada con una transición constitucional y que el Gobierno pudo considerar de buena fe que había circunstancias excepcionales que justificaban la ausencia de indemnización. En el caso, el Tribunal afirma que el Gobierno no justificó convincentemente por qué la privación debía llevarse a cabo sin indemnización (§ 98), lo que revela que sobre las espaldas del Estado pesa la carga de motivar adecuadamente la decisión de no indemnizar. De hecho, en *N. A.* (2005) al Tribunal le basta constatar «que le Gouvernement n'a invoqué aucune circonstance exceptionnelle qui justifierait l'absence totale d'indemnisation» para concluir «que l'absence de toute indemnisation des réquerants rompt, en défaveur de ceux-ci, le juste équilibre à ménager entre la protection de la propriété et les exigences de l'intérêt général» (§§ 41-42).

Admitida sólo de forma muy excepcional la privación sin indemnización, superior realce tiene otro argumento jurisprudencial, ampliamente consolidado. Ya en *James* (1986) y *Lithgow* (1986) el Tribunal aclaró que el artículo 1 del Protocolo Adicional no garantiza el derecho a una reparación integral si finalidades legítimas de utilidad pública justifican el abono de compensaciones inferiores al valor de mercado de los bienes. El criterio subsiste; en palabras, por ejemplo, de la sentencia *Jokela* (2002), aunque sin el abono de una suma razonable en relación con el valor del bien una privación de propiedad constituye un atentado excesivo y no justificable desde la perspectiva del artículo 1 del Protocolo Adicional, el precepto no garantiza «dans tous les cas le droit à une compensation intégrale, car des objectifs légitimes "d'utilité publique" peuvent militer pour un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande» (§ 53).

¿Y qué objetivos legítimos de utilidad pública *peuvent militer pour un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande*? A la vista del acervo jurisprudencial, y sin ánimo alguno de exhaustividad, pueden identificarse los supuestos siguientes:

a) Cualificadas finalidades de reforma económica y social: *James* (1986, § 54).

Copyleft – Ius Publicum

b) Nacionalizaciones: *Lithgow* (1986, § 121).

c) Situaciones muy particulares, como la derivada del compromiso adquirido por Polonia tras la Segunda Guerra Mundial de compensar a los ciudadanos polacos que fueron expulsados de sus propiedades a causa de la invasión soviética del país en 1939 y a quienes tuvo que acoger después: *Broniowski* (2004).

Son, como se ve, hipótesis nada normales o habituales, sea por la finalidad perseguida, sea por la dimensión de la operación misma, sea, en fin, por ciertas circunstancias históricas que siguen dejándose sentir décadas después. No son tan excepcionales como para justificar la ausencia de indemnización, pero sí lo suficientemente caracterizadas como para que la misma no alcance *la pleine valeur marchande*. Ahora bien, ello no significa que cualquier montante indemnizatorio satisfaga las exigencias del artículo 1 del Protocolo Adicional pues, aun contando con lo dicho, el principio de justo equilibrio despliega sus efectos. El Tribunal reconoce a los Estados un importante margen de apreciación a la hora de seleccionar los objetivos legítimos que pueden justificar que las indemnizaciones no alcancen *la pleine valeur marchande* del bien, pero eso no habilita para el señalamiento de compensaciones cuya cuantía está excesivamente alejada de aquél.

No tiene sentido tratar de buscar un criterio fijo, plasmado si se quiere en un determinado porcentaje que es necesario alcanzar. Cada caso tiene sus peculiaridades y circunstancias endémicas, por lo que la solución dependerá de las mismas. Como muestra, comentemos que en la sentencia *Broniowski* el Tribunal censura que el interesado recibiera una indemnización cifrada en el 2% de la que le correspondía según la legislación, mientras que otras personas en su misma situación habían percibido un 15% del valor del bien. El Tribunal dice que la cuantía es insignificante, pero no deja de observar que otros interesados habían percibido cantidades superiores y que no existen razones que justifiquen la diferencia de trato, motivo por el que resuelve que el demandante ha soportado una carga excesiva, desproporcionada y no justificada en razones de interés general (§§ 186-187). Pero esta conclusión, ¿obedece a que el demandante percibió sólo el 2%, a que la cantidad era demasiado baja en términos comparativos o a ambas cosas? Sea como fuere, en esta misma sentencia la Gran Sala apostilla que no le corresponde «dire

Copyleft – Ius Publicum

dans l'abstrait ce que serait un niveau "raisonnable" d'indemnisation en l'espéce»; *en l'espéce*, recalco. Así las cosas, no parece factible determinar con carácter general cuál debe ser el nivel razonable de indemnización cuando las circunstancias del caso avalan compensaciones inferiores a *la pleine valeur marchande* del bien.

¿Y qué sucede en los demás supuestos? En la sentencia *Scordino (n.º 1)* (2006) la Gran Sala precisa si la expropiación «ne se situe pas dans un contexte de réforme économique, sociale ou politique et ne se rattache à aucune autre circonstance particulière», no se perciben objetivos legítimos de utilidad pública «pouvant justifier un remboursement inférieur à la valeur marchande» (§ 102). El argumento reaparece en *Gigli Costruzioni S.R.L.* (2008, §§ 43-44) y en *Bortesi* (2008, § 31). ¿Significa ello que en las expropiaciones ordinarias o comunes el TEDH reclama una indemnización integral o equivalente al valor de mercado de los bienes?

A pesar del léxico jurisprudencial, la respuesta afirmativa no está tan clara como a primera vista pudiera parecer. En los tres casos que se acaban de citar, la indemnización definitivamente fijada rondaba la mitad del valor de mercado de los bienes y, además, estaba sujeta a un tipo impositivo del 20% que, obviamente, minoraba la cantidad realmente percibida por los interesados. Para el Tribunal, ello provocó que la indemnización fuera «largement inférieure à la valeur marchande du bien en question», y no parece que se pueda sostener razonablemente otra cosa. Pero ¿qué sucede si la diferencia entre dicho valor y la compensación no es tan escandalosa? ¿Qué es lo que realmente exige, en circunstancias normales, el artículo 1 del Protocolo Adicional?, ¿una compensación equivalente al valor de mercado de los bienes o una compensación que no se aleje excesivamente del mismo?

Todo sugiere que la expresión al uso, *relación razonable entre la indemnización y el valor del bien*, matiza la referencia al *valeur marchan de*, que seguramente no debe interpretarse de forma estrictamente literal. En realidad, el criterio del Tribunal está muy relacionado con el principio de justo equilibrio y su corolario de no admitir que pesen sobre el interesado cargas exorbitantes o desproporcionadas. Y no parece que este contexto teórico repudie compensaciones que mantengan con el valor real del bien una relación razonable aunque no lleguen a alcanzarlo. Pero cuidado, la diferencia en tales casos no

Copyleft – Ius Publicum

puede ser la misma que la aceptable cuando se identifican motivos legítimos de utilidad pública justificativos del abono de un justiprecio inferior al valor de los bienes expropiados o nacionalizados, pues de otro modo ambas hipótesis acabarían confundiéndose cuando, a juicio del Tribunal, son claramente distintas. Dicho de otro modo, cualesquiera que sean las cuantías aceptables cuando tales motivos entran en juego, en los demás casos el criterio es que aunque la indemnización no tiene por qué ascender necesariamente al valor real del bien, sí ha de mantener una *relación razonable* con el mismo.

Como bien se comprende, los argumentos jurisprudenciales dejan abonado el campo de la casuística.

5. CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA. PROPORCIONALIDAD

La segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional reclama que la privación se justifique en una causa de utilidad pública *(cause d'utilité publique, in the public interest)*. ¿Qué implica esta exigencia?

Las ideas fundamentales figuran impresas en *James* (1986), que señala que de las diferencias apreciables entre el texto francés e inglés no cabe extraer distinciones fundamentales de significado (§ 43) y concluye como sigue: «un transfert de propriété opéré dans le cadre d'une politique légitime —d'ordre social, économique ou autre— peut répondre à l'utilité publique même si la collectivité dans son ensemble ne se sert ou ne profite pas elle-même du bien dont il s'agit» (§ 45). Por lo tanto, no es imprescindible que la privación beneficie a la comunidad en general. El argumento es de peso, pero no es el único relevante de la sentencia, pues el Tribunal apela al *margen nacional de apreciación*, que introduce en el régimen europeo de la privación de la propiedad.

Cualesquiera que sean las virtudes y defectos de dicho criterio y de su aplicación jurisprudencial43, no podemos dejar de señalar que hace acto de presencia aquí. En palabras de la sentencia *James*: debido al conocimiento directo del propio país y de sus necesidades, las autoridades nacionales están en principio en mejores condiciones que un

Copyleft – Ius Publicum

tribunal internacional para determinar qué es de utilidad pública, gozando al respecto de un margen discrecional; habida cuenta de ello, de la natural amplitud del concepto de utilidad pública y de que las leyes que suponen privaciones implican normalmente el examen de cuestiones sociales, económicas y políticas sobre las cuales pueden existir opiniones diversas, el Tribunal respeta la forma en que el legislador nacional concibe las exigencias de utilidad pública salvo que su criterio carezca manifiestamente de fundamento razonable (§ 46). El argumento es reiterado en, por ejemplo, *Pressos Compañía Naviera* (1995, § 37), *Ex rey de Grecia* (2000, §§ 87 y 88), *Pincovà y Pinc* (2002, §§ 47 y 48), *Broniowski* (2004, § 149), *Jahn* (2005, § 91), *Maupas* (2006, § 18).

Ello no significa que el Tribunal no evalúe si las injerencias obedecen al requisito europeo de la causa de utilidad pública, pero sí que muestra cierta deferencia hacia el criterio nacional. Así sucede, desde luego, cuando las privaciones de la propiedad tienen que ver con la aplicación de medidas políticas, económicas o sociales cuyos objetivos conectan con intereses públicos que trascienden de los que abonan la expropiación aislada de un bien determinado; pero ¿y si la privación de la propiedad trae causa en fines más específicos o singulares, como por ejemplo la ejecución de una obra pública determinada? ¿También entonces apela el Tribunal al margen de apreciación estatal con la inherente consecuencia de comportarse como un órgano jurisdiccional de control poco menos que negativo en lo que se refiere a la causa de expropiar? Todo indica que sí, que el juicio europeo se ciñe a verificar si la decisión estatal no está manifiestamente desprovista de fondamento razonable; de ahí que el control jurisdiccional de este elemento sea de intensidad ciertamente débil, como la doctrina destaca con frecuencia[44].

Cuestión diferente es que el Tribunal haya censurado comportamientos estatales por motivos relacionados con la causa de utilidad pública. *Motais de Narbona* (2002) y *Beneficio Capella Paolini* (2004) son muestra de ello. Sin embargo, tales asuntos no ilustran el alcance del control europeo sobre la causa de expropiar; cierto que ésta desempeñó en ambos un papel importante, pero el escrutinio jurisprudencial discurrió por derroteros distintos al del análisis de si concurrían o no motivos de utilidad pública legitimadores de la privación[45].

Copyleft – Ius Publicum

Para cerrar este apartado, debemos hacer mención al principio de proporcionalidad que la sentencia *James* (1986) introdujo del modo siguiente en la exégesis de la segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional: el hecho de aceptar que el criterio estatal no está manifestamente desprovisto de fundamento en punto a la selección de la causa que justifica la privación «no resuelve el problema», pues no basta con que la medida litigiosa persiga fines de utilidad pública, sino que ha de existir también una relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y los objetivos legítimos pretendidos (§ 50). Desde entonces, la idea aparece constantemente en la jurisprudencia europea e incluso figura en la STC 48/2005, de 3 de marzo, que cita seis sentencias de Estrasburgo, evoca los elementos del juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) y afirma que del mismo se sirve el TEDH a propósito del artículo 1 del Protocolo Adicional. Creo, sin embargo, que no es exactamente así.

Es rigurosamente cierto que el principio de proporcionalidad figura entre los argumentos mayores de la jurisprudencia de Estrasburgo[46], pero dista de estar claro que ésta aplique el juicio de proporcionalidad en los mismos términos que lo hace la citada sentencia del Tribunal Constitucional español (y que en el caso le condujeron a declarar inconstitucional una ley autonómica que expropiaba ciertos inmuebles con vistas a la ampliación del Parlamento regional). La sentencia *James* aclaró ya que la existencia de soluciones alternativas no convierte en injustificada la privación siempre y cuando la medida sea razonable y adecuada para alcanzar la finalidad legítima perseguida. Y eso no es aplicar el juicio de proporcionalidad en el sentido que dice nuestro Tribunal Constitucional, pues supone renunciar al análisis de si una injerencia menos gravosa que la privación de la propiedad pudiera haber sido igualmente apta para la consecución del fin pretendido[47]. Si la doctrina más cualificada habla en este contexto de un control europeo de *no desproporcionalidad*, no es por hacer un juego de palabras[48]. ¿Qué quiere decir realmente el TEDH cuando afirma, y lo hace reiteradamente, que la medida litigiosa no debe imponer al individuo una carga desproporcionada o que el interés legítimo perseguido por las autoridades nacionales no puede desembocar en la imposición de cargas desproporcionadas y excesivas? Ciñéndonos exclusivamente a las injerencias que son privaciones, la idea de proporcionalidad, estrechamente ligada a la de justo equilibrio, acaba traduciéndose realmente en el estudio de si se ha otorgado al interesado una

Copyleft – Ius Publicum

indemnización razonable. Entre otras muchas sentencias, *Pressos Compañía Naviera* (1995, § 38), *Yagtzilar* (2001, § 40), *Jahn* (2005, §§ 93 y 94) y *Scordino (n.º 1)* (2006, §§ 102-103) muestran que, en caso de privaciones, el tema de la proporcionalidad se resuelve en el de la indemnización[49].

Entiendo que ello obedece a una actitud pragmática, que no es en sí misma censurable. Si el Tribunal afronta con enorme comedimiento la justificación material de las decisiones estatales (causa de utilidad pública) y prefiere no valorar si una medida diferente a la privación de la propiedad podría ser eficaz para la consecución del fin legítimo perseguido, no deja de tener sentido que gire la batuta hacia el tema económico. No estoy diciendo que me parezca la mejor de las metodologías posibles, pero sí que los resultados prácticos son positivos una vez que el Tribunal, haciendo gala de un *self restreint* del que se puede discrepar, orilla el análisis de otros aspectos sustantivos. Con todo, lo más llamativo es el extraordinario realce conferido a un elemento (la indemnización) que no figura formalmente en la segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional, en contraste con el escaso relieve que adquiere en la práctica un elemento (la causa de utilidad pública) que sí figura en ella.

6. EXIGENCIAS DE LEGALIDAD

La segunda frase del párrafo primero del artículo 1 del Protocolo Adicional reclama que la privación de la propiedad (en rigor, de los bienes en el sentido del precepto) respete las condiciones previstas por la ley *(the conditions provided for by law, les conditions prévues par la loi)*. Es necesario aclarar que ello supone una llamada al ordenamiento interno de cada Estado parte, pero no a una forma normativa determinada. En el contexto del Convenio, el significado de la palabra *ley* se desliga del que pueda tener en los ordenamientos nacionales y remite a lo que cada sistema de fuentes disponga en orden al rango de la norma que ha de señalar las condiciones que deben observarse en caso de privación de bienes, extremo en el que el Convenio no se entromete. Es más, ni siquiera tiene que tratarse de una norma escrita en el sentido de los sistemas jurídicos continentales,

Copyleft – Ius Publicum

pudiendo consistir en una práctica jurisprudencial. Pero, así entendida, la *ley* debe existir y cualquier privación ajustarse a lo dispuesto en la misma.

Por lo pronto, ello supone que una privación carente de cobertura normativa en el plano interno o no respetuosa con las disposiciones nacionales es por sí misma contraria a la segunda frase del artículo 1 del Protocolo Adicional[50]; de ahí que, una vez constatado que la injerencia no se ajusta al Derecho nacional, el Tribunal declare la violación del precepto europeo sin necesidad de indagaciones ulteriores, considerándose dispensado de analizar si la medida mantuvo el justo equilibrio entre las exigencias del interés general y la salvaguardia de los derechos individuales[51]. A la inversa, el respeto de la legalidad es un requisito necesario pero no suficiente desde el punto de vista europeo. Que una privación observe la reglamentación interna significa que cumple con la exigencia que comentamos, pero no que sea conforme a los patrones europeos; por ello, verificado el respeto al principio de legalidad, el Tribunal se adentra por los vericuetos de los demás aspectos de la garantía europea del derecho de propiedad. Así, *Ex rey de Grecia* (2000), *Pincová y Pinc* (2002), *Broniowski* (2004).

Si todo concluyera aquí, la exigencia de legalidad podría resolverse prácticamente de modo formal, epidérmico si se quiere: si para entender satisfecha la exigencia internacional bastara con que la ley (en el sentido del Convenio) previera la injerencia, el requisito podría cumplimentarse con extraordinaria facilidad. Sin embargo, no es así. La sentencia *James* (1986) precisó que no se trata sólo de que la ley prevea la injerencia, sino también de la *calidad de la ley* (§ 67); y en *Lithgow* (1986) el Tribunal aclaró que si la expresión convencional «en las condiciones previstas por la ley» implica la existencia de normas internas, también reclama que las mismas puedan conocerse y sean precisas (§ 110). Años después, en *Binotti* (2005, § 80), el Tribunal dice estar convencido de que la mera existencia de una base legal no basta para satisfacer el principio de legalidad y que es útil detenerse en el aspecto de la *calidad de la ley*[52].

¿Y cómo se evalúa si la ley tiene suficiente calidad o no? Parece fuera de duda que hablamos de un requisito material, no meramente formal, por lo que si la publicidad de la ley es imprescindible no es decisiva en punto al análisis de su *calidad*. Suministra un

Copyleft – Ius Publicum

argumento interesante la sentencia *Beyeler* (2000): las normas internas deben ser suficientemente accesibles, precisas y previsibles (§ 109). Tales adjetivos reflejan el criterio esencial, que el Tribunal recuerda cada vez que tiene ocasión. Por ejemplo, *Broniowski* (2004, § 147), *Binotti* (2005, § 79), *Guiso-Gallisay* (2005, § 82), *Burghelea* (2009, § 36), *Naydenov* (2009, § 73). La cita podría alargarse.

Es justamente el tema del principio de legalidad del que se ha servido la jurisprudencia de Estrasburgo en el enjuiciamiento, certamente severo, que ha hecho de la llamada *expropiación indirecta*, *occupazione acquisitiva* o *accesione invertita*, que ha dado lugar a una importante y nutrida serie de sentencias cuyos argumentos principales deben ser recordados ahora[53].

En caso de ocupaciones amparadas en razones de urgencia y sin el cumplimiento de los trámites legales, el Tribunal de Casación italiano, poniendo fin a las discrepancias jurisprudenciales existentes, resolvió en 1983 que la Administración adquiría el bien una vez ejecutada la obra pública y que el interesado tenía derecho a una compensación que debía solicitar en el plazo de prescripción de cinco años a partir de la transformación irreversible del terreno (extremo éste que fue nuevamente afirmado en 1992). Por su parte, el Tribunal Constitucional consideró que ello no vulneraba la Constitución habida cuenta de la prevalencia del interés público (la conservación de la obra pública) sobre el particular (el derecho de propiedad o, mejor dicho, el derecho a no ser privado de ella mediante procedimientos ablatorios ilegales). Dos sentencias del TEDH de 30 de mayo de 2000 (*Carbonara y Ventura* y *Belvedere Alberghiera S.r.l.*) abordaron la cuestión desde la perspectiva de las exigencias de legalidad. En ambos casos, el problema de fondo era el mismo: la ocupación ilegal de unos terrenos con vistas a la ejecución de una obra pública que, en efecto, fue erigida[54].

Partiendo de la idea de que una injerencia en el derecho al respeto de los bienes debe tener una base legal y del principio de preeminencia del Derecho, el Tribunal afirma que no pretende enjuiciar en abstracto el principio jurisprudencial de la expropiación indirecta ni si en un sistema jurídico continental ocupa un lugar asimilable al de las disposiciones normativas, pero subraya «que le principe de légalité signifie l'existence de

Copyleft – Ius Publicum

normes de droit interne suffisamment accesibles, précises et prévisibles». Se hace eco después de que la jurisprudencia en la materia ha conocido una evolución que ha dado lugar a criterios dispares, «ce que pourrait aboutir à un résultat imprévisible ou arbitraire et priver les intéressés d'une protection efficace de leur droits et, par conséquent, serait incompatible avec le principe de légalité». Y apostilla que puesto que toda expropiación indirecta tiene en su base una ocupación ilegal de un terreno, «émet des réserves sur la compatibilité avec le principe de légalité d'un mécanisme qui, de manière générale, permet à l'administration de tirer bénefice d'une situation illégale et par l'effet duquel le particulier se trouve devant le fait accompli» (*Carbonara y Ventura*, §§ 63-67; *Belvedere Alberghiera*, §§ 56-59).

Con independencia de los pasos que hayan podido darse en el ordenamiento italiano con la intención de superar la situación censurada en las dos sentencias europeas que acabamos de citar, el Tribunal ha seguido declarando que Italia ha vulnerado el artículo 1 del Protocolo Adicional por los mismos motivos. Esto es, constatando la ilegalidad de la ocupación y que la ausencia de un acto formal de expropiación crea una situación que no puede calificarse de previsible, puesto que la garantía (indemnizatoria) del particular pasa por que un tribunal de justicia reconozca definitivamente que, a pesar de tratarse de una ocupación *ab initio* ilegal, la consumación de la obra pública imposibilita la recuperación del bien, surgiendo sólo entonces el derecho del interesado a reclamar una indemnización; y lo cierto es que entre la ocupación y dicha resolución judicial ha podido transcurrir un largo período de tiempo durante el que el interesado ha permanecido en la incertidumbre. Dicho de otro modo, en ausencia de una expropiación formal o regular, el mecanismo de la expropiación indirecta mantiene a la víctima (entiéndase la expresión en el sentido del artículo 34 del Convenio) durante un tiempo más o menos largo en una especie de *limbo*: ha sido desposeído de su propiedad pero no ha sido propiamente expropiado ni puede reclamar la indemnización en tanto en cuanto los tribunales resuelvan en sentencia firme que la ejecución de la obra pública impossibilita la restitución de la finca. Situación no compatible con las exigencias de certeza y seguridad insertas en la noción de *calidad de la ley*, noción que, como nos consta, el Tribunal maneja con soltura en este ámbito y que, en definitiva, facilita que la Administración se beneficie de un comportamiento ilegal y alternativo a la expropiación *en bonne et due forme*[55]. La *Corte Costituzionale* ha hecho ya suyo el argumento principal[56].

Copyleft – Ius Publicum

7. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Dos palabras tan sólo para explicar el significado del requisito convencional consistente en la remisión a los principios generales del Derecho internacional, elemento ciertamente endémico de la segunda norma del artículo 1 del Protocolo[57].

En su acepción tradicional, tales principios reclaman que los extranjeros privados de sus propiedades por el Estado sean compensados económicamente[58]. Puesto que el artículo 1 del Protocolo Adicional apela a ellos, cabe entender que asume el criterio y que únicamente garantiza una indemnización en tales casos. La sentencia *James* (1986) se mantuvo justamente en esta línea frente a la alegación de los demandantes, que sostenían que la remisión a los principios generales del Derecho internacional beneficiaba por igual a nacionales y extranjeros en punto al derecho a la indemnización (§§ 59-60). La sentencia *Lithgow* (1986) reiteró el argumento (§§ 111-119). Por lo tanto, los nacionales privados de sus bienes no pueden fundamentar derecho alguno a la indemnización en tales principios generales, dado que no les son aplicables[59].

Aunque el tema no ha dejado de suscitar controversias, su interés real es meramente histórico en la medida en que, como hemos visto, el Tribunal ha erigido a la indemnización en auténtico requisito europeo de validez de las privaciones. De ahí se deduce que si el privado de sus bienes es un extranjero, la indemnización procederá de conformidad con los principios generales del Derecho internacional y la propia jurisprudencia de Estrasburgo en la medida en que los Estados se comprometen a reconocer los derechos garantizados por el sistema del Convenio a toda persona dependiente de su jurisdicción (art. 1), sea nacional o no; y que si el privado de sus bienes es un nacional, su derecho a la indemnización proviene del principio de justo equilibrio que el Tribunal ha convertido en quicio de la interpretación y aplicación del artículo 1 del Protocolo Adicional[60].

Copyleft – Ius Publicum

7. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Conforme a lo anunciado al principio, se identifican ahora de forma completa las sentencias y decisiones del Tribunal citadas a lo largo de las páginas precedentes. La base de datos *Westlaw* suministra abundante información, pero es recomendable la consulta de HUDOC en la página web del propio Tribunal (los textos en francés y/o en inglés). A los efectos de la elaboración del presente trabajo, se ha accedido por última vez a HUDOC el 2 de marzo de 2011.

(1976) *Handyside contra Reino Unido*. Demanda núm. 5493/72. Sentencia de 7 de diciembre de 1976.

(1979) *Marckx contra Bélgica*. Demanda núm. 6833/74. Sentencia de 13 de junio de 1979.

(1982) *Sporrong y Lonnröth contra Suecia*. Demandas núms. 7151/75 y 7152/75. Sentencia de 23 de septiembre de 1982.

(1986) *James y otros contra Reino Unido*. Demanda núm. 8793/79. Sentencia de 21 de febrero de 1986.

(1986) *Lithgow y otros contra Reino Unido*. Demandas núms. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 y 9405/81. Sentencia de 8 de julio de 1986.

(1989) *Tre Traktörer AB contra Suecia*. Demanda núm. 10873/84. Sentencia de 7 de julio de 1989.

(1989) *Mellacher y otros contra Austria*. Demandas núms. 10522/83, 11011/84 y 11070/84. Sentencia de 19 de diciembre de 1989.

(1991) *Pine Valley Developments Ltd. y otros contra Irlanda*. Demanda núm. 12742/87. Sentencia de 29 de noviembre de 1991.

(1993) *Papamichalopoulos contra Grecia*. Demanda núm. 14556/89. Sentencia de 24 de junio de 1993.

(1994) *Los Santos Monasterios contra Grecia*. Demandas núms. 13092/87 y 13984/88. Sentencia de 9 de diciembre de 1994.

(1995) *Gasus Dosier-und Fördertechnik GmbH contra Países Bajos*. Demanda núm. 15375/89. Sentencia de 23 de febrero de 1995.

Copyleft – Ius Publicum

(1995) *Pressos Compañía Naviera S.A. y otros contra Bélgica*. Demanda núm. 17849/91. Sentencia de 20 de noviembre de 1995.

(1996) *Katikaridis y otros contra Grecia*. Demanda núm. 19385/92. Sentencia de 15 de noviembre de 1996.

(1996) *Loizidou contra Turquía*. Demanda núm. 15318/89. Sentencia de 18 de diciembre de 1996 (Gran Sala).

(1998) *Vasilescu contra Rumania*. Demanda núm. 27053/95. Sentencia de 22 de mayo de 1998.

(1999) *Papachelas contra Grecia*. Demanda núm. 31423/96. Sentencia de 25 de marzo de 1999.

(1999) *Iatridis contra Grecia*. Demanda núm. 31107/96. Sentencia de 25 de marzo de 1999.

(1999) *Chassagnou y otros contra Francia*. Demandas núms. 25088/94, 28331/95 y 28433/95. Sentencia de 29 de abril de 1999.

(1999) *Brumarescu contra Rumania*. Demanda núm. 28342/95. Sentencia de 28 de octubre de 1999.

(2000) *Beyeler contra Italia*. Demanda núm. 33202/96. Sentencia de 5 de enero de 2000 (Gran Sala).

(2000) *Almeida Garret Mascarenhas Falção y otros contra Portugal*. Demandas núms. 28193/96 y 30299/96. Sentencia de 11 de enero de 2000.

(2000) *Carbonara y Ventura contra Italia*. Demanda núm. 24638/94. Sentencia de 30 de mayo de 2000.

(2000) *Belvedere Alberghiera S.r.l. contra Italia*. Demanda núm. 31524/96. Sentencia de 30 de mayo de 2000.

(2000) *Savvidou contra Grecia*. Demanda núm. 39704/97. Sentencia de 1 de agosto de 2000.

(2000) *Ex rey de Grecia y otros contra Grecia*. Demanda núm. 25701/94. Sentencia de 23 de noviembre de 2000.

(2001) *Malama contra Grecia*. Demanda núm. 43622/98. Sentencia de 1 de marzo de 2001.

Copyleft – Ius Publicum

(2001) *Gülfiye Öztürk contra Turquía*. Demanda núm. 19679/92. Sentencia de 6 de junio de 2001.

(2001) *Yagtzilar y otros contra Grecia*. Demanda núm. 41727/98. Sentencia de 6 de diciembre de 2001.

(2002) *Tsirikakis contra Grecia*. Demanda núm. 46355/99. Sentencia de 17 de enero de 2002.

(2002) *Lallement contra Francia*. Demanda núm. 46044/99. Sentencia de 1 de abril de 2002.

(2002) *Jokela contra Finlandia*. Demanda núm. 28856/95. Sentencia de 21 de mayo de 2002.

(2002) *Motais de Narbona contra Francia*. Demanda núm. 48161/90. Sentencia de 2 de julio de 2002.

(2002) *Sovtransavto Holding contra Ucrania*. Demanda núm. 48553/99. Sentencia de 25 de julio de 2002.

(2002) *Pincová y Pinc contra República Checa*. Demanda núm. 36548/97. Sentencia de 5 de noviembre de 2002.

(2004) *Jahn y otros contra Alemania*. Demandas núms. 46720/99, 72230/01 y 72552/01. Sentencia de 22 de enero de 2004.

(2004) *Jorge Nina Jorge contra Portugal*. Demanda núm. 52662/99. Sentencia de 19 de febrero de 2004.

(2004) *Broniowski contra Polonia*. Demanda núm. 31443/96. Sentencia de 22 de junio de 2004 (Gran Sala).

(2004) *Dogan y otros contra Turquía*. Demandas núms. 8803/02, 8804/02, 8805/02, 8806/02, 8807/02, 8808/02, 8809/02, 8810/02, 8811/02, 8813/02, 8815/02, 8816/02, 8817/02, 8818/02 y 8819/02. Sentencia de 29 de junio de 2004.

(2004) *Beneficio Capella Paolini contra San Marino*. Demanda núm. 40786/88. Sentencia de 13 de julio de 2004.

(2004) *Scordino (n.º 2) contra Italia*. Demanda núm. 36815/97. Sentencia de 15 de julio de 2004.

(2004) *Mora do Vale y otros contra Portugal*. Demanda núm. 53468/99. Sentencia de 29 de julio de 2004.

Copyleft – Ius Publicum

(2004) *Kopecky contra Eslovaquia*. Demanda núm. 44912/98. Sentencia de 28 de septiembre de 2004 (Gran Sala).

(2004) *Chivorchian contra Rumania*. Demanda núm. 42513/98. Sentencia de 2 de noviembre de 2004.

(2004) *Geraldes Barba contra Portugal*. Demanda núm. 61009/00. Sentencia de 4 de noviembre de 2004.

(2004) *Ornerlyidiz contra Turquía*. Demanda núm. 48939/99. Sentencia de 30 de noviembre de 2004 (Gran Sala).

(2005) *Matheus contra Francia*. Demanda núm. 62740/00. Sentencia de 31 de marzo de 2005.

(2005) *Jahn y otros contra Alemania*. Demandas núms. 46720/99, 72230/01 y 72552/01. Sentencia de 30 de mayo de 2005 (Gran Sala).

(2005) *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Irlanda*. Demanda núm. 45306/98. Sentencia de 30 de junio de 2005 (Gran Sala).

(2005) *Binotti contra Italia*. Demanda núm. 71603/01. Sentencia de 10 de octubre de 2005.

(2005) *N. A. y otros contra Turquía*. Demanda núm. 37451/97. Sentencia de 11 de octubre de 2005.

(2005) *Saliba contra Malta*. Demanda núm. 4251/02. Sentencia de 8 de noviembre de 2005.

(2005) *J. A. Pye (Oxford) Ltd. y J. A. Pye (Oxford) Land Ltd. contra Reino Unido*. Demanda núm. 44302/02. Sentencia de 15 de noviembre de 2005.

(2005) *Guiso-Gallisay contra Italia*. Demanda núm. 58858/00. Sentencia de 8 de diciembre de 2005.

(2006) *Sciarrotta y otros contra Italia*. Demanda núm. 14793/02. Sentencia de 12 de enero de 2006.

(2006) *Athanasiou y otros contra Grecia*. Demanda núm. 2531/02. Sentencia de 9 de febrero de 2006.

(2006) *Scordino (n.º 1) contra Italia*. Demanda núm. 36813/97. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Gran Sala).

Copyleft – Ius Publicum

(2006) *Dogrusoz y Aslan contra Turquía*. Demanda núm. 1262/02. Sentencia de 30 de mayo de 2006.

(2006) *Hutten-Czapska contra Polonia*. Demanda núm. 35014/97. Sentencia de 19 de junio de 2006 (Gran Sala).

(2006) *Maupas y otros contra Francia*. Demanda núm. 13844/02. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

(2007) *Anheuser-Busch Inc. contra Portugal*. Demanda núm. 73049/01. Sentencia de 11 de enero de 2007 (Gran Sala).

(2007) *J. A. Pye (Oxford) Ltd. y J. A. Pye (Oxford) Land Ltd. contra Reino Unido*. Demanda núm. 44302/02. Sentencia de 30 de agosto de 2007 (Gran Sala).

(2007) *Draculet contra Rumania*. Demanda núm. 20294/02. Sentencia de 6 de diciembre de 2007.

(2008) *Velocci contra Italia*. Demanda núm. 1717/03. Sentencia de 18 de marzo de 2008.

(2008) *Gigli Costruzioni S.R.L. contra Italia*. Demanda núm. 10577/03. Sentencia de 1 de abril de 2008.

(2008) *Bortesi y otros contra Italia*. Demanda núm. 71399/01. Sentencia de 10 de junio de 2008.

(2009) *Sotira contra Italia*. Demanda núm. 16508/05. Sentencia de 8 de abril de 2009.

(2009) *Burghelea contra Rumania*. Demanda núm. 26895/03. Sentencia de 27 de enero de 2009.

(2009) *Kindler de Barahona contra Portugal*. Demanda núm. 31720/05. Sentencia de 10de febrero de 2009.

(2009) *Kozacioglu contra Turquía*. Demanda núm. 2334/03. Sentencia de 19 de febrero de 2009 (Gran Sala).

(2009) *Melo e Faro Maldonado Passanha y otros contra Portugal*. Demanda núm. 44386/05. Sentencia de 24 de febrero de 2009.

(2009) *Naghi contra Rumania*. Demanda núm. 31139/03. Sentencia de 21 de julio de 2009.

Copyleft – Ius Publicum

(2009) *Naydenov contra Bulgaria*. Demanda núm. 17353/03. Sentencia de 26 de noviembre de 2009.

(2009) *Muñoz Díaz contra España*. Demanda núm. 49151/07. Sentencia de 8 de diciembre de 2009.

(2010) *Aizpurua Ortiz y otros contra España*. Demanda núm. 42430/05. Sentencia de 2 de febrero de 2010.

(2010) *R. P. contra Francia*. Demanda núm. 10271/02. Sentencia de 21 de enero de 2010.

(2010) *Sud Parisienne de Construction contra Francia*. Demanda núm. 33704/04. Sentencia de 11 de febrero de 2010.

(2010) *Depalle contra Francia*. Demanda núm. 34044/02. Sentencia de 29 de marzo de 2003 (Gran Sala).

(2010) *Companhia Agrícola Das Polvorosas contra Portugal*. Demanda núm. 12883/06. Sentencia de 16 de marzo de 2010.

(2010) *Di Belmonte contra Italia*. Demanda núm. 72638/01. Sentencia de 16 de marzo de 2010.

(2010) *Sarica y Dilaver contra Turquía*. Demanda núm. 11765/05. Sentencia de 27 de mayo de 2010.

(2010) *Perdigao contra Portugal*. Demanda núm. 24768/06. Sentencia de 16 de noviembre de 2010 (Gran Sala).

(2010) *Hüseyin Ak y otros contra Turquía*. Demandas núms. 15523/04 y 15891/04. Sentencia de 7 de diciembre de 2010.

(2011) *Vergu contra Rumania*. Demanda núm. 8209/06. Sentencia de 11 de enero de 2011.

NOTE

[1]No hemos de volver sobre este artículo 17.1, pero no está de más recordar que la jurisprudencia de Estrasburgo relativa al precepto europeo que va a ocuparnos a lo largo de las páginas siguientes constituye una herramienta de primer orden para su exégesis, como consta en la *explicación* pertinente del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta y se deduce

Copyleft – Ius Publicum

del artículo 52.3 de la misma. Es verdad que entre el artículo 1 del Protocolo Adicional y el artículo 17.1 de la Carta median diferencias no poco importantes, pero la interpretación jurisprudencial del primero tiende entre ellos un puente sólido que sin duda las salva; de hecho, la doctrina que ha analizado la protección que la Carta dispensa al derecho de propiedad y estudia las condiciones de su privación toma a la jurisprudencia de Estrasburgo como punto de referencia. Por ejemplo, H. PAULIAT, «Article II-77-§1. Droit de propriété», en L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE y F. PICOD, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, tomo 2, Bruylant, 2005, págs. 232 ss.; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «Artículo 17. Derecho a la propiedad», en A. MANGAS MARTÍN (Dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008, págs. 339 ss.

[2] El Primer Protocolo Adicional no se refiere únicamente al derecho de propiedad, pues también garantiza el derecho a la instrucción y el derecho a elecciones libres. Junto a los Protocolos 4, 6, 7, 12 y 13, pertenece a la categoría de los que añaden derechos al catálogo de los inicialmente garantizados y nos referiremos a él en lo sucesivo como el Protocolo o el Protocolo Adicional; en la actualidad, está vigente en todos los Estados miembros del Consejo de Europa, excepto en Suiza y en Mónaco (que lo han firmado en 1976 y 2004, respectivamente), aunque no puede afirmarse con certeza que sea a causa del modo en que garantiza el derecho de propiedad que esos dos Estados no lo hayan ratificado puesto que, como hemos señalado, protege también otros derechos. El Protocolo entró en vigor para España el 27 de noviembre de 1990, más de doce años después de su firma. Las razones de tanto retraso no son fáciles de advertir (cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Las garantías de la expropiación según el Derecho europeo», *Documentación Administrativa*, núm. 222, 1990, págs. 26-27), como tampoco es sencilla la comprensión de la reserva formulada por nuestro país al artículo 1; sobre este punto, y además del trabajo últimamente citado, J. A. CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tecnos, 2003, págs. 35-36; J. BARNÉS, «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la propiedad privada», en el libro, coordinado por él mismo, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Ed. Tecnos, 2005, págs. 124-125. Precisemos que la citada reserva, publicada en el *BOE* de 12 de enero de 1991, se formula a la luz del artículo 33 de la Constitución con el deseo de «evitar cualquier incertidumbre en lo que se refiere a la aplicación del artículo 1 del Protocolo».

[3] Vid. Y. HAECK, «The genesis of the property clause under article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights», en H. VANDENBERGHE (Ed.), *Propriété et droits de l'homme. Property and human rights*, Die Keure/La Charte-Bruylant, 2006, págs. 163 ss.; C. B. SCHUTTE, *The European Fundamental Right to Property*, Kluwer-Deventer, 2004, págs. 16 ss. El episodio revela la incierta situación del derecho de propiedad en el contexto del Derecho internacional de los derechos humanos, de la que habla F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2008 (9.ª ed.), pág. 569.

[4] Cfr. A. DRZEMCZEWSKI, «Le droit à la propriété et la Comission Européenne des Droits de l'Homme», en G. GUERIN (Ed.), *Il diritto de proprietà nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, 1989, págs. 27 ss.

Copyleft – Ius Publicum

[5] Dicho plazo se señala teniendo en cuenta que la primera sentencia del Tribunal sobre el fondo de un asunto *(Lawless contra Irlanda)* data de 1961.

[6] Tomo los datos de la página web del Tribunal (http://www.echr.coe.int/echr; última entrada: 21 de febrero de 2011). De los 45 Estados miembros del Consejo de Europa que han ratificado el Protocolo Adicional (ya hemos mencionado que Suiza y Mónaco no lo han hecho), Turquía, Rumania, Rusia, Italia y Ucrania son los que, con diferencia, acumulan mayor número de sentencias en contra (574, 431, 430, 297 y 293, respectivamente); a la fecha de cierre del presente trabajo, España ha sido condenada únicamente dos veces: asuntos *Muñoz Díaz* (2009) y *Tendam* (2010), ninguno de los cuales tiene que ver con la privación de la propiedad.

[7] En este sentido, F. SUDRE, «Le 'droit' au respect de ses biens' au sens de la Convention européenne des droits de l'homme», *Rec. Dalloz Sirey*, 1988, pág. 72; *Droit européen*, cit., pág. 570. Es digno de mención que, en el caso *Marckx*, el juez Fitzmaurice discrepara del parecer de la mayoría en punto al alcance del artículo 1 del Protocolo Adicional; a su juicio, el principal objeto del precepto, si no el único, es prevenir embargos, extorsiones, confiscaciones, expropiaciones y otras intromisiones arbitrarias en el disfrute de los bienes.

[8] La doctrina es unánime en señalar la importancia capital de esta sentencia; valgan como muestra: L. CONDORELLI, «Premier Protocole additionel. Article 1», en L. E. PETTITI, E. DECAUX y P. H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 1999 (2.ª ed.), pág. 973; L. SERMET, *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété*, Consejo de Europa, 1999, pág. 11; M. AGUILERA VAQUÉS, «El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites a su regulación», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (Coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPyC, 2005, págs. 768-769; Ch. ROZAKIS y P. VOYATZIS, «Le droit au respect de ses biens: une clause déclaratoire ou une "omnibus" norme?», en H. VANDENBERGHE (Ed.), *Propriété et droits de l'homme*, cit., pág. 4; J. F. RENUCCI, *Traité de Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, pág. 514; J. P. MARGUÉNAUD, «Le droit de propriété», en F. SUDRE, J. P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE y M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 2009 (5.ª ed.), pág. 703.

[9] En el caso, el Tribunal no hace mención específica al derecho de los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para garantizar el pago de impuestos, contribuciones o multas. L. SERMET (*op. cit.*, pág. 8) apunta que ello se debe a que considera que se trata de una modalidad de reglamentación del uso de los bienes.

[10] Cfr. D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES y C. BUCKLEY, *Law of European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2009 (2.ª ed.), págs. 666 y 672; C. B. SCHUTTE, *op. cit.*, pág. 33.

[11] Cfr. A. VAN RIJN, «Right to the peaceful enjoyment of one's possessions», en P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN y L. ZWAAK, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Intersientia, 2006 (4.ª ed.), pág. 873; J. F. RENUCCI, *op. cit.*, págs. 512-513. Véanse, por ejemplo, las sentencias *Beyeler* (2000), § 106; *Sovtransvato Holding* (2002), § 93; *Broniowski* (2004), § 136; *Oneryildiz* (2004).

Copyleft – Ius Publicum

[12] Cfr. F. SUDRE, *Le droit*, cit., pág. 13; Ch. ROZAKIS y P. VOYATZIS, *op. cit.*, págs. 20-21; J. P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, págs. 708-709; D. HARRIS *et al.*, *op. cit.*, págs. 667-668.

[13] Respectivamente, M. CARRS-FRISK, *Le droit de propriété*, Consejo de Europa, 2004, pág. 25; Ch. ROZAKIS y P. VOYATZIS, ya en el título de su trabajo citado.

[14] De este modo, la apelación generalizada al principio de justo equilibrio asegura una interpretación unitaria, al menos en lo fundamental, del artículo 1 del Protocolo. Cfr. C. B. SCHUTTE, *op. cit.*, pág. 34; D. HARRIS *et al.*, *op. cit.*, pág. 675; C. OVEY y R. C. A. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2006 (4.ª ed.), págs. 373 y 375.

[15] Véase el esclarecedor estudio de F. SUDRE, «Le recours aux notions autonomes», en la obra colectiva, por él mismo dirigida, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, 1998, págs. 93 ss.

[16] Aunque el Tribunal había mostrado con anterioridad su inclinación a interpretar el concepto de bienes con cierta amplitud, el criterio arranca formalmente de *Gasus Dosier-und Fördertechnik GmbH* (1995), § 53; la idea fundamental figura, por ejemplo, en *Iatridis* (1999), § 54; *Beyeler* (2000), § 100; *Ex rey de Grecia* (2000), § 60. Lógicamente, el razonamiento jurisprudencial adquiere verdadera utilidad cuando la situación del demandante carece de reconocimiento en el ordenamiento nacional, pues si éste permite ya considerar que aquél es titular de un bien, no es necesario apelar a la autonomía europea del concepto; cfr. C. B. SCHUTTE, *op. cit.*, págs. 43 y 49. En el estudio de F. SUDRE citado en la nota precedente, págs. 100 ss., se encuentra una exposición general de este concreto argumento.

[17] Nótese que el Tribunal no dice que del artículo 1 del Protocolo Adicional derive una obligación general de restituir los bienes transferidos forzosamente al Estado antes de que éste ratificara el Convenio, sino que el precepto protege a quienes se encuentran en las situaciones designadas por el ordenamiento nacional y dando por supuesto que los Estados disponen de un amplio margen de apreciación en punto a la selección de quiénes y cómo pueden aspirar a recuperar los bienes. Cfr. J. F. RENUCCI, *op. cit.*, pág. 515; y, particularmente, C. OVEY y R. C. A. WHITE, *op. cit.*, págs. 364 ss.; A. GRGIC, Z. MATAGA, M. LONGAR y A. VILFAN, *Le droit à la propriété dans la Convention européene des Droits de l'Homme*, Consejo de Europa, 2007, págs. 34 ss. Este tema, acreedor de un estudio detenido, ha eclosionado con mucha fuerza a raíz de la ratificación del Convenio por los países de Europa oriental, en muchos de los cuales se tomaron decisiones nacionalizadoras en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial y en los que después se han dictado leyes de *restitución*, que tienen que resolver no sólo el problema de las condiciones en que los antiguos propietarios o sus causahabientes pueden recuperar los bienes, sino también el de la situación de quienes los adquirieron legalmente tras ser nacionalizados (supuesto nada infrecuente), que son titulares del derecho protegido por el artículo 1 del Protocolo Adicional. Naturalmente, el Tribunal carece de competencia para enjuiciar aquellas nacionalizaciones, pero sí debe lidiar con los asuntos que suscitan las leyes de restitución adoptadas después de que los Estados han ratificado el Convenio (o incluso antes

Copyleft – Ius Publicum

si su aplicación es posterior). Véase, específicamente, Ch. PETTITI, «Sur la restitution des biens confisqués pendant la période communiste», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 58, 2004, págs. 387 ss.

[18] De ahí que la doctrina indique que este derecho puede ser invocado incluso en ausencia de título jurídico; cfr. F. SUDRE, *Le droit au respect de ses biens*, cit., pág. 5; *Droit européen*, cit., pág. 574; J. F. RENUCCI, *op. cit.*, pág. 515. La juez Mularoni formuló una opinión disidente de elevado interés, aunque su expresión no fue quizá la mejor de las posibles; cabe compartir su temor a que la doctrina de la sentencia pueda favorecer la inmunidad de «magnifiques villas et hôtels bâtis illégalement au bord de la mer ou dans autres lieux», pero en el caso se trataba de un accidente que había provocado decenas de muertos y destruido unas chabolas sitas en un vertedero de basuras.

[19] Los jueces Koumantos y Zupacnic disintieron del parecer mayoritario y sostuvieron que, en razón de su estatuto jurídico, los bienes de la antigua familia real griega no estaban protegidos por el artículo 1 del Protocolo Adicional. En la doctrina, aunque quizá con un punto menos de contundencia, J. P. MARGUÉRNAUD, *op. cit.*, p. 696.

[20] La sentencia *Muñoz Díaz* (2009) recuerda que es doctrina del Tribunal que el artículo 1 del Protocolo Adicional no garantiza por sí mismo derecho alguno a percibir una pensión por un importe determinado ni restringe la libertad de los Estados para decidir acerca de la instauración o no de un régimen de protección social o del nivel que pueden alcanzar las prestaciones en caso de establecerse aquél; y añade lo siguiente: «desde el momento en que un Estado contratante adopta una normativa previendo el pago de una prestación social —independientemente de que la concesión de dicha prestación dependa del pago de una cotización previa— se deberá considerar que esta normativa genera un interés patrimonial dependiente del ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 para las personas que cumplan sus condiciones» (§ 44). En *Aizpurúa Ortiz* (2010), el Tribunal enfocó desde la perspectiva del derecho al respeto de los bienes la modificación de las condiciones previstas en un convenio firmado en 1983 relacionadas con la percepción de una pensión complementaria anual en caso de jubilaciones anticipadas. En *Muñoz Díaz* la sentencia fue estimatoria y en *Aizpurúa* desestimatoria, pero tanto una como otra ejemplifican bien el *processus de dilatation* del significado que cabe atribuir al concepto europeo de *bienes*, al que se refiere gráficamente CONDORELLI en el trabajo que encabeza la relación que figura en la nota siguiente.

[21] Vid. L. CONDORELLI, *op. cit.*, págs. 976-979; L. SERMET, *op. cit.*, págs. 11 ss.; M. CARSSFRISK, *op. cit.*, págs. 10 ss.; F. SUDRE, «Le "droit" au respect de ses biens'...», cit., págs. 3 ss.; *Droit européen et international*, cit., págs. 570 ss.; I. LASAGABASTER, «Protección de la propiedad», en la obra colectiva, por él mismo dirigida, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Ed. Thomson-Civitas, 2004, págs. 609 ss.; J. L. CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Litec, 2005 (2.ª ed.), págs. 218 ss.; J. DE MEYER, «Le droit à la propriété dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme», en S. MARCUS-HELMONS (Dir.), *Le droit de propriété en Europe occidentale et orientale. Mutations et limites d'un droit fondamental*, Academica-Bruylant, 2005, págs. 56-58; A. GRGIC *et al.*, *op. cit.*, págs. 34 ss.; A. VAN RIJN, *op. cit.*, págs. 866 ss.; C. B. SCHUTTE, *op. cit.*, págs. 36-37; C. OVEY y R. C. A. WHITE, *op. cit.*, págs. 350 ss.; C. BIRSAN, «La protection du droit de propriété: développements récents de la jurisprudence de la Cour

Copyleft – Ius Publicum

européenne des droits de l'homme», en L. CAFFLISCH, J. CALLEWAERT, R. LIDDELL, P. MAHONEY y M. VILLIGER (Eds.), *Human Rights:Strasbourg views. Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Engel Verlag, 2007, págs. 6 ss.; J. P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, págs. 692 ss.; D. HARRIS *et al.*, *op. cit.*, págs. 656-657.

[22] Esto es, un acto que reconoce y fundamenta un interés patrimonial en cuya materialización efectiva puede confiarse razonablemente. Véanse aplicaciones de la idea en *Pine Valley Developments Ltd.* (1991), § 51; o en *Draculet* (2007), §§ 40-41.

[23] No basta con que la pretensión pueda ser defendida ante los órganos jurisdiccionales, sino que es necesario que su éxito sea claramente predecible a la vista de los precedentes. Véase, por ejemplo, la sentencia *Kopecky* (2004), §§ 50-52.

[24] En este asunto, no había sentencias que reconocieran *ad hoc* el derecho de los demandantes a percibir indemnización alguna en concepto de responsabilidad extracontractual de la Administración, pero del criterio jurisprudencial se deducía sin esfuerzo que la hubieran percibido de no mediar la ley que por sus efectos retroactivos canceló la posibilidad y les privó de un bien consistente en la esperanza legítima de materializar un interés patrimonial. F. SUDRE ha hablado a este respecto de un crédito simplemente virtual puesto que no había sido declarado por ninguna decisión judicial; *Le droit au respect de ses biens*, cit., pág. 4; *Droit européen*, cit., pág. 571. Cabe recordar que el Tribunal de Arbitraje (antecedente del Tribunal Constitucional belga) había considerado que la protección constitucional y europea del derecho de propiedad no alcanzaba a los que tuvo por créditos meramente eventuales [su sentencia en P. BON y D. MAUS (Dirs.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européenes*, Ed. Dalloz, 2008, págs. 324 ss., obs. F. DELPÉRÉE]. Tampoco la Comisión aceptó que en ausencia de una decisión judicial que reconociera el derecho a la indemnización pudiera hablarse de un bien en el sentido del artículo 1 del Protocolo Adicional (cfr. C. OVEY y R. C. A. WHITE, *op. cit*., pág. 356). Como hemos visto, la opinión del TEDH fue diferente.

[25] Se manejan a este respecto las sentencias *Sporrong y Lonnröth* (1982), *Tre Traktörer Aktiebolag* (1989), *Mellacher* (1989), *Pine Valley Developments Ltd.* (1991), *Loizidou* (1996), *Chassagnou* (1999), *Tsirikakis* (2002), *Dogan* (2004), *Scordino (n.º 2)* (2004), *Saliba* (2005), *Hutten-Czapska* (2006), *J. A. Pye (Oxford) Ltd.* (2007), *Kötkepe* (2008) y *Depalle* (2010). En ninguna de ellas el Tribunal consideró que se hubiera producido una privación en el sentido de la segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional.

[26] Aclaremos que existen injerencias que implican materialmente una privación pero que, por su misma naturaleza, no se analizan a la luz de la segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional, sino a la de la norma general que enuncia el derecho al respeto de los bienes; es el caso, por ejemplo, de la destrucción intencional de viviendas y enseres con fines de venganza, atemorizantes o de represalia, que ha ocupado la atención del Tribunal al hilo del conflicto kurdo (referencias en J. BARCELONA LLOP, *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*, Ed. Thomson-Civitas, 2007, págs. 327 ss.).

Copyleft – Ius Publicum

[27] En el caso de una esperanza legítima, la irreversibilidad se cifra en la frustración definitiva de su materialización.

[28] Paradigmático es el asunto *J. A. Pye (Oxford) Ltd.* (2005 y 2007). Versa sobre la aplicación de una legislación británica que impedía al propietario inscrito en el registro reivindicar jurisdiccionalmente la posesión de sus tierras si un tercero las había poseído durante doce años sin oposición por su parte. En la primera sentencia, la Sección Cuarta calificó la injerencia como una privación (§§ 58-62); llamada a intervenir por Reino Unido, la Gran Sala consideró que se trataba de una medida dirigida a la reglamentación del uso de los bienes (§§ 29-31).

[29] La sentencia *Los santos monasterios* (1994) considera producida una privación aun cuando las disposiciones legales que preveían la transferencia de los bienes al Estado no habían sido aplicadas. Para justificar su tesis, el Tribunal explica que nada garantizaba que no fueran a aplicarse y, sobre todo, valora que la ley limitara los medios jurídicos a través de los cuales los titulares de los bienes podían fundamentar su derecho de propiedad y mantenerse en él, con particular exclusión de la prescripción adquisitiva. Esta circunstancia adquiere gran peso específico en el razonamiento judicial, pues suponía la imposibilidad de invocar el que frecuentemente sería el único título que los demandantes podían esgrimir a favor de su derecho; cfr. D. HARRIS *et al.*, *op. cit.*, pág. 678.

[30] Cfr. L. CONDORELLI, *op. cit.*, pág. 983; L. SERMET, *op. cit.*, pág. 23; I. LASAGABASTER, *op. cit.*, págs. 616-617; J. L. CHARRIER, *op. cit.*, pág. 22; J. F. RENUCCI, *op. cit.*, pág. 523; Ch. ROZAKIS y P. VOYATZIS, *op. cit.*, pág. 8; H. VANDENBERGHE, *op. cit.*, pág. 34; A. GRGIC *et al.*, *op. cit.*, pág. 11; C. OVEY y R. C. A. WHITE, *op. cit.*, pág. 358; D. HARRIS *et al.*, *op. cit.*, pág. 677. Con todo, algunos jueces del Tribunal y ciertos autores manifiestan dudas acerca del estudio de algunas injerencias que son materialmente privaciones a la luz de la tercera norma del artículo 1 del Protocolo Adicional; es el caso, destacadamente, del decomiso, secuestro o confiscación de bienes con carácter definitivo, generalmente en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada, el contrabando y el blanqueo de capitales; cfr. L. CONDORELLI, *op. cit.*, pág. 995; J. DE MEYER, *op. cit.*, pág. 62; J. P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, pág. 723; I. LASAGABASTER, *op. cit.*, págs. 626-627.

[31] Cfr. L. CONDORELLI, *op. cit.*, págs. 993-994.

[32] En palabras de *Depalle* (2010), «la Cour rappelle que lorsqu'une mesure de réglementation de l'usage des biens est en cause, l'absence d'indemnisation est l'un es facteurs à prendre en compte pour établir si un juste équilibre a été respecté mais elle ne saurait, à elle seule, être constitutive d'une violation de l'article 1 du Protocole n.º 1» (§ 91).

[33] Por ejemplo, *Brumarescu* (1999), § 76; *Jahn* (2004), § 65; *Scordino (n.º 2)* (2004), § 70; *N. A.* (2005), § 37; *Depalle* (2010), § 78. El argumento enlaza directamente con una de las premisas mayores de la sentencia *Loizidou* (1996): la vulneración de los derechos garantizados por el sistema del Convenio puede provenir de obstáculos *de hecho* (§ 63); es decir, no es necesario identificar decisiones formalmente adoptadas o comportamientos directamente dirigidos a lesionar los derechos y libertades garantizados para concluir que el Convenio ha sido

Copyleft – Ius Publicum

vulnerado. La sentencia *Vasilescu* (1998) señala igualmente que «un obstacle de fait peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique» (§ 45). A juicio de M. CARRS-FRISK (*op. cit.*, pág. 21), «[c]ette approche de la question de ce qu'est l'expropriation coïncide avec celle adoptée par le droit international général».

[34] Cfr. M. CARSS-FRISK, *op. cit.*, págs. 21-23; J. DE MEYER, *op. cit.*, págs. 71-72; C. OVEY y R. C. A. WHITE, *op. cit.*, pág. 360. No obstante, algunos autores expresan ciertas dudas al respecto dado que el Tribunal no precisa qué norma considera aplicable al caso; por ejemplo, A. VAN RIJN, *op. cit.*, pág. 874; D. HARRIS *et al.*, *op. cit.*, págs. 667-668.

[35] J. P. COSTA, «Qui relève de la juridiction de quel(s) État(s) au sens de l'article 1 de la Convention européenne des drotis de l'homme?», en *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen Jonathan*, Bruylant, 2004, vol. I, pág. 486.

[36] Cfr. *Brumarescu* (1999), *Belvedere Alberghiera S.r.l.* (2000), *Chivorchian* (2004). Debemos aclarar que no se trata de las que nuestra doctrina llama *expropiaciones judiciales*, aunque subrayando que nada tienen que ver con las expropiaciones forzosas propiamente dichas; cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Ed. Thomson-Civitas, vol. II, 2004 (9.ª ed.), págs. 222-223; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativogeneral*, Ed. Iustel, vol. II, 2009 (2.ª ed.), pág. 445. Hablamos ahora de privaciones que son consecuencia de decisiones judiciales adoptadas al margen de procedimientos de ejecución; por cierto que las *privaciones* que sí tienen que ver con tales procedimientos fueron pronto excluidas por la Comisión del ámbito de aplicación de la segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional. Véase J. RAYMOND, «L'article 1 du Protocole additionnel et les rapports entre particuliers», en *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, pág. 534.

[37] Cuestión distinta, naturalmente, es que la privación efectuada por un órgano jurídicopúblico beneficie a particulares, extremo que desde la sentencia *James* (1986) el Tribunal analiza a la luz de la justificación de la injerencia en una causa de utilidad pública.

[38] El tema pertenece al dominio de la doctrina de las *obligaciones positivas* del Estado, en la que no podemos detenernos ahora. Se consultarán con provecho D. SPIELMANN, «Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention», en F. SUDRE (Dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, 1998, págs. 133 ss.; F. SUDRE, «Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme», en P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD y L. WILDHABER (Eds.), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, págs. 1359 ss.; *Droit européen*, cit., págs. 253 ss.; H. PAULIAT, V. SAINT-JAMES, C. DEFFIGIER y A. SAUVIAT, «L'effet horizontal de la CEDH», en J. P. MARGÉNAUD (Ed.), *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation Française, 2001, págs. 75 ss.; J. F. AKANDJI-KOMBE, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Consejo de Europa, 2006. En las págs. 56 ss. de esta

Copyleft – Ius Publicum

última obra figuran alusiones específicas al artículo 1 del Protocolo Adicional; también en C. BIRSAN, *op. cit.*, págs. 14 ss.; C. B. SCHUTTE, *op. cit.*, págs. 39, 51-52. Las sentencias *Matheus* y *R. P.* permiten contestar afirmativamente a la pregunta formulada años atrás por L. CONDORELLI (*op. cit.*, pág. 984) acerca de si el artículo 1 podía ser invocado en caso de tolerancia estatal ante comportamientos privados lesivos del derecho garantizado.

[39] Ambas ideas se manejaron durante el procedimiento de elaboración del precepto; cfr. Y. HAECK, *op. cit.*, pág. 189; C. B. SCHUTTE, *op. cit.*, pág. 21.

[40] Sobre este aspecto de la sentencia *Lithgow*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, págs. 30 ss.

[41] En *James* (1986) el Tribunal se hizo precisamente eco de la realidad jurídica existente al respecto en los Estados miembros del Consejo de Europa, pero no dejó de afirmar que la exigencia de indemnizar debía considerarse presente en el artículo 1 del Protocolo Adicional: «El Tribunal comprueba, con la Comisión, que en los ordenamientos jurídicos de los Estados Contratantes, la privación de la propiedad por causa de utilidad pública requiere el pago de la correspondiente indemnización, salvo la concurrencia de circunstancias excepcionales que no se dan en el litigio de que se trata. Por otra parte, si no existiera un principio análogo, la protección del derecho de propiedad por el art. 1 sería por completo ilusoria e ineficaz» (§ 54).

[42] De la primera sentencia *Jahn* ha dado cuenta entre nosotros L. M.ª DÍEZ-PICAZO, «¿Hay que indemnizar las privaciones generales de propiedad? (En torno a la sentencia *Jahn y otros c. Alemania* de 22 de enero de 2004)», en F. J. BASTIDA (Coord.), *Propiedad y Derecho constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, págs. 119 ss. Referencias a la sentencia de la Gran Sala en C. BIRSAN, *op. cit.*, págs. 22-23.

[43] Véase, con carácter general, J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Ed. Civitas, 2010.

[44] Cfr. L. CONDORELLI, *op. cit.*, págs. 988-989; J. DE MEYER, *op. cit.*, págs. 66-67; J. L. CHARRIER, *op. cit.*, pág. 222; C. B. SCHUTTE, *op. cit.*, pág. 56; A. VAN RIJN, *op. cit.*, págs. 878 ss.; J. P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, pág. 714; J. F. RENUCCI, *op. cit.*, págs. 526-527. Parece que en este contexto teórico hay que ubicar la pregunta de M. AGUILERA (*op. cit.*, pág. 794) acerca de si «debe seguirse el criterio de que, al menos que se demuestre lo contrario, la interferencia en la propiedad se presumirá legítima».

[45] En *Motais de Narbona*, el tema decisivo fue que la inejecución de la causa de expropiar tuvo como secuela que los propietarios iniciales no pudieran beneficiarse de la plusvalía experimentada por el bien a consecuencia del paso del tiempo y sin que el mantenimiento de la finca en manos de la Administración pudiera justificarse razonablemente. En *Beneficio Capella Paolini*, el problema giraba en torno a la imposibilidad de recuperar la parte expropiada pero no afectada a la finalidad justificativa de la privación.

Copyleft – Ius Publicum

[46] No sólo, por supuesto, en relación con los temas que nos ocupan; vid. M. A. EISSEN, «Le principe de proportionalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», en la obra colectiva, ya citada, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, págs. 65 ss., con referencias al artículo 1 del Protocolo Adicional en 71-72 y 80; también, el estudio de FASSBENDER citado en la nota siguiente.

[47] Por supuesto que sin cita de esa sentencia constitucional, cfr. B. FASSBENDER, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, págs. 68-69; J. BARNÉS VÁZQUEZ, *op. cit.*, págs. 129-130.

[48] L. CONDORELLI, *op. cit.*, pág. 989. La consecuencia es patente; en palabras de B. FASSBENDER *(op. y loc. cit.)*, que cita a otros autores, «no puede sorprender que el Tribunal, en lo que hace a la delimitación del derecho de propiedad, haya considerado justificados todos los casos de necesidad de intervención alegados hasta ahora por los Estados firmantes del Convenio».

[49] Vínculo destacado por L. SERMET, *op. cit.*, pág. 36; M. PUÉCHAVY, «L'expropriation à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme», en *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, págs. 89 ss.; A. VAN RIJN, *op. cit.*, págs. 881 ss.; C. OVEY y R. C. A. WHITE, *op. cit.*, pág. 363; J. F. RENUCCI, *op. cit.*, págs. 531-532.

[50] C. OWEY y R. C. A. WHITE, *op. cit.*, pág. 361. Los autores ilustran la idea con la cita de la sentencia *Iatridis* (1999), pero ésta no se refiere a una privación de la propiedad; ello, sin embargo, no tiene demasiada importancia dado que el Tribunal analiza cualesquiera injerencias en el derecho garantizado por el artículo 1 del Protocolo Adicional a la luz del principio de legalidad, por lo que el argumento sirve igualmente a nuestros efectos. Concretamente, el Tribunal indica en § 62 que estima, con la Comisión, que la injerencia litigiosa es manifestamente ilegal según el ordenamiento interno, y en consecuencia incompatible con el derecho al respeto de los bienes.

[51] En este sentido, por ejemplo, *Vergu* (2011), § 56.

[52] La apelación a la *calidad de la ley* no es un endemismo de la garantía europea del derecho de propiedad, pues el Tribunal recurre a ella al hilo de otras previsiones convencionales. Véase, con carácter general, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Especial referencia a los casos Valenzuela Contreras y Prado Bugallo, ambos contra España)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 377 ss. A propósito de la segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional, H. VANDENBERGHE, *op. cit.*, págs. 39 ss.

[53] Doctrinalmente, vid. R. HOSTIOU, «La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de l'expropriation indirecte», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 70, 2007, págs. 385 ss.; «L'expropriation indirecte: Requiem pour une théorie aujourd'hui défunte et que d'aucuns estiment pouvoir encore ressuciter», en *Mélanges*

Copyleft – Ius Publicum

en l'honneur de Jacqueline Morand-Devillier, Montchrestien, 2008, págs. 579 ss.; I. GALLEGO CÓRCOLES, «El procedimiento de expropiación italiano: entre la irrelevancia de las formas y la intervención correctora del TEDH», núm. 169 de esta REVISTA, 2006, págs. 393 ss. De la envergadura del problema da cuenta la *Résolution intérimaire CM/ResDH (2007) 3*, del Comité de Ministros, relativa a la violación sistemática por Italia del derecho de propiedad a causa de la práctica de las expropiaciones indirectas (14 de febrero de 2007), que cita decenas de sentencias definitivas del Tribunal dictadas entre mayo de 2000 y julio de 2006; ahí no acaba el listado, pues el Tribunal ha seguido pronunciándose después sobre el particular.

[54] A partir de dicha problemática común, cada uno de los dos casos presentaba perfide particulares, que a nuestros efectos no es necesario recordar. Una sucinta alusión a esas dos sentencias, en el marco de un estudio centrado en el Derecho francés, que no deja de ofrecer experiencias parecidas, en J. BARCELONA LLOP, «La obra pública y su protección jurídica en Francia. En especial, el principio de intangibilidad (Ouvrage public mal planté ne se détruit pas)», núm. 154 de esta REVISTA, 2001, págs. 494-495 y nota 110.

[55] Por ejemplo, *Sciarrotta* (2006), §§ 70-74; *Velocci* (2008), §§ 41-42; *Sotira* (2009), §§ 46-47. Referencias a otros casos anteriores en I. GALLEGO CÓRCOLES, *op. cit.*, págs. 408-410.

[56] Véase la sentencia núm. 293, de 8 de octubre de 2010. La sentencia gira sustancialmente en torno a cuestiones relacionadas con los límites constitucionales de la legislación delegada, que habrían sido infringidos por la norma del *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia de esproprizioni per pubblica utilità*, de 2001, alusiva a las cuestiones que nos ocupan; pero la *Corte* introduce también en su argumento la perspectiva europea: «[a]nche considerando la giurisprudenza di Strasburgo, pertanto, non è affatto sicuro che la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare la stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia sufficiente di per sé a risolvere il grave vulnus al principio de legalità» denunciado por el TEDH.

[57] *Bosphorus* (2005), § 142: una vez decidido que se aplica en el caso la tercera norma del artículo 1 del Protocolo Adicional, «l'invocation par la société requérante des "principes généraux du droit international", au sens particulier du premier paragraphe de l'article 1 du Protocole n.º 1 n'exige donc pas un examen séparé».

[58] Valga la referencia a un clásico: A. VERDROSS, *Derecho internacional público*, Ed. Aguilar, 1955, págs. 299-300. Ya a la vista de la norma que nos ocupa, C. RUSSO, «L'applicabilité aux nationaux des "principes généraux du droit international" visés à l'article 1 du Protocole n.º 1», en *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, págs. 547 ss.; C. OVEY y R. C. A. WHITE, *op. cit.*, pág. 362; D. HARRIS *et al.*, *op. cit.*, pág. 679. La Resolución del Comité de Ministros (52) 1, adoptada el 19 de marzo de 1952, por la que se aprobó el Protocolo Adicional, hizo notar que los principios generales del Derecho internacional «dans leur acceptation actuelle, comprennent l'obligation de verser aux non-nationaux une indemnité en cas d'expropriation».

Copyleft – Ius Publicum

[59] En el seno del propio Tribunal se manifestaron opiniones menos rotundas, como acredita la concordante que emitieron los jueces Bindschedler-Robert, Gölcücklü, Matscher, Pettiti, Russo y Spielmann en el caso *James*. El juez Russo reitera su punto de vista en sede doctrinal en el estudio citado en la nota precedente. Tampoco la doctrina parece muy satisfecha con el argumento del Tribunal; cfr. F. SUDRE, *La protection*, cit., págs. 76-77; L. CONDORELLI, *op. cit.*, pág. 987; J. DE MEYER, *op. cit.*, pág. 74.

[60] Cfr. L. CONDORELLI, *op. cit.*, págs. 987-988; J. F. RENUCCI, *op. cit.*, pág. 526; H. VANDENBERGHE, *op. cit.*, pág. 45; A. VAN RIJN, *op. cit.*, pág. 986; F. SUDRE, *Droit européen*, cit., pág. 579; J. P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, pág. 718. Es de suponer que se refiere a esto I. LASAGABASTER (*op. cit.*, pág. 622) cuando indica que la razón del criterio del Tribunal en punto al ámbito subjetivo de aplicación de la remisión a los principios generales del Derecho internacional «y de la discusión doctrinal desarrollada en torno al mismo parece que han perdido bastante de su razón de ser en la actualidad».

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

THE ELECTRONIC AWARD AND EXECUTION OF PUBLIC PROCUREMENT

Prof. G. M. Racca[1]

INDEX

1. E-PROCUREMENT STRATEGIES IN THE FUTURE OF PUBLIC PROCUREMENT

2. THE CHALLENGE: OVERCOMING INERTIA AND FRAGMENTATION

3. EFFICIENCY AND TRANSPARENCY THROUGH E-PROCUREMENT SOLUTIONS

4. PRE-AWARD ELECTRONIC ADVERTISING: THE EVOLUTION TOWARDS FULL ELECTRONIC MEANS FOR THE SUBMISSION OF THE REQUIREMENTS AND OF THE OFFERS

4.1 Electronic advertising in some EU Member States

4.2 The electronic submissions of tenders and of e-signatures

5. THE ELECTRONIC EVALUATION OF THE TENDERERS REQUIREMENTS

6. E-PROCUREMENT SOLUTIONS FOR THE AUTOMATIC EVALUATION OF BIDS AND TENDERS: THE LOWEST ELECTRONIC PRICE AND THE MOST ECONOMICALLY ADVANTAGEOUS ELECTRONIC TENDER

6.1 Electronic auctions as a tool for electronic evaluation of tenders

[1] Professor of Administrative law - University of Turin

Copyleft – Ius Publicum

7. IMPLEMENTATION OF ELECTRONIC AWARD IN SOME EU MEMBER STATES

8. IT SOLUTIONS IN THE EXECUTION OF THE CONTRACT: E-ORDERING, E-INVOICING AND E-PAYMENT

8.1 Towards the standardisation of the entire procurement procedure: PEPPOL

9. CONCLUSIONS

Copyleft – Ius Publicum

1. E-PROCUREMENT STRATEGIES IN THE FUTURE OF PUBLIC PROCUREMENT

It is normally reported that in Europe public authorities spend around 19% of GDP on works, goods and services.[2] Less well known is that the Public Procurement Directives cover only a small percentage of such expenditure. It is possible to argue from the EU data that currently only 20% of the value of Public Contracts awarded in Europe are above threshold or fully inside the scope of the Public Procurement Directives. The value of this market strongly decreases if we consider that approximately only 4% of EU GDP is fully awarded according to the Directives and only around 2% is below thresholds, the remainder of which is not or not fully covered by the Directives.[3] From this perspective, the need to find new solutions to create an effective internal market for EU Public Procurement becomes evident. IT solutions seem to become strategic in order to better enforce non-discrimination and transparency principles to also favour crossborder participation.[4]

Such re-organization could favour the wider development and implementation of IT solutions that is definitely *the solution* for the future of public procurement.[5] This idea

[2] Commission (EC) 'Public Procurement indicators 2010' (2011), with reference to 2010, the total expenditure on works good and services is over € 2,400 billion spent annually.

[3] Commission (EC) 'Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation Part 1', SEC(2011) 853 final, June 27, 2011, <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising _rules/er853_1_en.pdf>.

[4] Commission (EC) 'A strategy for e-procurement' April 20, 2012 COM(2012) 179 final. D. SORACE – A. TORRICELLI 'Monitoring and Guidance in the Administration of Public Contracts' in R. NOGUELLOU – U. STELKENS *Droit compare des contrats publics - Comparative law on public contracts* (Bruylant, Bruxelles, 2010), 199 et seq.

[5] J. ROBERTS *The Modern Firm* (Oxford University Press, Oxford, 2004), 112.

Copyleft – Ius Publicum

has been well established for a number of years, especially considering the ambitious policy vision underpinning the 2004 Commission Action Plan aiming at creating a situation where "… any business in Europe with a PC and an internet connection can participate in a public purchase conducted electronically".

However, the adoption of e-procurement solutions was not so easy to devise and implement in practice.[6] As indicated above,[7] electronic procurement presently accounts for only a small percentage (around 5%[8]) of all procurement carried out in Europe in contrast to the much more optimistic EU forecast[9] of 2005 which estimated that at least 50% of procurement would be conducted by such means by 2010. Realistically, given the complexity of the change required and the inherent challenges in moving towards electronic

[6] It recognised the need to take into account an EU level dimension, without which the switch-over could be hampered and resources could be wasted as the wheel was constantly re-invented.

[7] G.M. RACCA 'Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement' (2010) *P.P.L.R.*, 119; Commission (EC) 'Evaluation of the 2004 Action Plan for Electronic Public Procurement Accompanying document to the Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU' SEC(2010) 1214 final October 10, 2010.

[8] Commission (EC) 'Evaluation of the 2004 Action Plan for Electronic Public Procurement Accompanying document to the Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU' SEC(2010) 1214 final October 10, 2010, 9. "The EU average figure is estimated to be less than 5% of total value, other than in Portugal, where the mandatory approach results in nearly 100% use of e-Procurement. France and Italy, notwithstanding being first mover countries in e-Procurement, estimate that only 4% and 2.5% respectively of their total procurement is conducted electronically

[9] The Manchester ministerial declaration of 24 November 2005 defines the following target: "By 2010 all public administrations across Europe will have the capability of carrying out 100 % of their procurement electronically and at least 50 % of public procurement above the EU public procurement threshold will be carried out electronically". The PEPPOL project is strongly supporting this target.

Copyleft – Ius Publicum

systems, "these objectives were always unlikely to be achieved in such a short time-frame – it is perhaps fairer to ask if greater progress could have been expected".[10]

The importance of improving the use of IT solutions throughout the entire procurement process is more and more evident.

IT solutions in public procurement can be applied from a simple advertising to a complete on line award and execution procedures. It is possible to suggest that it was perhaps too ambitious to expect quick implementation of complete e-procurement procedures in particular in light of the fact that IT solutions have not yet been sufficiently improved as means for publicity and transparency of Public Contracts.

It should be stressed that electronic means of information and communication can greatly simplify advertising and increase the efficiency and transparency of the procurement processes.[11] They should therefore to the greatest extent possible be given precedence over traditional means of communication and information exchange. The use of electronic means also leads to savings in time and , in times of crisis, can also contribute to maximise the efficiency of public expenditure and favour economic growth. As a result, provision should be made for reducing the minimum periods when electronic means are used, subject, however, to the condition that they are compatible with the specific mode of transmission envisaged at EU level.

[10] Commission (EC) 'Evaluation of the 2004 Action Plan for Electronic Public Procurement Accompanying document to the Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU' SEC(2010) 1214 final October 10, 2010, 11.

[11] Commission (EC) 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement', cit., whereas no. 23.

Copyleft – Ius Publicum

E-Procurement could provide the reduction of barriers and information gaps.[12] Moreover, the use of IT solutions allows collection of data and information on all transactions and connected payments to the economic operators involved.[13] Such data could provide a precise map of the quality and quantity of public spending.[14]

[12] K. DOOLEY – S. PURCHASE 'Factors Influencing E-Procurement Usage' in Khi V. Thai (eds.) *International Handbook of Public Procurement*, cit., 461-462. In the same book see also: K. VAIDYA - G. C. CALLENDER - A.S.M. SAJEEV 'Facilitators of Public E-Procurement: Lessons Learned from the U.K., U.S., and Australian Initiatives', 478-479.

[13] Italian law recently (d.l. 9 February 2012, n. 5, art. 20, c. I, lett. a, converted in Law n. 35 of 2012) implemented the "national database on public contracts" (Banca Dati Nazionale dei contratti pubblici) that will acquire the data of economic operators related to the technical, organizational, economic, financial and general requirements for the qualitative selection of tenderers in the procedures. See the Italian Authority for the Supervision of Public Contracts for works, services and supplies, Atto di Segnalazione n. 1 del 12 gennaio 2012, in *http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4890*. About the relevance of eProcurement in information processing see: M. ESSIG – M. AMANN 'E-procurement and Its Role in Supply Management and supplier Valuation' in C. Harland – G. Nissimbeni – E. Schneller (eds.) *The SAGE Handbook of strategic Supply Management* (SAGE, London, 2013), 425-426.

[14] A. MERRILL - Procurement & Commercial Director - Scottish Government 'PEPPOL & Public Procurement Reform' speech at the *7th PEPPOL conference*, Rome, 29 May 2012. In this perspective the experience of the 'Scottish Management Information Hub' seems very interesting. The Hub has been in existence since 2006 and is a centrally funded and sophisticated analytical tool provided with the Scottish Procurement Reform Programme. "The Hub allows organisations to: identify how much they are spending on external goods and services from third party suppliers, identify who the key suppliers are, ascertain how many transactions were made with each supplier, highlight commonality across suppliers and spend categories, identify spend with small and medium sized suppliers, highlight spend with local suppliers". See also: Scottish Government, in http://www.scotland.gov.uk/Topics/Government/Procurement/eCommerce/ScottishProcurementInformationHub. Participating organisations are required provide a detailed annual extract from their

Copyleft – Ius Publicum

Obviously, the tools to be used for communicating by electronic means, as well as their technical characteristics, must be non-discriminatory, generally available and interoperable with the information and communication technology products in general use and must not restrict economic operators' access to the procurement procedure. Otherwise such electronic tools could create new e-barriers. [15]

2. THE CHALLENGE: OVERCOMING INERTIA AND FRAGMENTATION

The Digital Agenda of the European Commission is one of the seven elements of *Europe 2020 Strategy* which sets objectives for the growth of the European Union. The Digital Agenda proposes to better exploit the potential of Information and Communication Technologies tools (IT) in order to foster innovation, economic growth and progress.[16]

The 2004 Directives on public procurement put electronic and traditional means of communication and information exchange on the same level.[17] New techniques (E-auction,

accounts payable system. The specification and example data extract templates can be downloaded by anyone with a log-in to http://www.spikescavell.net/.

[15] S. KALLAS 'The challenge of e-signature for e-procurement' (2008) Conference on the cross-border use of e-signatures in the e-procurement process - Brussels, 18 September 2008.

[16] Commission (EU) 'A Digital Agenda for Europe', COM(2010)245 final, 19 May 2010, where a lack of interoperability is identified and "weaknesses in standard-setting, public procurement and coordination between public authorities prevent digital services and devices used by Europeans from working together as well as they should".

[17] Directive 2004/18/EC, whereas No. 35. See: S. ARROWSMITH 'Electronic reverse auctions under the EC public procurement rules: current possibilities and future prospects' (2002) in *P.P.L.R.*, 299-330; R. BICKERSTAFF 'E-communication Regulation in Public Procurement: the EC and UK perspective' in

Copyleft – Ius Publicum

Dynamic Purchasing System) and tools (e-Signatures, e-Catalogues, e-Notification, Buyer profiles, Electronic access to documents) were provided to favour the use of electronic communication to improve procurement outcomes.[18] Nonetheless, the use of such instruments has been scarce. [19]

According to the European Commission's data, "*Contracting authorities and Public entities that have already implemented e-Procurement report savings of between 5% and 20% of their procurement expenditure. The total size of the EU's procurement market is estimated to be more than 2 trillion euro, so each 5% saved could result in about 100*

S. Arrowsmith (eds.) *Reform of the UNCITRAL model law on procurement* (Thomas Reuters/West, Danvers, 2009), 288 et seq.

[18] R. BICKERSTAFF 'The New Directives' Rules on E-communication Mechanisms in Public and Utilities Procurement' (2004) in *P.P.L.R.*, 277; ID., 'Review: Commission Staff Working Document on the Requirements for Conducting Public Procurement Using Electronic Means' (2005) in *P.P.L.R.* NA17.

[19] The actual percentage of less than 5% of total procurement budgets in the Member States awarded through electronic systems is very low if compared to US, Korea and Brazil Commission (EU) 'A strategy for e-procurement' 20 April 2012, COM(2012) 179 final, 1. "A full online procurement market place has already been achieved in Korea, which generated savings of US$ 4.5 billion (about 8% of total annual procurement expenditure) annually by 2007; in Brazil 80% of public procurement is carried out electronically". Commission (EC) 'Evaluation of the 2004 Action Plan for Electronic Public Procurement Accompanying document to the Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU' SEC(2010) 1214 final October 2010, 9. "The EU average figure is estimated to be less than 5% of total value, other than in Portugal, where the mandatory approach results in nearly 100% use of e-Procurement. France and Italy, notwithstanding being first mover countries in e-Procurement, estimate that only 4% and 2.5% respectively of their total procurement is conducted electronically. The Portugal Law advanced in this regard as use of e-Procurement tools is mandatory for phases from notification to tender award since November 1, 2009.

Copyleft – Ius Publicum

billion euro of savings per year".[20] Considering that Electronic tools can assure such savings and are constantly improving in quality and ease of use, the question is why it is so difficult to achieve their application either as means of communications[21] in the submission, or in the evaluation and award phase of Public Procurement.[22]

[20] Commission (EU) 'Delivering savings for Europe: moving to full e-procurement for all public purchases by 2016', IP/12/389, 20 April 2012. See also: Deutsche Bank Research: E-procurement, February 2011. Concerning possible saving in Italy see: F. P. SCHIAVO 'The role of eProcurement and PEPPOL in Italy' speech at the *7th PEPPOL conference*, Rome, 29 May 2012.

[21] 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, Article 1, § 12 e 13, "12. 'Written' or 'in writing' means any expression consisting of words or figures which can be read, reproduced and subsequently communicated. It may include information which is transmitted and stored by electronic means. 13. 'Electronic means' means using electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data which is transmitted, conveyed and received by wire, by radio, by optical means or by other electromagnetic means".

[22] Commission (EU) 'Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU', COM(2010) 571 final, 18 October 2010, 3. See also OECD 'Discussion paper on public procurement performance measures. OECD Meeting of Leading Practitioners on Public Procurement', 11-12 February 2012, 10, where the adoption of ICT solutions in public procurement ("e-procurement") is justified "on the ground of speeding up processes and enlarging the set of potential participants". R. BICKERSTAFF 'E-communication Regulation in Public Procurement: the EC and UK perspective' in S. ARROWSMITH (edited by) *Reform of the UNCITRAL model law on procurement* cit., 288 et seq., where the author put in evidence the risk of new e-barriers in cross-border trade. See also: K. VAIDYA - G. C. CALLENDER - A.S.M. SAJEEV 'Facilitators of Public E-Procurement: Lessons Learned from the U.K., U.S., and Australian Initiatives' in Khi V. Thai (eds.) *International Handbook of Public Procurement* (Auerbach Publications Taylor & Francis Group 2009), 475 et seq.

Copyleft – Ius Publicum

E-procurement can simplify the procurement procedures, reducing waste[23] and delivering lower price and better quality, by stimulating transparency and competition across the EU Internal Market.[24] Nonetheless, the main obstacle remains public officials' *"inertia"*, resisting to any change of their ingrained habits. The need of an in-depth and intense retraining of the staff is evident.

The second related obstacle is the widespread "market fragmentation that can emerge from the existence of a wide variety of systems, sometimes technically complex, deployed across the EU (and sometimes within a single Member State) that can lead to increased costs for economic operators/suppliers".[25]

[23] Directive 2004/18/EC, whereas No. 38.

[24] Directive 2004/18/EC, whereas No. 12. See also: Commission (EU) 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement' COM(2011) 896 final, December 20, 2011, whereas No. 19 and 23. Commission (EU) 'The European eGovernment Action Plan 2011-2015. Harnessing ICT to promote smart, sustainable & innovative Government' 15 December 2010, COM(2010) 743 final. Commission (EU) 'Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU', cit., 4, where the benefits of e-procurement are identified in: 1. increased accessibility and transparency, 2. benefits for individual procedures compared to paper based systems, 3. benefits in terms of more efficient procurement administration, 4. Potential for integration of EU procurement markets. See: S. CROOM – A. BRANDON JONES 'Key Issues in E-Procurement: Procurement Implementation and Operation in the Public Sector' in Khi V. Thai (eds.) *International Handbook of Public Procurement* cit., 447; A. DECKERS - Head of Unit for e-procurement and economic analysis of procurement markets 'New perspectives on e-procurement in Europe' speech at the *7th PEPPOL conference*, Rome, 29 May 2012.

[25] Commission (EU) 'A strategy for e-procurement' 20 April 2012, COM(2012) 179 final, 5; R. BICKERSTAFF 'E-communication Regulation in Public Procurement: the EC and UK perspective' in S. ARROWSMITH (edited by) *Reform of the UNCITRAL model law on procurement* (Thomas Reuters/West, Danvers, 2009), 287 et seq. For a German law perspective see: M. BURGI 'The policy

Copyleft – Ius Publicum

Together with the market fragmentation there is demand-side fragmentation, considering the existence of 250,000 contracting entities[26]in EU, which does not allow the achievement of significant professional skills to tackle the use of IT solutions[27]. Fragmentation of procuring entities is connected with markets fragmentation and the award of a relevant number of small contracts with evident limits to an effective competition throughout the internal market, and leads to a percentage of cross-border procurement of only 1.6 of contracts[28].

It is evident that any form of joint procurement[29] could limit below-treshold procurement since the award procedure is likely to be conducted under a framework agreement, or with the potential to split a contract into a number of lots according to the above threshold rules at least for goods and services procurement.

on regulating Electronic Communications in Germany' in S. ARROWSMITH (edited by) *Reform of the UNCITRAL model law on procurement*, cit. 305 et seq.

[26] Commission (EU) 'Evaluation Report - Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation' 27 June 2011, SEC(2011) 853 final, vi.

[27]Significantly, in Italy it has been recently provided (even though it is not yet enforced) that municipalities with a population not exceeding 5,000 inhabitants must either entrust the acquisition of works, services and supplies to a single central purchasing body or purchase through joint procurement: Law decree December 6, No. 201, converted in law December 22, 2011, No. 214, Article 23, § 4, implementing Article 33 of Italian Public Contracts Code.

[28] EU Commission, 'Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy - Towards a more efficient European Procurement Market', COM(2011) 15.

[29] G.M. RACCA - S. PONZIO 'La mutualisation des achats dans le secteur de la santé publique: les centrales d'achat et les accords-cadres dans une perspective comparative' (2011) *Droit Administratif*, 2011, 7 et seq.

Copyleft – Ius Publicum

The EU Commission provided some non-legislative initiatives to clarify and encourage the use of e-Procurement[30] to overcome administrative and technical barriers to cross-border e-Procurement (Pan-European Public Procurement Online - PEPPOL,[31] e-CERTIS[32] and open e-PRIOR[33]).

Progress has been made in the electronic publication and dissemination of information about procurement opportunities. However, the developing of common approaches, standards or templates for the on-line submission and processing of tenders is delayed. It has been underlined that "while solutions have been engineered for individual e-Procurement platforms, no attention has been devoted to aligning methods or approaches

[30] Commission (EU) 'Action plan for the implementation of the legal framework for electronic public procurement' 29 December 2004, SEC(2004)1639.

[31] The Pan-European Public Procurement Online (PEPPOL) project is completed at the end of August 2012. Now the Open PEPPOL association promote European businesses to easily deal electronically with any European public sector buyers in their procurement processes. See http://www.peppol.eu/.

[32] Commission (EU) 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement' COM(2011) 896 final, December 20, 2011, whereas No. 33. "Commission provides and manages an electronic system — e-Certis, which is updated and verified on a voluntary basis by national authorities. The aim of e-Certis is to facilitate the exchange of certificates and other documentary evidence frequently required by contracting authorities. Experience acquired so far indicates that voluntary updating and verification is insufficient to ensure that e-Certis can deliver its full potential for simplifying and facilitating documentary exchanges for the benefit of small and medium-sized enterprises in particular. Maintenance should therefore be rendered obligatory in a first step; recourse to e-Certis will be made mandatory at a later stage".

[33] F. G. MORAN 'Pan-European interoperable electronic public procurement: enabling its implementation within the European Union institutions, agencies and other bodies, and facilitating its adoption across the member States' (2012) *5th International Public Procurement Conference*, in http://www.ippa.org/IPPC5/Proceedings/Part2/PAPER2-4.pdf.

Copyleft – Ius Publicum

for submitting tenders electronically".[34] The use of electronic means in public procurement in Europe requires standardisation[35] and interoperability[36] among the systems used in different Member States and in the phases of the awarding procedure.[37] Otherwise, as already pointed out[38], the risk is to build new electronic barriers.

The recent Green Paper on expanding the use of e-procurement in the EU has highlighted the need to identify solutions to improve and enhance interoperability between local, regional and national e-Procurement systems. Member States should participate in a "collaborative process, in which independent systems belonging to unrelated parties interact

[34] Commission (EU) 'Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU', cit., 17.

[35] The standardisation refers to tender and contract documents and also to technical specifications. An exemple it's provided by the Common Procurement Vocabulary (CPV)' that was adopted by Regulation (EC) No 2195/2002 , which is a hierarchically structured nomenclature, divided into divisions, groups, classes, categories and subcategories.

[36] Commission (EC) 'Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new

public procurement Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC' 8 July 2005, SEC(2005) 959, 8. 'Interoperability' is used here to refer to the capability of ICT systems (and of the business processes they support) to exchange information or services directly and satisfactorily between them and/or their users, so as to operate effectively together.

[37] Directive 2004/18/EC, whereas No. 35, where it is stated "As far as possible, the means and technology chosen should be compatible with the technologies used in other Member States".

[38] G. M. RACCA 'The role of IT solutions in the award and execution of public procurement below threshold and list B services: overcoming e-barriers' in D. DRAGOS – R. CARANTA (eds. By) *Outside the EU Procurement Directives - inside the Treaty?*, cit., 376 et seq.

Copyleft – Ius Publicum

through the exchange of business information".[39] To achieve such goals, the EU Commission has established an e-Tendering Expert Group (e-TEG) tasked with defining a blueprint for pre-award e-procurement that provides a basis for the development of "best of breed" solutions. The objective is to promote solutions that achieve the optimal balance between usability and other attributes, such as security. An essential task for the e-TEG is to define an effective model for e-submission, as this is currently the main bottleneck for the wider implementation of e-procurement. On-going standards work, such as that carried out by the CEN BII workshop, will be leveraged by the e-TEG.[40]

A case-book on the best practices on the implementation of e-procurement platforms that assure accessibility, ease of use and cost-effectiveness has been published recently.[41] The costs of e-procurement facilities require investments that cannot be

[39] Commission (EU) 'Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU', cit., 13.

[40] Commission (EU) 'A strategy for e-procurement' 20 April 2012, COM(2012) 179 final, 8. the e-TEG will also present recommendations on actions to be taken by the EU institutions and Member States to ensure the roll-out of eprocurement platforms that guarantee cross-border access and facilitate use by all economic operators in particular SMEs, whilst nonetheless preserving Member State autonomy to design solutions that best fit national requirements and can be integrated with existing platforms. See the recommendations provided by the Expert Group on e-tendering (e-TEG) in the 'High level Report - Part I', in *http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/eprocurement/conferences/121214_e-tendering-expert-group-draft-report-part1_en.pdf* and in the 'Operational Recommendations – Part II', in *http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/eprocurement/conferences/121214_e-tendering-expert-group-draft-report-part2_en.pdf*.

[41] Pwc, 'Golden Book of e-Procurement good Practice' 5 December 2012, in *http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/eprocurement/conferences/121214_e-procurement-golden-book_en.pdf*. The outcome of this work will be used to promote convergence

Copyleft – Ius Publicum

supported by all contracting authorities.[42] New organizational models are required to overcome fragmentation.

The new Directive proposal recognizes that the use of electronic solutions[43] can deliver significant savings and improve procurement outcomes, reducing waste and errors.[44] The proposal aims at helping Member States to achieve the switchover to e-procurement, enabling suppliers to take part in online procurement procedures across the internal market. It provides for the mandatory transmission of notices in electronic form, the mandatory electronic availability of the procurement documentation and imposes full electronic communication on Central Purchasing Bodies.[45] The Central Purchasing Bodies,

towards and take-up of such good practices by Member States and public authorities investing in e-procurement infrastructure.

[42] Commission (EU) 'Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU', cit., 5. The ability to perform procurement electronically requires investment throughout the procurement chain to build the necessary capacity and manage the change-over. Investment costs in national and regional e-Procurement facilities – spanning e-portals to more comprehensive solutions – range from 0.5m€ to 5m€.

[43] Commission (EC) 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement' COM(2011) 896 final, December 20, 2011, see artt. 19, 31-38, 51, 58, 59.

[44] Commission (EC) 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement' COM(2011) 896 final, December 20, 2011, whereas 19.

[45]Central Purchasing bodies are "*contracting authority which: acquires supplies and/or services intended for contracting authorities, or awards public contracts or concludes framework agreements for works, supplies or services intended for contracting authorities*".[45] The strategic role of CPBs was already underlined in G.M. RACCA 'Aggregate Models of Public Procurement and Secondary Considerations: An Italian Perspective' in R. CARANTA and M. TRYBUS (eds) *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Djøf publishing, Copenhagen 2010), 165 et seq.

Copyleft – Ius Publicum

as professional contracting entities can play a significant role in the conversion to the use of IT solutions in public procurement whenever they possess adequate skills and IT tools.[46]

3. EFFICIENCY AND TRANSPARENCY THROUGH E-PROCUREMENT SOLUTIONS

The principle of transparency is connected to other principles of the Treaty such as the principle of freedom of movement of goods, freedom of establishment and freedom to provide services.[47] Transparency assures impartiality and non-discrimination and favours the participation of economic operators in the selection for the award of public contracts.[48]

[46] N. DIMITRI, F. DINI, G. PIGA 'When should procurement be centralized?' in N. DIMITRI, G. PIGA, G. SPAGNOLO (edited by) *Handbook of procurement* (2006) Cambridge, 47; Commission (EC) 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts' COM(2011) 897 final, December 20, 2011.

[47] Directive 2004/18/EC, whereas No. 2. See also art. 2 and S. ARROWSMITH 'EC Regime on Public Procurement' in Khi V. Thai (eds.) *International Handbook of Public Procurement* (Auerbach Publications Taylor & Francis Group 2009) 267-268.

[48] Case C-260/04, Commission v. Italy [2007] E.C.R. I-7083; Case C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) Comune di Cingia de' Botti (Coname) [2005] E.C.R. I-7316; Case C-275/98, Unitron Scandinavia A/S v. Ministeriet for Fodevarer e Landbrug og Fiskeri, [1999]. Concerning a contract of certain cross-border-interest see: Case C-412/04 Commission v. Italy [2008] E.C.R. I-619, § 66 – 78. Concerning a below threshold contract see: Case C-220/06 Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado [2007] E.C.R. I-12175. See: A. BROWN 'Transparency Obligations Under the EC Treaty in Relation to Public Contracts that Fall Outside the Procurement Directives: A Note on C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti' in *PPLR* 2005, NA153-NA159. See also: G. SKOVGAARD ØLYKKE 'How Should the Relation between Public Procurement Law and Competition Law Be Adressed in the New Directive?' in G. Skovgaard Ølykke – C. Risvig Hansen – C. D.

Transparency seems also relevant to improve monitoring contracts in all the phases of "procurement cycle", from the definition of needs to the end of the contract performance, avoiding conducts aimed at distorting competition in the relevant market. The advertising of the will to award a contract has the aim to favour competition between the economic operators and to facilitate control of the compliance with the award criteria.[49]

Transparency provides "a system of openness into public purchasing in Member States, so a greater degree of accountability should be established and potential direct discrimination on grounds of nationality should be eliminated".[50] Transparency in public procurement is achieved through community-wide publicity and advertisement of public

Tvarnø, *EU Public Procurement – Modernisation, Growth and Innovation* (Djof publishing, Copenhagen, 2012), 62 – 63 and 67.

[49] Opinion of AG Stix-Hackel in Case C-247/02, Sintesi S.p.A. v Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici [2004] E.C.R. 1-9215, par. 39 where it is stated that "A minimum degree of transparency is required to guarantee competition. To that end, the directives on the award of contracts lay down a number of obligations concerning publicity. The obligation placed on the contracting authority to define the criteria in advance and also to adhere to them thereafter serves competition. On the other hand, in certain cases the need to ensure competition makes it necessary to withhold certain information about an undertaking from other undertakings".

[50] C. H. BOVIS 'EU Public Procurement Law' (Cheltenham 2007), 65, where are also examined the effects of the Principle of Transparency. S. ARROWSMITH – J. LINARELLI – D. WALLANCE 'Regulating Public Procurement: National and International Perspectives' (Kluw Law International London 2000) 72-73 where the authors suggested that the concept of transparency can in fact be broken down into four distinct aspect: Publicity for contract opportunity, publicity for the rules governing each procedure, a principle that limits the discretion of procuring entities, the possibility for verification of the fact that the rules have been followed. See also: C. LOYOLA – M. ORTÍZ 'The experience of information acquisition in chilean public market via bi implementation' (2012) *5th International Public Procurement Conference*, in http://www.ippa.org/IPPC5/Proceedings/Part9/PAPER9-10.pdf.

Copyleft – Ius Publicum

procurement contracts over certain thresholds".[51] The EU case-law on transparency in public procurement, implies an obligation to provide "a degree of advertising sufficient to enable the services market to be opened up to competition and the impartiality of the procurement process to be reviewed".[52] All potential tenderers have to be in a position of equality[53] as regards the scope of the information in a contract notice.[54] In the pre-award phase the principle of transparency "implies that all the conditions and detailed rules of the award procedure must be drawn up in a clear, precise and unequivocal manner in the notice or contract documents so that, first, all reasonably informed tenderers exercising ordinary care can understand their exact significance and interpret them in the same way and,

[51] C. H. BOVIS 'EU Public Procurement Law' cit., 65, where are also examined the effects of the Principle of Transparency.

[52] Case C-324/98, Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG, [2000], E.C.R. I-10745 § 61-62. See also: Case C‑513/99 Concordia Bus Finland [2002] ECR I‑7213, § 81, and Joined Cases C‑21/03 and C-34/03 Fabricom [2005] ECR I‑1559, § 26. See: Directive 2004/18/EC, art. 42(2), where are provided the rules concerning the general availability and non discrimination in the use of the selected electronic means.

[53] Case C‑213/07 Michaniki [2008] ECR I‑0000, § 44 and 45; Case C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) Comune di Cingia de' Botti (Coname) [2005] E.C.R. I-7316, §17; C‑315/01 GAT [2003] ECR I‑6351, § 73; Case C-470/99, Case C-448/01 EVN and Wienstrom [2003] ECR I‑14527, § 47, Universale-Bau and Others [2002] ECR I‑11617, § 93; Case C‑19/00 SIAC Construction [2001] ECR I-7725, § 34. R. CARANTA 'Transparence et concurrence', in R. Noguellou – U. Stelkens (eds.) *Droit comparé des Contrats Publics* (Bruxelles, Bruylant, 2010), 149.

[54] Case C-199/07 Commission v. Greece, [2009] ECR I-10669 §38 ; Case C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) Comune di Cingia de' Botti (Coname) [2005] E.C.R. I-7316, §18 and 21. P. TREPTE 'Transparency and accountability as tools for promoting integrity and preventing corruption in procurement: possibilities and limitations' Expert Group Meetinig on Integrity in Public Procurement, 20-21 June 2005, Château de la Mouette, Paris.

Copyleft – Ius Publicum

secondly, the contracting authority is able to ascertain whether the tenders submitted satisfy the criteria applying to the relevant contract".[55] The electronic instruments can greatly improve the effectiveness of the principle of transparency and efficiency.

The correct use of interoperable IT solutions can improve the accessibility of the call for tenders and increase the participation of SMEs, also in cross-border procurement.[56]

It is important to remove barriers that currently discourage newcomers from undertaking onerous registration or authentication procedures required by some platforms – in some cases requiring the use of tools and assets only available in the country concerned.

4. PRE-AWARD ELECTRONIC ADVERTISING: THE EVOLUTION TOWARDS FULL ELECTRONIC MEANS FOR THE SUBMISSION OF THE REQUIREMENTS AND OF THE OFFERS

In the procurement process, the electronic means have been, so far, one of the ways provided by EU directives to give economic operators information of an award procedure.[57] The 2004 Directives, in some cases, limited the right of contracting authorities

[55] Case C-496/99 EU Commission v. CAS Succhi di Frutta SpA [2004] E.C.R. I-3801, § 111; Case T-437/05 Brink's Security Luxembourg v. Commission [2009] E.C.R. II-3233, 114-115.

[56] Directive 2004/18/EC, whereas No. 35.

[57] Directive 2004/18/EC, art. 42, where it is also specified that "the means of communication chosen must be generally available and thus not restrict economic operators' access to the tendering procedure".

Copyleft – Ius Publicum

to choose the means of communication and imposed the electronic one.[58] Tender documents can be either made available or sent to economic operators by electronic means.[59] In the case of Dynamic Purchasing System, it is mandatory to offer unrestricted and full direct electronic access from the date the notice setting up the system is published, until the expiry of the DPS.[60] Where the contracting authority offers unrestricted and full

[58] Commission (EC) 'Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new public procurement Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC' 8 July 2005, SEC(2005) 959, 6 and 7, Where it is also stated that "Technical problems within the contracting authority's network, service disruptions and system failures may impede access to contract documents, or may disrupt the procurement process at a critical moment (e.g. during the transmission of requests for clarification or the corresponding answers, during receipt of tenders or requests to participate, or during auctions). Problems within the public or open network and problems specific to the device or the platform of the contracting authority should be distinguished: only in the latter case must the contracting authority remedy the failure by, for example extending the deadlines and providing the relevant information to all interested parties. The contracting authority is not responsible for the open network failure and is not obliged to take any remedial actions, even though it may do so where this seems appropriate (respective disclaimers may be included in an appropriate location)".

[59] F. LICHÈRE 'The Regulation of Electronic Reverse Auctions in France' in S. Arrowsmith (edited by) Reform of the *UNCITRAL model law on procurement*, (Thomas Reuters/West, Danvers, 2009), 459-463 and M. BURGI 'The Policy on Regulating Electronic Communications in Germany' in S. Arrowsmith (edited by) *Reform of the UNCITRAL model law on procurement*, cit., 323 – 324.

[60] Directive 2004/18/EC, art. 33(3)(c) and Directive 2004/17/EC, art. 15(3)(c). See also: Directive 2004/18/EC, art. 42(5)(d) and Directive 2004/17/EC, art. 48(5)(d) where it is provided that the receipt of documents, certificates and declarations that do not exist in electronic format must be organised following the traditional procedures on paper. Directive 2004/18/EC, art. 1(7) second indent and 1(6) "some procuring methods/instruments such as auctions and dynamic purchasing systems may only be conducted by electronic means". Commission (EC) 'Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new public procurement Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC' 8 July 2005, SEC(2005) 959, 7. When there are reasons to believe that, due to the volume and/or complexity of the data to be submitted, the communication, exchange and storage of it cannot be

Copyleft – Ius Publicum

direct access by electronic means to the contract documents and any supplementary documents from the date of publication of the notice, the time limits for receipt the tenders may be reduced by five days.[61] Electronic means can be used to send and receive tenders and requests to participate, as well as plans and projects in design contests.[62]

All types of notices are published by the Publications Office of the EU. Within twelve days (or five days in the case of the accelerated form of restricted or negotiated procedures), the Publications Office publishes the notices in the Supplement to the Official Journal and via the TED (*Tenders Electronic Daily*) database.[63] Two notices are published: in full in their original language only, and in summary form in the other Community

properly handled by electronic means, and therefore the requirements of Articles 42(3) and 48(3) are not satisfied, they should be handled by traditional means of communication. In such cases data shall be exchanged on physical supports like paper or generally used supports for electronic storage of data such as floppy disks, CD-ROMs or memory sticks.

[61] Directive 2004/18/EC, art. 38(6) and Directive 2004/17/EC, art. 45(6). In open procedures it is possible to cumulate the two possibilities of reduction, the one for electronic transmission of the notice and the one for the unrestricted and full direct access to tender documents, leading to a total reduction of the deadline for submitting tenders of twelve days.

[62] Directive 2004/18/EC, art. 42(5) and Directive 2004/17/EC, art. 48(5) determine the key rules and refer to Annexes X and XXIV for the specific minimum requirements for the security and confidentiality of electronic reception devices.

[63] TED is a single, accepted and well-used system for the publication of above threshold notices across the EU, supported by compatible infrastructures at national level. See:Commission (EU) 'Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU', cit., 8, where it is reported that "in 2009 just over 90% of forms sent to TED (Tenders Electronic Daily) were received electronically and in a structured format. The electronic publication of notices for below threshold procurement has also advanced at national or regional level".

Copyleft – Ius Publicum

languages.[64] Where notices are drawn up and transmitted by electronic means, the time limits for the receipt of tenders and for the receipt of requests to participate can consequently be shortened by seven days.[65]

The use of a common database ensures the accessibility of information but it lacks the idea of translating all the content of the notices in a common language, as the translation of a summary in all languages seems insufficient to assure a wider participation. As well known, the EU language issue in the field of public procurement risks undermining opportunities of participation and of growth of European economic operators. The use of IT solutions can be simplified by standard forms for the publication of notices, as provided by EU rules. [66]

4.1 Electronic advertising in some EU Member States

A first step can be the use of IT solutions for the drawing up, and transmission of, notices and for sending and publishing data with the aim of advertising an intention to award a contract, regardless of the need of the publication of a formal notice in the OJEU.

The use of websites for publicity could be extremely useful if the data can be easily found, also for public contracts that fall outside the scope of the directives. However, the problem is that often there is not a single institutional designated web portal in each

[64] C. H. BOVIS 'EU Public Procurement Law' cit., 66, where is reported that the Publications Office takes responsibility for the translations and summaries.

[65] Directive 2004/18/EC, art. 38(5) and Directive 2004/17/EC, art. 45(3).

[66] Regulations EU No 842/2011of 19 August 2011 establishing standard forms for the publication of notices in the field of public procurement and repealing Regulation (EC) No 1564/2005.

Copyleft – Ius Publicum

country and contracts may be published on an individual institutional website or on a non-governmental, business run, website. The latter can be particularly expensive for a procuring entity, and more importantly does not provide an absolute assurance that all possible interested tenderers are made aware of the contract opportunities.

According to recent research,[67] below threshold contract notices are published in official publications (hard copy) and in national portals or websites in some Member States. In Romania, about 66,000 invitations were published by contracting entities on the electronic system for public procurement (ESPP) in 2008.[68] In Poland, contracting authorities are also required to publish notices on their websites for both contracts above and below the national thresholds. In Denmark, the regulation[69] sets out requirements for notices for goods and services contracts, but there are no specific rules for publication, which is either online or in newspapers; commercial website on the other hand are very expensive for the procuring entities. In Germany there is no requirement to publish notices for below threshold contracts on electronic media.[70] In France, the contracting entities can,

[67] in Austria, Cyprus, Italy, Lithuania and Spain. Bulgaria, the Czech Republic, Finland, Hungary, Latvia, Luxembourg, Romania and the Slovak Republic only publish their notices on national online portals in electronic formats. Such data are reported on OECD (Sigma papers) 'Public Procurement in EU Member States: The Regulation of Contract Below the EU Thresholds and in Areas not Covered by the Detailed Rules of the EU Directives' (2010) 16.

[68] See DACIAN C. DRAGOS 'Public Procurement Outside Eu Directives In Romania: Is Voluntary Compliance Leading To Effectiveness?' in Outside the Procurement Directives - inside the Treaty?, Djøf: Copenhagen 2012, 221 et seq.

[69] See S. TREUMER 'On the Development of a Danish Public Procurement Regime outside the Scope of the EU Public Procurement Directives: EU Principles of Law do not Come Easy' in Outside the Procurement Directives - inside the Treaty?, cit., 335 et seq.

[70] See M. BURGI – F. KOCH 'Contracts below the thresholds and list B services from a German Perspective' in Outside the Procurement Directives - inside the Treaty?, cit., 119 et seq.

Copyleft – Ius Publicum

below a threshold of 90,000 euro, decide how to publish; above that threshold, notices have to be published by public authorities in the Official Bulletin (BOAMP) or in a newspaper entitled to publish legal notices.[71] It is provided that after January 1st 2012, contracting authorities may not refuse to receive the bidder's documents transmitted electronically for contracts above € 90,000.00.[72] There are many different websites and the procuring entity must only ensure adequate access. In the Netherlands, contracting authorities can decide where to publish and usually do so on their own website. In Sweden, publication on "generally accepted databases" with free admission is required.

In Italy,[73] for contracts below threshold, the procuring entity has the choice as to the means of publicity. Procuring entity may just publish the post-award notice on the buyer profile website but they may also use electronic catalogues through a previous notice, using a kind of market analysis to identify an appropriate economic operator to invite.[74] For

[71] See F. LICHÈRE 'Public procurement contracts below EU thresholds and Annex II. B services in France' in Outside the Procurement Directives - inside the Treaty?, cit., 97 et seq..

[72] Décret n° 2011-1000 August 25, 2011, amending Article 56 of the *Code des marchés publics*.

[73] A. MASSERA – M. SIMONCINI 'Basic of public contracts in Italy' (2011) in *Ius Publicum Network Review* <http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/21_02_2011_14_41_Massera%20inglese.pdf>.

[74] P.R.d. October 5, 2010, No 207, concerning "il *regolamento di attuazione ed esecuzione del codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*", replaced the P.R.d. December 21, 1999, No 554 (referring to L. February 11, 1994, No. 109 on public works), Article 331 (for goods and services) releted to "acquisti in economia" excludes the application of the publicity requirements established in the Article 124 of the Italian Public Contract Code, requiring only the compliance with the principle of transparency, balancing the interest of efficiency of the contracting authority with the principles of equal treatment, non-discrimination and competition among economic operators. The regulation of Article 173 (for "*in economia*" works), § 2 and 331 (for "in economia" goods and services), § 3 requires only the publication of the post award notice in the 'buyer profile'.

Copyleft – Ius Publicum

contracts worth more than €150,000.00, Italian contracting entities have to send to the *Autorità di vigilanza sui contratti pubblici* data on the content of the contract notice, minutes of the award procedure, the economic operators partecipating in the award procedure, the amount of the contract and the name of the contractor.[75] An "*Osservatorio*" has been created to collect data on all Italian public procurement in order to consolidate them in an electronic archive.[76] A recent Italian provision concerning the fight against corruption provide a full electronic transparency of the award and execution of public procurement, requiring the online publishing of any related payments[77].

In order to increase transparency and also possibly cross-border participation for below threshold contracts, it should be provided that any Member States should designate

[75] Legislative Decree No. 163 of 2006, cit., Article 7,§ 8. President of Autority for public contracts, December 14, 2010, 'trasmissione dei dati dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – settori Ordinari e Speciali – estensione della rilevazione ai contratti di importo inferiore o uguale ai 150.000 Euro, ai contratti "esclusi" di cui agli artt. 19, 20, 21,22, 23, 24 e 26 del D.lgs n. 163/2006, di importo superiore ai 150.000 Euro, e agli accordi quadro e fattispecie consimili', <http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4457>. The submission of data about the award of the contract of work between 40,000 and 150,000 euro, and contracts for goods and services between 20,000 and 150,000 euro, are required too, within 60 days from the date of the signature of the contract.

[76] Legislative Decree No. 163 of 2006, italian public contracts code, Article 7,§ 4, let. a). G. M. Racca 'Public contracts. Annual Report - Italy' (2010) in *Ius Publicum Network Review* <http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/06_12_2010_10_17_Raccaeng.pdf>.

[77] Law 6 November 2009, No. 190, art. 1, § 16 (b) and 32. Where is stated that contracting authority are obliged to publish on their institutional websites: the structure proponent, the subject matter of the contract and the list of economic operators invited to tender; the successful tenderer and the amount awarded; timing of completion of the work, service or supply and the amount of the sums paid.

Copyleft – Ius Publicum

specific websites where economic operators can easily access information relating to the publication of the contract.

The recent UK experience with *contract finder* could potentially be an example of a unique portal for below threshold contracts, even though indications suggest that it is not yet being used as an exclusive point of reference for below threshold contracts.[78]

As recently reported by the Commission,[79] there is now a single accepted and established system for the publication of above threshold notices across the EU (Tenders Electronic Daily), supported by compatible infrastructure at national level. In 2009, just over 90% of forms sent to TED were received electronically and in a structured format. "The electronic publication of notices for below threshold procurement has also advanced at national or regional level",[80] but substantial efforts are still required. Such efforts could be coordinated to improve transparency and competition below threshold and for list B services too.

An important issue concerns the consequences of such extension of advertising through websites. Does it allow any economic operator to be admitted to the negotiation or to submit an offer? One could say not; it is only a means by which the procuring entity can achieve a greater degree of transparency than when it publishes the notice in a paper

[78] See LUKE R.A. BUTLER 'Below Threshold and Annex II B Service Contracts in England, Wales and Northern Ireland: A Common Law Approach' in this volume.

[79] Commission (EC) 'Evaluation of the 2004 Action Plan for Electronic Public Procurement Accompanying document to the Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU' SEC(2010) 1214 final October 10, 2010, 54.

[80] Commission (EC) 'Evaluation of the 2004 Action Plan for Electronic Public Procurement Accompanying document to the Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU' SEC(2010) 1214 final October 10, 2010, 9.

Copyleft – Ius Publicum

bulletin. Outside the scope of the Directives the key problem is that the procuring entity can choose the contractor among the invited tenderers, the market can be closed and the undertakings not invited have no right to be invited and to submit an offer.

Transparency concerning the choices made by the procuring entity with regard to contract conditions and prices could be one way to let other economic operators and end-users or the public more generally know whether best value for money was achieved. In the long term such effects can improve the sound and efficent use of public funds.

In Italy for example, the Authority for public contracts[81] provides that even when the negotiated procedure is allowed without the publication of a notice, it is good practice to publish the contract conditions on an institutional website. This could allow an economic operator to ask to be invited to the negotiation. It is evident that this could become similar to an open procedure, losing the benefits of simplification, but can also open markets and limit, if not prevent, possible favouritism. In any event, the procuring entity can always provide reasons as to why a tender has not been admitted and could be challenged, including in an infringment procedures. In this regard, transparency is improved, particularly for high value list B services contracts.

As observed in the OECD documents, an unsuccesful tenderer should have a role in checking the execution phase of the contract together with associations of end-users and public representatives.[82] By automating and strengthening the flow of information about

[81] Authority for Public Contracts 'Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria dopo le modifiche introdotte dal decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge dalla legge 12 luglio 2011, n. 106' Determinazione n. 8 December 14, 2011.

[82] Organisation for Economic Co-operation and Development, 'Guidelines for fighting bid rigging in public procurement' (2009), <http://www.oecd.org/dataoecd/27/19/42851044.pdf>; Organisation for Economic Co-operation and Development, 'Principles for integrity in Public procurement' (2009),

Copyleft – Ius Publicum

individual tender opportunities, providing greater publicity, it could be possible to increase participation by economic operators and as a consequence, increase competition.[83]

The experiences of Member States that have adopted and developed specific IT-facilities indicate that there is at least a perception that use of web sites/portals has meant that a substantial proportion of below threshold procurement is subject to transparent competition, to the extent that this is possible. For instance, the UK position is that there seems little need to further clarify public authority obligations with regard to below threshold contracts and there is clearly no political or legal policy initiative to adopt specific legislation in this field. Experiences of this kind suggest that it may be helpful if a link could be made from the OJEU to below-threshold opportunities advertised on various portals and internet sites in each Member State.

4.2 The electronic submissions of tenders and of e-signatures

Most concerns encountered in the submission of tenders relate to the authentication through means such as electronic signatures and recognition of electronic identification. Such issues are not specific to the e-Procurement context but arise in any situation where authentication/signatures are required. The EU Commission has adopted measures to allow authorities to identify the origin/certification of partner countries signatures. The PEPPOL project developed solutions to provide on-line tools permitting automatic recognition of electronic signatures from other Member States to be used in a

<http://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-principles-for-integrity-in-public-procurement_9789264056527-en> , 70.

[83] Commission (EC) 'Evaluation of the 2004 Action Plan for Electronic Public Procurement Accompanying document to the Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU' SEC(2010) 1214 final October 10, 2010, 7.

Copyleft – Ius Publicum

procurement context. Other concerns arise from the requirement for contracting authorities to assess documents submitted by tenderers to prove eligibility for selection. These documents are issued at national/local level in accordance with the relevant conventions, formats and languages. E-Procurement was expected to find ways to increase efficiency and to reduce such repeated burden on economic operators. Many solutions developed go some way to fulfilling these objectives, without relying on complicated high-tech solutions. In some countries, economic operators provide a statement (often a simple electronic document which may or may not be electronically signed) in which they maintain that they are not in breach of any of the set criteria. Only the winning bidders are asked to provide the actual documents and this may be done electronically or on paper.

The 2004 Directives provide that Member States may regulate the level of electronic signature required and restrict the choice of contracting authorities to qualified signatures.[84] "In 2010, 18 countries expressly require the use of electronic signatures in e-Procurement procedures, while 13 countries do not explicitly require them. In terms of the type of signature required, 13 out of the 27 Member States have introduced a legal requirement specifying the use of advanced e-Signatures. The regulatory choices of Member States in regard to e-Signatures may indicate their preferences in relation to security and trust but also need to be considered from a cross-border and inter-operability perspective".[85]

[84] Directive 2004/18/EC, art. 42(5)(b) and Annex X. For utilities sector see Directive 2004/17/EC, art. 48(5)(b) and Annex XXIV. The device for the electronic receipt of tenders and requests to participate must guarantee that the electronic signatures used are in conformity with the national provisions adopted pursuant to Directive 1999/93/EC.

[85] Commission (EC) 'Evaluation of the 2004 Action Plan for Electronic Public Procurement Accompanying document to the Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU' cit., 35.

Copyleft – Ius Publicum

The Commission's evaluation of the e-Procurement Action Plan reveals concerns that the preference for qualified electronic signatures may constitute an unnecessary entry barrier to e-Procurement – particularly for partner country suppliers in the absence to date of operational tools for the recognition of different electronic signatures.[86] Given this assessment, it may be useful to revisit the assumption in favour of qualified electronic signatures provided for in EU procurement legislation. The Digital Agenda for Europe foresees a review of e-signatures legislation and a stepping up of work in the area of e-identification.[87]

The proposal for a Directive on public procurement provides some simplification concerning administrative burdens deriving from tenderers requirements (the need to produce attestations, certificates or other documents evidencing tenderer's suitability).[88] The production of documentary evidence will be facilitated by a standardised document, the "European Procurement Passport" which is a means of proof for the absence of grounds for exclusion. The passport shall be provided exclusively in electronic form.[89] The passport shall seek the relevant information directly from the competent authorities, except where

[86] Commission (EC) 'Action plan for the implementation of the legal framework for electronic public procurement' 13 December 2004.

[87] Commission (EU) 'A Digital Agenda for Europe', cit.

[88] G. M. RACCA 'The role of IT solutions in the award and execution of public procurement below threshold and list B services: overcoming e-barriers' in D. DRAGOS – R. CARANTA (eds. By) *Outside the EU Procurement Directives - inside the Treaty?*, cit., 382-383.

[89] Commission (EU) 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement' cit., Article 59, § 2. For the content of the European Procurement Passport see Annex XIII. The same provision is also reported in the recent compromised version of the proposed directive.

Copyleft – Ius Publicum

prohibited by national rules on the protection of personal data[90] and shall be recognised by all contracting authorities.

5. THE ELECTRONIC EVALUATION OF THE TENDERERS REQUIREMENTS

One of the main obstacles in participating in public procurement consists in administrative burdens deriving from the need to produce a substantial number of attestations, certificates or other documents evidencing the tenderer's suitability. Some Member States have already endorsed pre-qualification services to avoid repeating the evaluation of the participation requirements. For instance, in the U.K. certain public-private partnerships have created specific websites with regard to the management of pre-qualification requirements.[91] Italy has just approved the creation of a database to be operated by the Authority for public contracts that will update such data in order to facilitate the procurement process.[92]

The prior evaluation of most of the qualification requirements of the suppliers could eliminate the burden, costs and delays imposed on procuring entities for all types of public procurement. National official lists of approved economic operators can be very

[90] Commission (EU) 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement' cit., Article 59, § 3. See also the compromise amendments of 11 December 2012 provided by European Parliament, art. 59.

[91] See LUKE R.A. BUTLER 'Below Threshold and Annex II B Service Contracts in England, Wales and Northern Ireland: A Common Law Approach' in this volume.

[92] Law decree February 9, 2012, Article 20, providing Article 6 *bis* in the Italian Public Contract Code.

Copyleft – Ius Publicum

useful and a network should be created between Member States, and the EU Commission in order to increase cross-border participation. Moreover, such instruments could also favour the implementation of the mandatory exclusions of contractors convicted for corruption, providing lists of offences falling within the definition of the Directive.[93]

At the EU level, the recent introduction of the e-CERTIS project, a free on-line information tool indicates the increased focus on this issue, providing details of the various certificates and attestations frequently requested in procurement procedures across the 27 Member States.[94]

It aims to help interested parties to understand what information is being requested or provided and to identify mutually acceptable equivalents. Initiatives of this kind also reveal how complicated and variable tenderer requirements can be within Europe.

It is clear that self declaration and a drastic simplification and standardization of such documents would be more desirable to facilitate participation. The voluntary up-dating and verification by national authorities has been insufficient to ensure that e-Certis delivers its full potential for simplification and facilitation of documentary exchanges for the benefit of both the contracting authorities and the suppliers. Constant updating should therefore be made mandatory so that recourse to e-Certis may become mandatory at a later stage.[95]

[93] S. WILLIAMS, 'The mandatory exclusion for corruption in the new EC Procurement directives' (2007), in <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/fulltextarticles/sope_exclusions_in_proc.pdf>, 38.

[94] Report on the "Uptake of pre-awarding phases in eProcurement" Workshop – Vienna, February 22, 2010, <http://www.epractice.eu/files/eProc%20Ws%20Vienna%202010-%20Report_2010.pdf>, 6

[95] Commission (EC) 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement' cit., Article 58.

Copyleft – Ius Publicum

The draft of the new Directive[96] provides for a European Procurement passport, that is a standardized document, which is a means of proof of absence of the grounds for exclusion. According to the proposed provision, "[n]ational authorities shall issue, upon request of an economic operator established in the relevant Member State and fulfilling the necessary conditions, a European Procurement Passport in the format of the standard form adopted by the Commission".[97] The European Procurement Passport must be recognised by all contracting authorities as proof for the fulfilment of the conditions for participation covered by it and may not be questioned without justification. The simplification potential of such a document is evident and can be reached only through fully interoperable electronic solutions.

Devices for the electronic transmission and receipt of tenders and for electronic receipt of requests to participate will have to assure information on specifications for the electronic submission of tenders and requests to participate. This must include the

[96] Commission (EC) 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement' COM(2011) 896 final, December 20, 2011, annex XIII, *Content of European procurement passport*, "The European Procurement Passport contains the following particulars: (a) Identification of the economic operator; (b) Certification that the economic operator has not been the subject of a conviction by final judgment for one of the reasons listed in Article 53 (1); (c) Certification that the economic operator is not the subject of insolvency or winding-up proceedings as referred to in Article 53 (3) (b); (d) Where applicable, certification of enrolment in a professional or trade register prescribed in the Member State of establishment, as referred to in Article 54 (2); (e) Where applicable, certification that the economic operator possesses a particular authorisation or is member of a particular organisation within the meaning of Article 54 (2); (f) Indication of the period of validity of the Passport, which shall be not less than 6 months".

[97] Commission (EC) 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement' cit., Article 59, *European Procurement Passport.*

Copyleft – Ius Publicum

availability of encryption and time-stamping to interested parties as well as devices and methods for authentication and electronic signatures.[98]

The new draft Directive provides that the use of electronic means of communication may be rendered obligatory for the submission of tenders for some or all award procedures when the technological development is sufficiently advanced in the Member States.[99] This recognises that actually this state of development is not yet the case throughout the EU.

6. E-PROCUREMENT SOLUTIONS FOR THE AUTOMATIC EVALUATION OF BIDS AND TENDERS: THE LOWEST ELECTRONIC PRICE AND THE MOST ECONOMICALLY ADVANTAGEOUS ELECTRONIC TENDER

Contracting authorities can choose[100] between the criteria of the lowest price and the most economically advantageous tender according to the characteristics of the subject

[98] Commission (EC) 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement' cit., Article 19, § 5.

[99] Commission (EC) 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement' cit., Article 19.

[100] Commission (EU) 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement' COM(2011) 896 final, December 20, 2011, whereas No. 37. "Contracts should be awarded on the basis of objective criteria that ensure compliance with the principles of transparency, non-discrimination and equal treatment. These criteria should guarantee that tenders are assessed in conditions of effective competition, also where contracting authorities require high-quality works, supplies and services that are optimally suited to their needs, for instance where the chosen award criteria include factors linked to the production process. As a result, contracting authorities

Copyleft – Ius Publicum

matter of the contract.[101] The evaluation of bids and tenders could take place through electronic means as well. Such step in the use of electronic tools seems to be one of the most challenging, especially in the case of the criteria of the most economically advantageous tender.

When the lowest price is the award criterion, contracting authorities will not refer to any other qualitative element in the award of the contract. The lowest price is the sole quantitative benchmark that can differentiate the offers submitted by the tenderers.[102]

The criterion of the lowest price is appropriate when the subject matter of the contract is ordinary in relation to the widespread presence of economic operators on the market able to provide the requested product/service/work. The standardization of the product/service makes it easier to define the requirements of the subject matter of the contract. Nonetheless, through an intense and detailed preliminary work it is possible to define the exact quality standard required and consider the possible different options submitted by the tenders irrelevant; in such cases, the precise previous definition of the quality required enables to receive and evaluate on a price basis only offers that assure all such level of quality. Such previous work can open a wider room for the adoption of the criterion of the lower price without sacrificing quality and facilitates the use of electronic evaluation. Obviously, if there are no preferences concerning the different quality variants

should be allowed to adopt as award criteria either 'the most economically advantageous tender' or 'the lowest cost', taking into account that in the latter case they are free to set adequate quality standards by using technical specifications or contract performance conditions". About the equivalence of two award criteria see.: Authority for the Supervision of Public Contracts for works, services and supplies, Determinazione, 24 November 2011, n. 7, in *http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4846*.

[101] Case C-247/02, Sintesi S.p.A. v Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici [2004], cit..

[102] Directive 2004/18/EC, art. 53(1)(b)

Copyleft – Ius Publicum

of the same good, service or work, the economic operators in the relevant market will offer the most cost-effective solution of the contract request. However, contracting authorities can reject a tender if the price is considered abnormally low.

The contracting authority should analyze and define its needs and therefore specify the subject-matter of the contract performance. Significant professional skills are required to properly pinpoint such needs and the quality level required. Otherwise, an improper definition of the needs and of the quality standards required will lead to an unsatisfactory award.

When the contracting authority fails to define the object of the contract performance precisely, the only criterion for the award of the contract is the most economically advantageous tender. Specific concerns arise in the electronic evaluation of such set of criteria, in the attribution of scores and in the sum of them. In such cases, different elements linked to the subject-matter of the contract must be evaluated, e.g. quality, price, technical merit, aesthetic and functional characteristics, environmental characteristics, running costs, cost-effectiveness, after-sales service and technical assistance, delivery date and delivery period or period of completion.[103] As well-known, the above-listed criteria are not exhaustive. The technical specifications of the services and goods or works required (quality of the bid)[104] must obviously be distinguished from the

[103] Directive 2004/18/EC, art. 53(1) and Directive 2004/17/EC, art. 55(1). Concerning the scoring rules provided from the contracting authority see: F. DINI, R. PACINI, T. VALLETTI 'Scoring rules', in N. Dimitri – G. Piga – G. Spagnolo (eds.) *Handbook of procurement* (Cambridge University Press, Cambridge, 2006), 294 et seq.

[104] Case C-532/06, Emm G. Lianakis AE v. Alexandroupolis, (2008) E.C.R. I-251; On this ECJ case law see: 'Application and Implications of the ECJ's Decision in Lianakis on the Separation of Selection and Award Criteria in EC Procurement Law' (2009) in P.P.L.R.. (special issue) 103. For a general EU perspective, see S. TREUMER 'The Distinction Between Selection and Award Criteria in EC Public Procurement Law: A Rule Without Exception?' (2009) in *P.P.L.R.*, 103.

Copyleft – Ius Publicum

criteria for the qualitative selection of participants (quality of bidder) evaluated electronically in the future through databases.

The contracting authority must specify the relative weighting which it gives to each of the criteria chosen to determine the most economically advantageous tender in the contract notice or in the contract documents. This weighting may be expressed as a range with a minimum and maximum weighting, where the authority considers this appropriate.[105] Those weightings can be expressed by providing a range with an appropriate maximum spread. Whenever the weighting is not possible for demonstrable reasons, the contracting authority must indicate the criteria in descending order of importance in the contract documents. The implementation of such criteria in an electronic system of evaluation require to define only objectively measurable qualitative element that can receive an automatic score in case of relevant changes or amelioration proposed.

The electronic evaluation of the tender, whichever the award criteria, is provided through the instrument defined as eAuctions to be applied in open or restricted procedures or in different kinds of framework agreements[106] and Dynamic purchasing-systems, as already provided by the 2004 Directive on public procurement.

[105] Directive 2004/18/EC, art. 53(2) and Directive 2004/17/EC, art. 55(2). For example, an authority could perhaps assign in the documents a weighting of 80% to price and 20% to quality; or state in the documents that the weighting will be 80-85% for price and 15-20% for quality, and later decide on the more precise weighting.

[106] L. FOLLIOT-LALLIOT 'The French Approach to Regulating Frameworks under the New EC Directives' in S. Arrowsmith (eds.) *Reform of the UNCITRAL model law on procurement*, (Thomas Reuters/West, Danvers, 2009), 198 et seq. on French rules on framework agreements.

Copyleft – Ius Publicum

6.1 Electronic auctions as a tool for electronic evaluation of tenders

The significant step in the use of electronic tools is the electronic evaluation of the tenders that implies an automatic processing of the offers according to the evaluation criterion.[107]

The electronic auction (electronic reverse auction or eAuction)[108] is not an autonomous awarding procedure, in addition to the open, restricted and negotiated procedure, but it is a procurement tool that emerged as a result of progress in electronic technology.[109] In this perspective, e-Auctions merely allow to carry out the award process

[107] A. EYO 'Electronic auctions in EU procurement: reflections on the auction rules from the United Kingdom' (2012) *P.P.L.R.*, 1-17.

[108] Directive 2004/18/EC, art. 54(1) and Directive 2004/17/EC, art. 56(1), where it is stated that Member States may regulate and limit the resort to e-auctions. See also Directive 2004/18/EC, art. 54(3) and Directive 2004/17/EC, art. 56(3), where is stated that contracting authorities which decide to hold an electronic auction shall provide information about the electronic equipment used and the arrangements and technical specifications for connection. See also: Commission (EC) 'Evaluation of the 2004 Action Plan for Electronic Public Procurement Accompanying document to the Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU' cit., 32, where is stated that "in 2004, seven countries reported some experience with e-Auctions, while 23 countries expressed the intention to introduce e-Auctions. In 2010, 26 countries support its use. Among the six countries that have not transposed the e-Auctions provisions, only two countries do not intend to do so (DE and LI)". For US experience on eAuctions: C. YUKINS 'Use and Regulation of Electronic Reverse Auctions in the United States' in S. Arrowsmith (eds.) *Reform of the UNCITRAL model law on procurement*, (Thomas Reuters/West, Danvers, 2009), 471 et seq.

[109] eAuction constitute a particular step of the awarding stage of the procurement procedure and as such they shall always be preceded by the full evaluation of the tenders received, which will result in a score (notation) that enables the contracting authority to rank the tenders using automatic evaluation methods.

Copyleft – Ius Publicum

electronically in one of the ordinary procedures. Electronic auctions[110] may be used as part of open, restricted or negotiated procedures,[111] and also in case of framework agreements or dynamic purchasing systems.

Electronic auctions[112] imply automatic evaluations, which are possible whenever services and works contracts have not intellectual performances - such as the design of

[110] Directive 2004/18/EC, art. 54(3) and Directive 2004/17/EC, art. 56(3). Contracting authorities have to announce their intention to hold e-auctions in the contract notice. Once the e-auction has been announced it becomes mandatory to hold it, unless only one valid tender is received.

[111] Directive 2004/18/EC, art. 54(2) and Directive 2004/17/EC, art. 56(2). In open, restricted or negotiated procedures in the case referred to in Article 30(1)(a), the contracting authorities may decide that the award of a public contract shall be preceded by an electronic auction when the contract specifications can be established with precision.

[112] In open, restricted, negotiated procedures with prior publication of a contract notice justified by the presence of irregular or unacceptable tenders in the case of Article 30(1)(a), on the reopening of competition among the parties of a framework agreement and on the opening of competition under a DPS if it is possible to establish the contract specifications with precision (Art. 54(2) of Directive 2004/18/EC); in open, restricted or negotiated procedures with a prior call for competition and on the opening for competition of contracts to be awarded under a DPS (Article 56(2) of Directive 2004/17/EC).

Copyleft – Ius Publicum

works[113]- as their subject-matter., Some Member States (like France) have already identified further limits on the use of e-Auctions.[114]

Through e-Auctions economic operators compete to win contract opportunities, submitting a bid and subsequently proposing a rebate, or revise their tender on an electronic platform.[115] Anyway, the subsequent rebate phase is considered optional.

The e-Auction can be based either solely on prices (whether award criteria is the lowest price) or on prices and/or new values for other features that are indicated in the specification (in case of most advantageous tender).[116] As usual, the award criteria is

[113] Directive 2004/18/EC, art. 1(7) second indent and Directive 2004/17/EC, art. 1(6). See also whereas No. 14 "provision should be made for such electronic auctions to deal only with contracts for works, supplies or services for which the specifications can be determined with precision. Such may in particular be the case for recurring supplies, works and service contracts..

[114] F. LICHÈRE 'The Regulation of Electronic Reverse Auctions in France' in S. ARROWSMITH (edited by) *Reform of the UNCITRAL model law on procurement*, cit., 459-463. Where is stated that the decree of September 18, 2001 "limited the use of electronic auctions to goods available on the general market". The author take into account the perspective of the code des marchés publics.

[115] Directive 2004/18/EC, art. 1(7) and Directive 2004/17/EC, art. 1(6). A. EYO 'Electronic auctions in EU procurement: reflections on the auction rules from the United Kingdom' (2012) *P.P.L.R.*, 1-17, in 2008 only 38 contract notices published on OJEC used such tool. In other member States the use of eAuctions seems even much lower: Denmark (1); France (1); Hungary (1); Netherlands (3); Poland (8) and Romania (10).

[116] S. ARROWSMITH – P. BORDALO FAUSTINO – B. HEUNINCKX – S. TREUMER – J. FEJO 'EU public procurement law: an introduction' cit., 255. "A procuring entity using both price and quality criteria in an auction for motor vehicles will need to establish before the auction the financial value to entity of the different quality aspects of the vehicles offered by different tenderers. The prices offered by tenderers will be subject to revision during the auction, and as the prices are changed the auction

Copyleft – Ius Publicum

published in the contract notice or tender documents. An equal and transparent treatment towards tenderers is required.[117] Moreover, "in order to guarantee compliance with the principle of transparency, only the elements suitable for automatic evaluation by electronic means, without any intervention and/or appreciation by the contracting authority, may be the object of electronic auctions, that is, only the elements which are quantifiable so that they can be expressed in figures or percentages. On the other hand, those aspects of the tenders which imply an appreciation of non-quantifiable elements should not be the object of electronic auctions".[118]

A full evaluation of the tenders based on the award criteria and their relative weighting published in the contract notice must precede the auction.[119] At the end of the

software must automatically re-rank the tenders taking into account both the current prices tendered and quality features as evaluated prior to the auction"

[117] S. ARROWSMITH 'Electronic Reverse Auctions under the EC Public Procurement Rules' (2002) in *P.P.L.R.*, 299.

[118] Directive 2004/18/EC, whereas No. 14. See also Directive 2004/18/EC, art. 54(2) and Directive 2004/17/EC, art. 56(2).

[119] Directive 2004/18/EC, art. 54(5) and Directive 2004/17/EC, art. 56(5). When the contract is to be awarded on the basis of the most economically advantageous tender the invitation shall indicate the result of the full initial evaluation by communicating the notation (i.e. the number of points allocated to the individual tenderer). See also: Commission (EC) 'Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new public procurement Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC' 8 July 2005, SEC(2005) 959, 19, where is stated that there is no obligation to communicate at this stage the precise ranking (i.e. the relative position of the individual tenderer compared to the other participants) so long as this is done when the auction starts.

Copyleft – Ius Publicum

full initial evaluation, all tenders who have been submitted as admissible tenders shall be invited[120] simultaneously to submit new prices and/or values[121], whenever provided.

The award criteria must permit to establish the respective ranking of the tenderers at any stage of the electronic auction.[122] The rules provide only auctions in which suppliers can ascertain their ranking during the auction, and thus can establish at any time whether they have submitted the best tender. This is an important feature of e-Auctions under the EU provisions which should motivate suppliers at a later stage to improve their tenders to the level necessary to win the contract, enhancing value for money for the procuring entity. New prices, revised downwards, or the improvement of elements of the tenders other than prices can be submitted electronically.[123]

The procuring entity may also communicate other information concerning other prices or values submitted, provided that that is stated in the specifications. They may also - at any time - announce the number of participants in that phase of the auction. In no case,

[120] Invitations shall be sent individually by electronic means to each admissible tenderer.

[121] Directive 2004/18/EC, art. 54(4) and Directive 2004/17/EC, art. 56(4). A full evaluation of the tenders based on the award criteria published in the notice or in the specification and their relative weighting must precede the auction. At the end of the full initial evaluation, all tenderers who have submitted admissible tenders shall be invited simultaneously to submit new prices and/or values

[122] Directive 2004/18/EC, whereas No. 14.

[123] S. ARROWSMITH – P. BORDALO FAUSTINO – B. HEUNINCKX – S. TREUMER – J. FEJO 'EU public procurement law: an introduction' in *http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf*, 255.

Copyleft – Ius Publicum

however, may they disclose the identities of the tenderers during any phase of an electronic auction.[124]

In case of the lowest price, e-Auctions enable contracting authorities to ask tenderers to submit new prices, revised downwards.[125] The 2004 Directives defines the conditions of integrity and security of the data that contracting authorities have to fulfil by the chosen means of communication during the communication, exchange and storage of information.[126]

In the awarding phase, contracting authorities shall take appropriate steps to give evidence of the progress of award procedures conducted by electronic means.[127] This

[124] Throughout each phase of an electronic auction the contracting authorities shall instantaneously communicate to all tenderers at least sufficient information to enable them to ascertain their relative rankings at any moment. Directive 2004/18/EC, art. 54(6) and Directive 2004/17/EC, art. 56(6). Cfr. S. ARROWSMITH – A. EYO 'Electronic Auctions in the EC Procurement Directives and a perspective from UK Law and Practice' in S. ARROWSMITH (edited by) *Reform of the UNCITRAL model law on procurement* (Thomas Reuters/West, Danvers, 2009), 422. This seems to indicate that tenderers need to know where they are ranked overall in the competition, and arguably how many tenderers are participating, and not merely whether or not the tenderer is the highest-ranked. In the empirical study referred to earlier two electronic service providers interviewed expressed concern that providing such detailed information creates greater scope for collusion and considered that a rule allowing for disclosure only of whether the tender is the first ranked bidder would be preferable".

[125] Directive 2004/18/EC, whereas No. 14.

[126] Directive 2004/18/EC, art. 42(3) and Directive 2004/17/EC, art. 48(3). These are not typically conditions specific to electronic means, because they also apply traditionally to paper -based communication. The Secure channels (https, SSL) and/or encryption may be used to preserve the data integrity and the confidentiality of tenders and requests to participate, although encryption may require higher levels of ICT literacy from economic operators.

[127] Directive 2004/18/EC, art. 43, second indent and Directive 2004/17/EC, art. 50(1) last indent.

Copyleft – Ius Publicum

requirement of traceability refers to each stage of the procurement process conducted electronically. "There should be equipment and functionalities in place to maintain the original version of all documents and a true and faithful record of all exchanges with economic operators in order to provide any of the evidence which might be needed in case of litigation".[128]

The evaluation of tenders in e-Auctions requires the use of a mathematical formula in order to sum the scores and define the ranking. This one, stated in the invitation of tenderer, will be used "to determine automatic re-rankings on the basis of the new prices and/or new values submitted".[129] Such formula shall incorporate the weighting of all the criteria fixed to determine the most economically advantageous tender, as indicated in the contract notice or in the specifications. The ranges shall however be reduced beforehand to a specified value. Where variants are authorised, a separate formula shall be provided for each variant.[130]

[128] Commission (EC) 'Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new public procurement Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC' 8 July 2005, SEC(2005) 959, 10.Where it is also stated that "Traceability should make it possible to verify what message/data has been transmitted or made available, by whom, to whom, and when, including the duration of the communication. It should also be possible to reconstitute the sequence of events including any automatic data processing or automated calculations". See also: Directive 2004/18/EC, whereas No. 30.

[129] Directive 2004/18/EC, art. 54(5) and Directive 2004/17/EC, art. 56(5). The purpose of the formula is to calculate a single score for each tender submission and will determine the automatic re-ranking of participants on the basis of the new prices and/or new values submitted. In the initial contract specification, some features may be stated as ranges. These will have to be reduced to a single value for use within the formula.

[130] Directive 2004/18/EC, art. 54(5) and Directive 2004/17/EC, art. 56(5).

Copyleft – Ius Publicum

The use of electronic means permits to evaluate only measurable quality and requires a significant effort to define *ex ante* the parameters that are really significant and whose improvement assures a concrete value added to the contracting entity. Such instrument could assure a greater degree of objectivity of the evaluation, as it reduces the discretionary power of the contracting authority renouncing to the evaluation of non-measurable quality elements. The objectively measurable technical and qualitative criteria , (e.g. the delivery can be measured in days, the distance between the supplier's warehouse and the place of delivery and measured in kilometers, saving energy in Kw/h, etc.) will be the only ones to evaluate, while other non-objectively measurable criteria (technical merit, aesthetic characteristics) could not be taken into account. [131]

The discretionary power of technical assessment of the jury, whenever provided, or directly of the contracting authorities in the evaluation of qualitative elements of the tenders, must ensure to be reasonable, consistent and not illogical in order to avoid discriminations.

The electronic evaluation could provide more transparency and predictability of the evaluation but it can also be used in a distorted and discriminatory way.

Some Member States[132] provide for the use of a mathematical formula in the traditional award of public procurement as well, to sum up quality evaluation.[133] The

[131] In addition to these quality characteristics a "non-negotiable" quality has been pointed out. This quality is observable but difficult to evaluate and define *ex ante* and therefore defined as "non-negotiable": G. L. ALBANO, G. CALZOLARI, F. DINI, E. IOSSA, G. SPAGNOLO 'Procurement contracting strategies', in N. Dimitri – G. Piga – G. Spagnolo (eds.) *Handbook of procurement*, cit., 101 et seq.

[132] The Italian Public Procurement Code: d.lgs. No 163 of 2006, art. 83 § 5, where in the specification of the rules concerning the most economically advantageous tender the use of methodology that allows to identify, with a single numeric parameter end the most advantageous offer is provided for. See also: the Government regulation enforcing the IPPC (d.P.R. 5 October 2010, n. 207), Annex P.

Copyleft – Ius Publicum

contracting authority shall determine a mathematical formula to represent the different criteria and their relative weightings used to determine the most economically advantageous tender.[134] The independent mathematical formulae take into account elements of each single offer evaluated, while the interdependent formulae in addition to the evaluated tender are taken in account together with the elements of other tenders. The use of interdependent mathematical formulae could lead to distortion of competition between economic operators since a collusion between economic operators can drive the result of the evaluation.[135]

The mathematical formulae solely translate the scores given by the evaluation committee (jury) into a ranking. The problem is often not the formula itself but the subjectivity of the scores, which can cover the will to orient the award. In such case, the assessment of the jury continues to have a discretionary content and the mathematical formulae are used only to give a semblance of objectivity to a subjective evaluation.

[133] F. DINI, R. PACINI, T. VALLETTI 'Scoring rules', in N. Dimitri – G. Piga – G. Spagnolo (eds.) *Handbook of procurement*, cit., 304 et seq.

[134] P. S. STILGER 'Formulas for Choosing the Most Economically Advantageous Tender - a Comparative Study' (2011) in http://igitur-archive.library.uu.nl/student-theses/2012-0327-200536/StilgerPSMA2011Part%20I.pdf.

[135] Cons. Stato, sect. VI, 2 March 2004, No. 926, concerning an awarding procedure carried out by Consip S.p.A. for substitute services to canteen meal vouchers. About this case see also the investigation activity provided by the Italian Competition Authority in *http://www.agcm.it/component/domino/open/41256297003874BD/934143B3AF9C783AC125705F002CBAF3.html*. See also: Authority for the Supervision of Public Contracts for works, services and supplies, Determinazione, 24 November 2011, n. 7, in *http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4846*; F. DINI, R. PACINI, T. VALLETTI 'Scoring rules', in N. Dimitri – G. Piga – G. Spagnolo (eds.) *Handbook of procurement*, cit., 309-310.

Copyleft – Ius Publicum

7. IMPLEMENTATION OF ELECTRONIC AWARDs IN SOME EU MEMBER STATES

As already pointed out the most significant change in public procurement procedures occurs when the entire process in on line, and the submission and evaluation of tenders is entirely done through electronic tools.[136] Whilst the provision of such instruments has been implemented in the Member States, routine recourse to such methods is still generally very poor.[137]

Many Countries, such as Austria, Cyprus, the Czech Republic, Finland, Luxembourg, Latvia, Romania, Slovenia, the Slovak Republic and Sweden have similar rules for electronic procurement for above and below threshold.[138] Bulgaria provides for the use of e-auctions and dynamic purchasing systems in its Public Procurement Law under

[136] C.H. BOVIS *EU Public Procurement Law* (Elgar European Law, Cheltenham, 2007), 99; S. ARROWSMITH 'Electronic Auctions under the EC Procurement Rules: Current Possibilities and Future Prospects' (2002) *PPLR* 299 et seq.; O. SOUDRY 'Promoting Economy: Electronic Reverse Auctions under the EC Directives on Public Procurement' (2004) *JPP*, 340. With specific reference to the electronic markets, P. TREPTE 'Electronic Procurement Marketplaces: The Competition Law Implications' (2001) *PPLR*, 260 et seq.

[137] A. EYO 'Electronic auctions in EU procurement: reflections on the auction rules from the United Kingdom' (2012) *PPLR*, 1-17, in 2008 only 38 contract notices published on OJEC used such tool . In other member States the use of eAuctions seems even much lower: Denmark (1); France (1); Hungary (1); Netherlands (3); Poland (8) and Romania (10).

[138] OECD (Sigma papers) 'Public Procurement in EU Member States: The Regulation of Contract Below the EU Thresholds and in Areas not Covered by the Detailed Rules of the EU Directives' (2010), 18.

Copyleft – Ius Publicum

certain rules and conditions.[139] In addition, it is provided that contracting authorities and entities may perform e-auctions in design contests where the technical specifications are clearly defined.[140] In Estonia, all notices are made available on the central electronic register, and plans are underway for e-auctions and dynamic purchasing systems. The Lithuanian law on public procurement obliges contracting authorities to conduct at least 50% of public procurement electronically. Poland provides an option for a special electronic auction procedure but it only applies below the EU thresholds. The procedure is launched by the contracting authority through the placement of a notice on its website and on the website of the Public Procurement Bulletin. Economic operators can then use an online form to submit successive, more advantageous tenders.[141]

Italy adopted an e-procurement regulation in 2002 allowing the public sector to perform below-threshold acquisitions of good and services through the e-procurement platform electronic marketplace (MEPA),[142] established by the Italian Central Purchasing

[139] OECD (Sigma papers) 'Public Procurement in EU Member States: The Regulation of Contract Below the EU Thresholds and in Areas not Covered by the Detailed Rules of the EU Directives' (2010), 18.

[140] In the Small Value Ordinance (OASPC).

[141] OECD (Sigma papers) 'Public Procurement in EU Member States: The Regulation of Contract Below the EU Thresholds and in Areas not Covered by the Detailed Rules of the EU Directives' (2010), 18.

[142] P.R.d. April 4, 2002, No 101, Regulation laying down the criteria and procedures for e-procurement procedures for goods and services, Article 11. L. BERTINI, A. VIDONI 'Il Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione - MEPA. Scenario, funzionalità e linee di tendenza' (2007) in Quaderni Consip <http://www.consip.it/on-line/Home/Pressroom/QuaderniConsip/QuaderniConsip2007.html>.

Copyleft – Ius Publicum

Body (CONSIP).[143] The marketplace is open to qualified suppliers based on non-restrictive selection criteria. Following qualification, suppliers' catalogues are uploaded on the MEPA and displayed on a dedicated website, which renders them available to the entire community.[144] Contracting authorities can browse catalogues, compare products and prices, and request quotations or purchase directly from the e-catalogue. The MEPA allows for both direct purchase orders, or requests for quotations. In the first case the goods offered in the e-catalog are irrevocable for the supplier and can be purchased online through the issuance of the purchase order. In the second case requests can be sent to suppliers selected from those qualified for products with particular characteristics or conditions of supply which differ from the standard.[145] The entire transaction process is digital and digital signatures are required.[146] The value of such contracts in 2011 was € 243 million (0.18 % of Italian contracts for goods and services); over 70.000 contracts involving more than 3000

[143] G.M. RACCA 'Public contracts. Annual Report - Italy' (2010) in *Ius Publicum Network Review* <http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/06_12_2010_10_17_Raccaeng.pdf>; G.L. ALBANO, F. DINI, R. ZAMPINO and M. FANA 'The determinants of Suppliers' Performance in E-Procurement: Evidence from the Italian Government's E-Procurement Platform' (2008) <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1151505>, 5 et seq.; G.M. RACCA 'Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement' cit.

[144] P.R.d. October 5, 2010, No 207, Article 328 and 335. M.S. MAROTTA 'Le best practice Consip nel contesto del Codice dell'Amministrazione Digitale' (2011) in *Quaderni Consip* <http://www.consip.it/on-line/Home/Pressroom/QuaderniConsip/QuaderniConsip2011.html>, 76 et seq.

[145] http://www.acquistinretepa.it/.

[146] OECD (Sigma papers) 'Public Procurement in EU Member States: The Regulation of Contract Below the EU Thresholds and in Areas not Covered by the Detailed Rules of the EU Directives' (2010), 19.

Copyleft – Ius Publicum

suppliers (98% are SMEs) and more than 10.000 procuring entities were awarded through MEPA.[147]

In Germany, the platform *evergabe-online.de* permits full management of the procurement process electronically, also requiring a digital signing of the contract.[148]

In Spain, *Contratacion* provides the platform for publicizing notices of award procedures carried out in either electronic or in traditional format.

Achatpublic.com is one of the French platforms that offers a full range of online coverage of the selection process (award procedure documents, legal publicity, documents relating to complaints, exchange of administrative and financial documents and e-archives). France has also carried out an experiment for the dematerialization of the award procedures which ended in December 2009. The *Direction des affaires juridiques* (DAJ) in the *Ministère de l'Economie* published at the end of May 2010 the first version of a practical guide for the electronification of award procedures.

A significant problem is the persisting differences between Member States' national e-procurement systems and solutions that may "create barriers for economic

[147] D. CASALINO 'Obiettivi e prospettive per la razionalizzazione degli acquisti della PA' [2012] < http://www.sspa.it/wp-content/uploads/2012/01/Intervento-CASALINO.pdf > accessed 2 February 2012. For the official data of 2010 Consip S.p.A. 'Bilancio Consip relativo all'esercizio 2010' http://www.consip.it/on-line/Home/Pressroom/Pubblicazioniistituzionali.html. N. HATZIS 'The legality of SME development policies under EC procurement law' in S. ARROWSMITH and P. KUNZLIK (eds.) *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law* (Cambridge University Press, Cambridge, 2009), 345 et seq.

[148] Siemens 'Study on the evaluation of the Action Plan for the implementation of the legal framework for electronic procurement (Phase II). Country Profiles' [2010] < http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/ 2010/e-procurement/siemens_country_profiles_en.pdf >, accessed February 2012, 133 et seq.

Copyleft – Ius Publicum

operators to participate in electronic procedures, especially from across the borders". This necessitates the adoption of common standards and requirements for formats as well as processes and messaging in procurement procedures conducted using electronic means of communication.[149]

Limited cross border participation (1.6% according to EU data)[150] could be overcome through specific administrative assistance to economic operators intending to participate in an award procedure in another Member State. Such assistance should cover linguistic aspects, compliance with administrative requirements in the Member States of reference, as well as possible obligations related to e-procurement. Language can be a significant barrier. E-advertising and e-procurement intelligent systems providing translations in another language could strongly encourage participation in below threshold award procedures.

E-Procurement could also promote cross-border procurement, not just through greater publicity of contracts, but also by enabling a certain degree of language independence (through the use of e-Catalogues for example) and standardising certain practices. Equally, e-procurement presents an opportunity to introduce greater scrutiny

[149] Commission (EC) 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement' cit., Whereas no. 54.

[150] Commission (EC) 'Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy. Towards a more efficient European Procurement Market' COM(2011) 15 final January 27, 2011. "Only 1.6% of public contracts are awarded to operators from other Member States. Indirect cross-border participation – via corporate affiliates or partners situated in the Member State of the contracting authority – is more frequent. Nevertheless, even the rate of indirect cross-border awards remains relatively low (11%)".

Copyleft – Ius Publicum

within procurement systems, providing ways to apply more objectivity in selecting suppliers and support better governance.[151]

This set of tools should improve the use for example of Dynamic Purchasing Systems (DPS)[152] that were virtually unused because of flawed and unnecessarily onerous procedural rules, such as the obligation to advertise every specific contract under the DPS in the OJEU, regardless of its value (which would include below thresholds contracts of very low value e.g. € 1000). It seems inappropriate and unhelpful for such low value contracts to be required by law to be advertised in the OJEU even with a simplified notice.

The proposal for a revised Directive streamlines and improves Dynamic Purchasing Systems and electronic catalogues, full electronic procurement tools that are specifically adapted to highly aggregated procurement done by Central Purchasing Bodies.[153] The role of Central Purchasing bodies, as with any form of joint procurement, becomes strategic for the implementation of new IT solutions and the establishment of new award procedures.

It is no coincidence that the new Directive provides that contracting authorities will have at their disposal a set of six specific procurement techniques and tools intended for aggregated and electronic procurement: framework agreements, dynamic purchasing systems, electronic auctions, electronic catalogues, central purchasing bodies and joint

[151] Commission (EC) 'Evaluation of the 2004 Action Plan for Electronic Public Procurement Accompanying document to the Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU' SEC(2010) 1214 final October 10, 2010, 7.

[152] C.H. BOVIS 'EU Public Procurement Law' cit., 99-101.

[153] Commission (EC) 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement' cit., Article 32, 34 and 35. A. SÁNCHEZ GRAELLS *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Oxford University Press, Oxford, 2011), 299 – 301.

Copyleft – Ius Publicum

procurement. Compared to the existing Directive, these tools have been improved and clarified with a view to facilitating e-procurement.

8. IT SOLUTIONS IN THE EXECUTION OF THE CONTRACT: E-ORDERING, E-INVOICING AND E-PAYMENT

The real, often hidden, limit to cross border participation concerns the different rules regarding the performance phase, invoicing and payment, that could be addressed through e-documents.

The Commission is aware of this and has recently strengthened the commitment to achieve a single digital market[154] ensuring the removal of the regulatory and technical barriers which prevent widespread adoption of e-invoicing.[155]

The need to enforce such instruments is becoming clear. For instance, the recent draft of the new Directive provides that:

"Member States shall in particular make sure that interested economic operators have easy access to appropriate information on the obligations relating to taxes, to environmental protection, to the employment protection provisions and to the working conditions which are in force in the Member State, region or locality in which the works are

[154] According to the Europe 2020 strategy, for a digital agenda for Europe.

[155] Commission (EC), 'Communication from the commission to the European parliament, the council, the European economic and social committee and the committee of the regions. Reaping the benefits of electronic invoicing for Europe' COM(2010) 712 final.

Copyleft – Ius Publicum

to be carried out or services are to be provided and which shall be applicable to the works carried out on site or to the services provided during the performance of the contract".[156]

8.1 Towards the standardisation of the entire procurement procedure: PEPPOL

A standardization of the entire procedure through e-documents is essential and the EU pilot project PEPPOL (*Pan-European Public eProcurement On-Line project of Borderless e-procurement*) is representative of the direction of recent developments. PEPPOL is a major cross-border project intended to provide large-scale, standards-based IT infrastructure and services to set up and run on-line pan-European public procurement operations. The aim of this project is to create a pan-European pilot solution to facilitate EU-wide interoperable public e-Procurement for SMEs and to improve the opening of the market for goods and services in light of the fact that the lack of common standards for electronic data exchange is considered an obstacle at present to cross-border participation. The goal of the project is to offer European companies the ability to provide goods or services to any public sector buyer, anywhere in Europe. The project has created software specifications, open source software sample implementations, establishing standards-based business processes and an open transport infrastructure for electronic documents. Such electronic solution could become the fundamental structure for e-Procurement in Europe and could assure annual savings of more than 50 billion euro.[157]

[156] Commission (EC) 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement' cit., Article 87, § 3.

[157] As an open standardised platform**,** PEPPOL's infrastructure has been designed to interconnect existing networks and bridge individual eBusiness islands in Europe. PEPPOL increases business opportunities for participants and supports interoperability across borders. It facilitates electronic

Copyleft – Ius Publicum

The obstacles to effective e-Procurement have been the lack of common business process standards and solutions that can make e-procurement complex and costly. Market fragmentation has resulted in technologically isolated experiences in Europe, hampering interoperability[158] and creating e-barriers. Differing legal requirements make tendering across borders difficult for suppliers, in particular SMEs, and lead to the reduced percentage of cross border procurement.

Since 2008, the PEPPOL project has been developing and implementing the validation of eSignatures issued by certifying authorities from any European country; a Virtual Company Dossier to provide standardised company information and mutually recognised evidences; eCatalogues to exchange information about goods and services in a standardised format and eOrdering and e-Invoicing[159] using a defined set of processes to share common business information.[160] The PEPPOL Transport Infrastructure (eDelivery)

communication among European companies and government institutions in the pre-award and post-award procurement process: http://www.peppol.eu/about_peppol.

[158] S. SHEPPARD 'The new European interoperability framework: opening competition in public procurement to both proprietary and open source software solutions and reinstating compliance with European Union procurement and competition law' (2012) *PPLR*, 47-67.

[159] Commission (EC), 'Communication from the commission to the European parliament, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions. Reaping the benefits of electronic invoicing for Europe' COM(2010) 712 final.

[160] PEPPOL opens up a new dimension in public eProcurement with extended market connectivity and EU-wide interoperability, facilitating seamless electronic communication across borders. PEPPOL defines 3 user groups as typical PEPPOL pilot participants. Together, they form an eProcurement community: A contracting authority means a state, regional or local authorities, bodies governed by public law, associations formed by one or several of such authorities or one or several of such bodies governed by public law; an economic operator: in the PEPPOL context means a company which supplies goods and/or services to contracting authorities in the EU; an ICT solution or service

Copyleft – Ius Publicum

interconnects eProcurement systems. Access to the PEPPOL infrastructure takes place through access points, which are currently provided by both government agencies and private companies. From spring 2011, PEPPOL started its production pilot phase with organisations using PEPPOL enabled solutions and components in real life transactions. It is expected that PEPPOL usage will continue to expand through a combination of public and private sector adoption. The Italian Central purchasing Body Consip has sought to implement such a system as a standard feature.[161] Nonetheless, it is worth noting that PEPPOL project does not focus on electronic evaluation of tenders, but mainly on dematerialization of documents, also concerning the execution of the contract that is not addressed by European Directives.

The European Commission has also developed and deployed e-PRIOR[162] pilot project to allow the exchange of structured e-Catalogues, e-Ordering and e-Invoicing documents between the Commission and its suppliers. Open e-PRIOR publicly provides this solution in a re-usable open-source format.

provider: providing software or services to support the PEPPOL technology. For more information see: http://www.peppol.eu/about_peppol/user_groups.

[161] Consip S.p.A. 'Cataloghi e ordini elettronici: due gare Consip aprono le porte agli standard PEPPOL' (2011) < http://www.consip.it/on-line/Home/articolo1774.html>.

[162] Open e-PRIOR is a cross-border e-procurement solution developed by the European Commission (DIGIT) for the European Union Member State Administrations. These MSAs can use Open e-PRIOR to exchange catalogues, orders, invoices and credit notes with their suppliers over the PEPPOL infrastructure.
For MSAs, Open e-PRIOR is an opportunity to reuse the open-source version of a solution that is already operational at the EC. It is also a great way to share practical experiences and lessons learned with the aim of accelerating uptake of e-procurement across Member States. http://forge.osor.eu/docman/?group_id=188

Copyleft – Ius Publicum

Such IT solutions are important to overcome effective e-barriers and requires that the EU does not shut its eyes as to what happens after the award of a public contract even though at present there is not presently a necessary degree of political consensus to ensure their effective adoption and implementation.[163]

An additional advantage of IT solutions is related to the required *ex post* publicity of the award. Whenever such obligation is fulfilled through electronic tools it would be possible to map the undertakings who are awarded such contracts in each country. Especially for below threshold procurements such publicity could also enable the gathering of significant data on the type and value of such contracts. Further, such instruments could also put in evidence the possible infringments connected with an artificial splitting of contracts.[164]

9. CONCLUSIONS

The use of IT tools appears to offer a strategic advantage in public procurement. In advertising an intention to award a contract electronic media can ensure a stronger implementation of transparency. Awards through IT procedures can break down barriers to participation and competition thereby increasing the otherwise extremely low percentage of actual cross border procurement.

[163] Commission (EC) 'Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation Part 1', cit.; Commission (EC) 'A strategy for e-procurement' April 20, 2012 COM(2012) 179 final. G. M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, G. ALBANO 'Competition in the execution phase of public procurement' (2011) PCLJ, 99.

[164] See LUKE R.A. BUTLER 'Below Threshold and Annex II B Service Contracts in England, Wales and Northern Ireland: A Common Law Approach' in this volume.

Copyleft – Ius Publicum

In this regard networks of central purchasing bodies could play a significant role in ensuring change which could foster a real internal market by using their purchasing power to drive the market toward efficient, sound and sustainable procurement[165] which favours the grow of innovative European SMEs. The challenge is to develop a stronger political commitment and adequate professional skills to mandate and implement the changes that electronic procurement necessitates.

Electronic means in public procurement can assure a higher degree of traceability which can strengthen the accountability of public officials involved.

Nonetheless, IT tools makes more evident some criticalities related to the objectivity of the public procurement award. The advantages of such tools are clear whenever technical specifications are well defined and there are accepted standards. Whenever e-Evaluations occur through the most advantageous economic tender, it is necessary to stress the relevance of reasonableness and proportionality in the allocation of weights to the elements involved, in order to avoid discrimination in the award. Recourse to e-Auctions can contribute to highlight such problems, but not necessarily to solve them. E-Auctions seem to assure the advantage of limiting evaluation only to measurable quality, which could assure further *ex post* control over the evaluation in order to guarantee a higher

[165] Framework agreementsawarded by CPBs can assure a "social" value for money, in compliance with the discretionary choices of the member States and in a more efficient way compared to individual procuring entities: G.M. RACCA 'Aggregate Models of Public Procurement and Secondary Considerations: An Italian Perspective' cit., 165; G. M. RACCA 'Professional Buying Organisations, Sustainability and Competition in Public Procurement'(2010) http://www.ippa.org/IPPC4/Proceedings/18TransparencyAccountabilityinProcurement /Paper18-13.pdf; S. ARROWSMITH - P. KUNZLIK (EDITED BY) *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions* (Cambridge, 2009), 34 et seq., where it is precised that the directive do not ensure efficient expenditure

Copyleft – Ius Publicum

degree of objectivity. Nonetheless, the other quality elements cannot be evaluated and this may be considered sometimes a limit for contracting entities.

The reform of public procurement legislation is one of the twelve priority actions set out in the Single Market Act[166]. Indeed, the efficiency of public tendering has become a priority for all Member States in view of the current budgetary constraints. It is essential to conclude transparent, competitive contracts as easily as possible and at the best value for money. Further, IT tools can ensure a broader control by a wider principal (not only unsuccessful tenderers, but also citizens, and public interest organizations, social witnesses) over the efficient and sound use of public resources by its agents (the procuring entities).[167]

Ambitious measures on electronic procurement aiming at full electronic communication in public procurement within a limited period are therefore essential to foster accountability efficiency and integrity**.**

[166] Commission (EC) 'Single Market Act. Twelve levers to boost growth and strengthen confidence "Working together to create new growth" April 13, 2011 COM(2011) 206 final, 19.

[167] G. M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, G. ALBANO 'Competition in the execution phase of public procurement' (2011) PCLJ, 99. C. Yukins 'A Versatile Prism: Assessing Procurement Law Through the Principal-Agent Model' (2010) PCLJ, 63 et seq. S. L. Schooner – D. I. Gordon – J. L. Clark 'Public Procurement Systems: Unpacking Stakeholder Aspirations and Expectations' in *George Washington University Law School Working paper*, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133234>.

Copyleft – Ius Publicum

Bibliography

G. L. ALBANO, G. CALZOLARI, F. DINI, E. IOSSA, G. SPAGNOLO 'Procurement contracting strategies', in N. Dimitri – G. Piga – G. Spagnolo (eds.) *Handbook of procurement*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2006) 82 et seq.;

S. ARROWSMITH – A. EYO 'Electronic Auctions in the EC Procurement Directives and a perspective from UK Law and Practice' in S. Arrowsmith (edited by) *Reform of the UNCITRAL model law on procurement* (Thomas Reuters/West, Danvers, 2009), 422;

S. ARROWSMITH 'Electronic reverse auctions under the EC public procurement rules: current possibilities and future prospects' (2002) in *P.P.L.R.*, 299-330;

S. ARROWSMITH – J. LINARELLI – D. WALLANCE *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives* (Kluw Law International London 2000);

R. BICKERSTAFF 'E-communication Regulation in Public Procurement: the EC and UK perspective' in S. Arrowsmith (eds.) Reform of the UNCITRAL model law on procurement (Thomas Reuters/West, Danvers, 2009), 288 et seq.;

R. BICKERSTAFF 'The New Directives' Rules on E-communication Mechanisms in Public and Utilities Procurement' (2004) in *P.P.L.R.*, 277;

R. BICKERSTAFF, 'Review: Commission Staff Working Document on the Requirements for Conducting Public Procurement Using Electronic Means' (2005) in *P.P.L.R.* NA17;

C. H. BOVIS 'EU Public Procurement Law' (Cheltenham 2007);

A. BROWN 'Transparency Obligations Under the EC Treaty in Relation to Public Contracts that Fall Outside the Procurement Directives: A Note on C-231/03, Consorzio

Copyleft – Ius Publicum

Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti' in *P.P.L.R.* 2005, NA153-NA159;

M. BURGI 'The Policy on Regulating Electronic Communications in Germany' in S. Arrowsmith (edited by) *Reform of the UNCITRAL model law on procurement*, cit., 305 et seq.;

R. CARANTA 'Transparence et concurrence', in R. Noguellou – U. Stelkens (eds.) Droit comparé des Contrats Publics (Bruxelles, Bruylant, 2010), 149;

S. CROOM – A. BRANDON JONES 'Key Issues in E-Procurement: Procurement Implementation and Operation in the Public Sector' in Khi V. Thai (eds.) *International Handbook of Public Procurement* cit., 447;

A. DECKERS - Head of Unit for e-procurement and economic analysis of procurement markets 'New perspectives on e-procurement in Europe' speech at the *7th PEPPOL conference*, Rome, 29 May 2012;

F. DINI, R. PACINI, T. VALLETTI 'Scoring rules', in N. Dimitri – G. Piga – G. Spagnolo (eds.) *Handbook of procurement*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2006), 293 et seq.;

K. DOOLEY – S. PURCHASE 'Factors Influencing E-Procurement Usage' in Khi V. Thai (eds.) International Handbook of Public Procurement, cit., 461-462;

M. ESSIG – M. AMANN 'E-procurement and Its Role in Supply Management and supplier Valuation' in C. Harland – G. Nissimbeni – E. Schneller (eds.) *The SAGE Handbook of strategic Supply Management* (SAGE, London, 2013), 425-426;

A. EYO 'Electronic auctions in EU procurement: reflections on the auction rules from the United Kingdom' (2012) *P.P.L.R.*, 1-17;

Copyleft – Ius Publicum

L. FOLLIOT-LALLIOT 'The French Approach to Regulating Frameworks under the New EC Directives' in S. Arrowsmith (eds.) *Reform of the UNCITRAL model law on procurement*, (Thomas Reuters/West, Danvers, 2009), 193-213;

F. LICHÈRE 'The Regulation of Electronic Reverse Auctions in France' in S. Arrowsmith (eds.) *Reform of the UNCITRAL model law on procurement*, (Thomas Reuters/West, Danvers, 2009), 455-467;

C. LOYOLA – M. ORTÍZ 'The experience of information acquisition in chilean public market via bi implementation' (2012) 5th International Public Procurement Conference, in http://www.ippa.org/IPPC5/Proceedings/Part9/PAPER9-10.pdf;

A. MERRILL 'PEPPOL & Public Procurement Reform' speech at the *7th PEPPOL conference*, Rome, 29 May 2012;

F. G. MORAN 'Pan-European interoperable electronic public procurement: enabling its implementation within the European Union institutions, agencies and other bodies, and facilitating its adoption across the member States' (2012) *5th International Public Procurement Conference*, in http://www.ippa.org/IPPC5/Proceedings/Part2/PAPER2-4.pdf;

G. M. RACCA 'The role of IT solutions in the award and execution of public procurement below threshold and list B services: overcoming e-barriers' in D. DRAGOS – R. CARANTA (eds. By) Outside the EU Procurement Directives - inside the Treaty?, (Djøf, Copenhagen, 2012), 373;

G. SKOVGAARD ØLYKKE 'How Should the Relation between Public Procurement Law and Competition Law Be Adressed in the New Directive?' in G. Skovgaard Ølykke – C. Risvig Hansen – C. D. Tvarnø, *EU Public Procurement – Modernisation*, Growth and Innovation (Djof publishing, Copenhagen, 2012), 62 – 63 and 67;

Copyleft – Ius Publicum

P. S. STILGER 'Formulas for Choosing the Most Economically Advantageous Tender - a Comparative Study' (2011) in *http://igitur-archive.library.uu.nl/student-theses/2012-0327-200536/StilgerPSMA2011Part%20I.pdf*;

P. TREPTE 'Transparency and accountability as tools for promoting integrity and preventing corruption in procurement: possibilities and limitations' Expert Group Meetinig on Integrity in Public Procurement, 20-21 June 2005, Château de la Mouette, Paris;

S. TREUMER 'The Distinction Between Selection and Award Criteria in EC Public Procurement Law: A Rule Without Exception?' (2009) in *P.P.L.R.*, 103;

C. YUKINS 'Use and Regulation of Electronic Reverse Auctions in the United States' in S. Arrowsmith (eds.) *Reform of the UNCITRAL model law on procurement*, (Thomas Reuters/West, Danvers, 2009), 469-489;

K. VAIDYA - G. C. CALLENDER - A.S.M. SAJEEV 'Facilitators of Public E-Procurement: Lessons Learned from the U.K., U.S., and Australian Initiatives' in Khi V. Thai (eds.) *International Handbook of Public Procurement* (Auerbach Publications Taylor & Francis Group 2009), 475 et seq.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

COMMITMENT DECISIONS AND THIRD PARTY RIGHTS

Andreina SCOGNAMIGLIO

INDEX

1. INTRODUCTION

2. COMMITMENT DECISIONS BETWEEN THE EUROPEAN MODEL AND THE NATIONAL LEVEL

3. POSSIBLE INCOMPATIBILITIES BETWEEN COMMITMENT DECISIONS AND THIRD PARTY RIGHTS

4. POSSIBLE MEANINGS OF THE MODES OF CLOSURE TO PROCEEDINGS WITHOUT VERIFICATION OF A VIOLATION. THE ABSENCE OF VERIFICATION AS A SUMMARY PROCEEDING OR AS A PRIMA FACIE CASE OF UNLAWFUL ANTITRUST BEHAVIOR

5. CRITIQUE OF THE NOTION OF A PRIMA FACIE VERIFICATION OF A VIOLATION OF ANTITRUST REGULATIONS FOR PURPOSES OF ISSUING A DECISION PURSUANT TO ART. 14-TER

6. IDENTITY OF THE FUNCTION EXERCISED BY THE AUTHORITY IN CASES DISCIPLINED BY ART. 14-TER COMPARED TO THE TYPICAL ANTITRUST FUNCTION CONFIRMS THE INSUFFICIENCY OF A PRIMA FACIE VERIFICATION FOR PURPOSES OF ISSUING A LEGITIMATE COMMITMENT DECISION

7. THE DIFFERENT SUMMARY PROCEEDINGS. ABSENCE OF VERIFICATION OF A VIOLATION AND EXERCISE OF THE ANTITRUST FUNCTION: POSSIBLE CONTRADICTIONS

8. POSSIBLE USES AND LIMITS TO THE USE BY A CIVIL COURT OF DOCUMENTS COLLECTED IN PROCEEDINGS CONDUCTED PURSUANT TO ART. 14-TER

Copyleft – Ius Publicum

9. FULFILLMENT AND NON-FULFILLMENT OF COMMITMENTS: ADMINISTRATIVE AND CIVIL PROTECTION OF THIRD PARTY RIGHTS

Copyleft – Ius Publicum

1. INTRODUCTION

Although the protection of competition has developed in Europe, mainly in forms of administrative law and oversight by a public authority, it is well known that since 1973, but especially in the last decade, the European Commission has expressed its belief that private actions can play an important role in the protection of competition and have played a central role in fostering private enforcement of antitrust regulations.

It is equally well known that until now in Europe, private actions for damages have mainly taken a complementary role with respect to the public authority's activity of verification and sanction of violations of competition regulations. European law has also favored this approach[1] believing that the prospect of compensation for damages to third parties has greater deterrent effect than the prospect of having to pay an administrative penalty[2].

In the same context, however, new instruments of the public authority's actions aimed to protect competition, such as commitment decisions, leniency programs and settlement, have nonetheless sprung up.

At first glance, one may observe that the common characteristic of all these new instruments consists in the cooperative atmosphere between the public authority and the companies.

[1] For example providing a binding effect on the civil courts of the Commission's final decisions, by virtue of article 16 of the Regulation 1/2003.

[2] See R. PARDOLESI, Complementarietà irrisolte: presidio pubblico del mercato e azioni private di danno, in Mercato, concorrenza, regole, 2011, 463 et seq, who stresses the negative consequences of this approach.

Copyleft – Ius Publicum

In commitments decisions, cooperation between the public authority and companies under investigation leads to a mutually agreed upon solution, although still issued in the form of an administrative decision. The administrative decision, making agreed upon binding commitments, puts an end to the antitrust infringement identified by the public authority, without any payment of a fine.

Considering their characteristics, commitment decisions respond the public's interest in a speedy resolution of the antitrust violation[3]. As well, the leniency program and settlement respond to the public's interest in discovering unlawful agreements that are otherwise difficult to detect and prove.

The delicate balance of the interests involved and the fact that the public interest requires the use of such instruments is the reason why the issue of civil claims for damages, as will be discussed in this paper, poses different problems than the case where antitrust proceedings are concluded with a decision that enjoins a violation and orders payment of a fine.

[3] For the rationale of the discipline of commitments decisions see ECJ (Grand Chamber) 29 June 2010, case C-447/07 *EU Commission v. Alrosa Company Ltd* and Regional Administrative Court of Lazio, Sec. I, 7 April 2008, No. 2902, para. 3.1, of the argument, where Italian administrative judges stress that commitment decisions meet both the interest of a company to avoid a full finding of a violation and thereby imposition of a steep fine, and the interest of the public to achieve real improvement in the market more quickly than it could be possible by following the ordinary proceedings.

Copyleft – Ius Publicum

2. COMMITMENT DECISIONS BETWEEN THE EUROPEAN MODEL AND THE NATIONAL LEVEL

Commitment decisions were introduced to Italian antitrust law by D.L. 4 July 2006, No. 223. Article 14 of the so-called Liberalization Decree (*Decreto sulle liberalizzazioni*) indeed inserted art. 14-*ter*, entitled "Commitments", into Ch. II of the Italian Antitrust Act 287/1990, dedicated to the "powers of the Italian Antitrust Authority (*Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato* – AGCM) with respect to anti-competitive agreements and abuse of dominant position[4]".

[4] Article 14 of D.L. 4 July 2006, No. 223 (converted into L. 4 August 2006, No. 248) has provided the Italian Antitrust Authority (*Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato* – AGCM) with the power to issue commitment decisions. National competition authorities (NCA) already had the power to adopt such decisions by virtue of arts. 101 and 102 of the TFEU and art. 5 of EC Reg. 1/2003 (art. 5). The content of commitment decisions, however, was specified in art. 9 of EC Reg. 1/2003 (art. 9), only with reference to the European Commission (Commission). Before the 2006 amendment to Italian law, the lack of a legal basis in domestic law had raised doubts about the applicability of the NCA's procedures, when operating as decentralized bodies of the European Community and, *a fortiori*, when operating in solely national spheres, see E. GUERRI, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE 1/2003*, Torino, 2005, 135 et seq. This question has been resolved in a positive way by the Italian Consiglio di Stato (CdS), sec. VI, 8 February 2008, No. 424 and 20 February 2008, Nos. 595 and 597, *www.giustizia-amministrativa.it*. The above-mentioned decisions state that only the powers expressly foreseen by art. 5 may be exercised by the AGCM even in absence of a National legal provision. On the other hand, the AGCM would not be entitled to take any further measures provided for in art. 7, et seq. of EC Reg. 1/2003 (art. 7), which refers only to the Commission. In particular, it cannot impose a fine, since art. 5 specifies that antitrust authorities of the Member States may take a decision "imposing fines [...] provided for in their national law". This interpretation is supported by F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza. Impegni e misure cautelari [New remedies against antitrust infringements]*, *in Giur. comm.*, 2008, I, 118, who notes that "prior to the entry into force of the 2006 Act, the rule of law, strengthened by art. 5, discouraged the acceptance of commitments because the AGCM did not have any power to punish the company for non-compliance". Article *14-ter*, which gives the AGCM the power to close the procedure where "appropriate commitments have been made to cease the anti-competitive behavior investigated", represents a significant innovation. By virtue of the express provision of law, commitment decisions can also be issued when the AGCM

Copyleft – Ius Publicum

The type of power regulated by art. *14-ter* of L. 287/1990 (14-*ter*), is therefore recent. This type of power is, however, well known in its substantive and procedural aspects, since it corresponds almost exactly to the model already regulated by art. 9 of EC Reg. 1/2003 (art. 9), with reference to the decision-making powers of the European Commission[5] (Commission).

When the AGCM, upon request by the investigated companies, opts for[6] application of art. 14-*ter*, the antitrust proceeding is anticipatorily closed and, under Italian

is acting exclusively in its capacity as a National authority and the decision to accept commitments is, in any case, accompanied by "a necessary power to impose penalties for non-compliance". With all doubts about a possible conflict with the principle of legality being resolved to the contrary, the AGCM has extensively used the new power.

[5] See M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti* antitrust, in *Giorn. Dir. Amm*., 2006, 1284 says that the type of power regulated by art. 14-*ter* corresponds exactly to the one regulated by art. 9. It must also be noted that art. 9 formalizes the usual procedure already followed by the Commission. In its Fourteenth Report on Competition Policy (1984), the Commission addressed the advantages of an informal resolution of antitrust cases where there is acceptance of commitments by the investigated company and a suspension of a fine that would otherwise be imposed by the Commission. This kind of settlement is appropriate for both parties. The advantage, achieved by the investigated company, consists in avoiding the payment of a fine and exposure to negative advertisement due to the violation of antitrust regulations. The advantage to the Commission is the possibility to rapidly conclude the inquiry. The legitimacy of this practice has been confirmed by the European Court of Justice (ECJ) in its decision of 17 November 1987, C-142 e 156/84, *Philip Morris.* With the enactment of EC Reg. 1/2003, the insufficiencies of the practice, especially due to the lack of binding effect of the commitment and the absence of third party participation in proceedings, have been redressed. On art. 9, compare with J. TEMPLE LANG, *Commitment decisions under Regulation 1/2993. Legal aspects of a new kind of competition decision,* in *European competition law review*, 2003, 347 and M. FURSE, *The decision to commit: some pointers from the US,* in *European competition law review*, 2004, 5 et seq.; C. J. COOK, *Commitment decisions: the law and practice under Article 9,* in *World Competition*, 2006, 206; P. MENGOZZI, *Decisioni con impegni e diritto comunitario,* in *I nuovi strumenti di tutela antitrust,* edited by F. CINTIOLI - G. OLIVIERI, Milano, 2007, p. 1 et seq.

[6] European and Italian judges hold that the Commission or NCA is entitled to decide whether to apply the procedure regulated by art. 9 and art. 14-*ter*. Compare with European Court of First Instance, T. 177/04, *Easy jet airline v. European Commission* and CdS, Sec. VI, 424/2008, cit., and Regional Administrative Court of Lazio, sec. I, 4 December 2007, Nos. 12457 e 12460, case *Pannelli truciolari*. The same point of view is adopted by M.

Copyleft – Ius Publicum

law, the closure occurs without substantively addressing the violation. By rendering a final decision in this manner, the AGCM limits itself to ordering the investigated companies to make mandatory corrective measures to the market trends. Remedies should be adequate to decrease the anti-competitive behavior being challenged by the AGCM (compare with art. 14-*ter*)[7].

When circumstances change, where commitments are not fulfilled, or when the final decision is taken on the basis of incomplete, incorrect or misleading information, the AGCM can reopen the procedure *sua sponte*[8], in order to impose the typical injunctive measures and sanctions.

LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate",* cit., 1288 and, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate,* in *I nuovi strumenti della tutela antitrust,* cit., 23 et seq., F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie,* cit. 117; A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale,* in *Poteri e garanzie nel diritto antitrust,* edited by G. BRUZZONE, Bologna, 2008, 76 et seq. According to the most common interpretation, the criterion followed by the public authority is dependent on the severity of the violation. When serious violations are present, it would be preferable to avoid application of commitment decisions because waiving the sanction would deprive the AGCM's decision of its deterrent effect. On this argument, see Regional Administrative Court of Lazio, 12457/2007, cit. and CdS, Sec. VI, No. 424/2008. In the scholarship: L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante,* in *Mercato concorrenza, regole,* 2007, 233; F. CINTIOLI, *op loc. cit.*; A. PERA, *op. loc. cit.*. A dissenting opinion is expressed by M. LIBERTINI, *op. loc. cit.,* The Author stresses that the AGCM should rather verify whether the commitments actually involve a *quid pluris* compared to the natural conclusion of the proceedings. In particular, the advantage that a commitment decision may offer to the public would be in its applicability to situations where the infraction has not yet been committed. Conversely, if the violation has already been committed in fact, beyond any reasonable doubt, and if the legal qualification of the fact is just as certain "no additional elements can be added by commitments". In this case, the negotiated solution would be inappropriate and it would be preferable that the AGCM pursue the proceedings and impose sanctions, including a fine.

[7] Under art. 9, remedies must rather be proportionate to the concerns expressed by the Commission in its preliminary evaluation.

[8] Compare R. MASTROIANNI, *op. cit.,* pg. 33 underlines a difference between EC Reg. 1/2003 and the Italian law. According to arts. 5 and 9, the Commission and NCAs can reopen the proceeding for the assessment of an antitrust

Copyleft – Ius Publicum

The procedure, which must be followed by the AGCM to adopt a commitment decision, is regulated by the Bulletin (*Circolare – Communication*) on the Procedures to Apply art. 14-*ter*, adopted by the AGCM on 12 October 2006, amended on 9 February 2011 and 17 September 2012[9].

Pursuant to the Bulletin, cited above, the investigated businesses may submit a provisional version of commitments to the AGCM and request a hearing before the final commitment decision issues. In addition, the AGCM can reject the commitments that are late, because they have been offered beyond the time allowed, useless, because the disputed conduct causes a serious violation of the competition rules, or "plainly unfounded"[10]. Otherwise, the AGCM may declare that the commitments are "acceptable".

"Acceptable" commitments are published on AGCM newsletter and website[11]. The publication permits third parties to be informed of the declaration of acceptance and submit

violation both on their own initiative and on request by third parties, while art. 14-*ter*, literally refers only to a power exercised by the AGCM *ex officio*. In my opinion, the fact that art. 14-*ter* refers only to an initiative of the AGCM doesn't exclude the possibility of third parties lodging a complaint on which the AGCM is obliged to issue a decision. The possibility of third parties lodging a complaint is the immediate consequence of this recognition of the value of their interests in antirust proceedings.

[9] AGCM Decision 12 October 2006, No. 16015, which adopted the proceedings to apply art. 14-*ter* was amended by Decision 9 February 2011, No. 22089 and by Decision 17 September 2012, No. 23863. The procedure for application of art. 9 and EC Reg. 1/2003 is regulated by art. 27 of EC Reg. 1/2003.

[10] "The word "unfounded" used in Bulletin 12 October 2006 (see pt. 10, of the current version of 17 September 2012) is incorrect, says M. LIBERTINI, *La decisione di chiusura*, cit., p. 21, but the significance is clear. Commitments can be rejected if they are impossible, irrelevant or clearly insufficient. In the praxis, the finding of the AGCM concerns the adequacy of the mutually agreed upon solution to the seriousness of the infringement more than to the content of the commitments".

[11] According to art. 27 of EC Reg. 1/2003 (art. 27), a brief declaration of facts and commitments submitted by investigators must be published in order to allow third parties to intervene.

Copyleft – Ius Publicum

comments, within thirty days (market test)[12]. The investigated companies involved respond to third party comments and may, eventually, amend the proposed commitments.

So, the proceeding can be divided into two adversarial phases. In the first phase, the proceeding is between the investigated companies and the AGCM. In the second phase, the proceeding is open to third party intervention. The aim of this procedure, according to the rationale of the AGCM, is to reach a final solution acceptable to investigated companies and also adequate to restore the correct trend to the market.

3. **POSSIBLE INCOMPATIBILITIES BETWEEN COMMITMENT DECISIONS AND THIRD PARTY RIGHTS**

The AGCM has extensively used this power to make decisions accepting commitments, especially from 2006 to 2011, and it has adopted commitment decisions much more frequently than the Commission[13].

[12] See CdS, Sec. VI, 30 May 2011, No. 3230, that stresses that market test cannot be avoided. The infringement of the rule under which the market test is mandatory gives rise to a procedural defect that invalidates the final decision.

[13] In this period, 64% of investigations initiated by the AGCM have been concluded with a decision adopted on the basis of art. 14-*ter*. During this same period, decisions adopted by the Commission on the basis of art. 9 were about 30% of the total cases heard by the Commission. For a quantitative and qualitative analysis of Italy in comparison with EU tendencies, see A. GIANNACCARI - C. LANDI, *Antitrust? No grazie abbiamo altri impegni*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2012, 231 et seq. That the AGCM utilizes art. 14-*ter* is not by chance, but by reasoned choice based on antitrust policies. The reasons are expressed in *Relazione annuale sull'attvità svolta* (2006). Here President Catricalà clarifies that "extensive use of the instrument provided by art. 14-*ter* is consistent

Copyleft – Ius Publicum

This is probably the reason why the Italian system provides an interesting point of debate, both as regards its case law and its scholarship[14].

One might also note that it is not easy to find a common thread on the viability of commitment decisions in the case law or scholarship. This is not surprising. The law is recent. In addition, one should also consider that negotiated proceedings, of which commitment decisions are one type[15], are an ambiguous figure, not completely clear in their structure, effects, nor as to which legal discipline is applicable[16].

It is precisely this ambiguity that makes a more detailed study of this figure interesting. The issue most opportune to discuss is the relationship between commitment decisions and the protection of third parties (competing businesses and consumers).

---

with the basic decision in favor of an intervention more strongly oriented to achieve the good performance of the market, rather than the investigation and prosecution of antitrust infringements".

[14] The reason for which the AGCM adopts commitment decisions more frequently than the Commission has strongly encouraged Italian authors to accurately investigate the phenomenon. See M. LIBERTINI, *Il "private enforcement" e le sanzioni amministrative,* in *Concorrenza e mercato*, 2007, 369*;* A. POLICE, *I "nuovi"poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, in *I nuovi strumenti di tutela* antitrust, cit., 98*;* F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie,* cit., 127*;* A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, Bologna, 2009, 110; and more recently, A. PERA - G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni cin impegni e* private enforcement *nel diritto antitrust*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2012, 69; A. NOCE, *Antitrust e regolazione nelle decisioni con impegni in materia di energia*, therein, 333; A. GIANNACCARI - C. LANDI, *Antitrust? No grazie*, cit., Some Authors point out that Italian studies cannot fail to take into account the European regulation, because art. *14-ter* expressly refers to it, see P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza*, cit., 433.

[15] Negotiated proceedings are regulated by art. 11 of L. 8 August 1990, No. 241. *Infra* paragraph 8.

[16] Negotiated proceedings have been regulated only since 1990, by art. 11 of L. 8 August 1990, No. 241. Since then studies on this discipline have been initiated. So far, the scholarship has discussed only the issue of admissibility of this type of procedure. In general, on negotiated proceedings, see E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici.* In *Enc. Dir., Agg.*, Milano, 2001, 19 et seq.

Copyleft – Ius Publicum

This specific aspect has not yet been fully studied in the scholarship nor has it been submitted to judicial examination. Yet it is the pivotal point of a number of thorny issues raised by commitment decisions.

The question of judicial protection against damage to third parties must be studied separately depending on whether the damages derive from the conduct of the investigated company before or after the issuance of the commitment decision.

Where damages arise from pre-issuance conduct, the problem is whether the commitment decision can be used in a civil proceeding by a third party claiming damages as direct evidence of violation of antitrust regulations.

Where damages arise from post-issuance conduct, one must ask whether third parties can file suit against the investigated company for damages deriving from the legitimate execution of its obligations[17], or for damages deriving from failure to execute the same, or request the investigated company to cease and desist the damaging conduct[18]. In the event a third party suffers damages as a result of the investigated company's failure to execute its obligations, the third party may seek either damages or the fulfillment (execution) of the obligations.

The first question is apparently clarified in art. 14-*ter*, which states that "within three months from starting the investigation for a violation of arts. 2 and 3 of this Act or arts. 81 and 82 of the EC Treaty (now arts. 101 and 102 of the TFEU), companies can submit commitments sufficient to correct the investigated or contested anti-competitive

[17] See A. POLICE, *I nuovi poteri,* cit., 98. The author wonders whether third parties have standing to act against a commitment decision; whether they can claim damages caused by the commitment decision and if, in this case, they must ask for damages against the investigators executing commitments, or against the authority that made the commitments mandatory for the investigators.

[18] See M. LIBERTINI, *Il "private enforcement",* cit., 369, addresses the question whether third parties are entitled to seek a mandate ordering fulfillment of the commitments assumed by businesses party to a commitment decision.

Copyleft – Ius Publicum

behavior. The AGCM assessing the suitability of the commitments may, within the limits established by Community law, make the commitments mandatory for submitting companies and close the proceeding without declaring the infringement".

In this short phrase, "without declaring the violation", lies the answer to the question posed above. The statement that the AGCM does not declare the infringement seems appropriate in order to avoid any connection between a commitment decision adopted under art. 14-*ter*, and a civil complaint filed to protect against unlawful antitrust behavior.

This interpretation is also supported by the belief that the legislative intent in drafting the precise discipline would be to improve the attractiveness of commitment decisions[19], which are often very burdensome for investigated companies[20], which prefer a commitment decision primarily just to avoid a formal finding of a violation; and this, even more than avoiding the imposition of a fine.

According to this view, the major advantage to investigated companies of resolving an investigation by this procedure (a type of negotiated settlement without a declaration of infringement), is the absolute uselessness of the administrative decision and investigation when faced by third party plaintiffs whose aim is to bring a civil judicial action seeking damages.

A widespread interpretation of the relationship between public and private enforcement of antitrust rules practices a type of schematic distinction, as follows. On the one hand, an administrative decision finding a violation of antitrust regulations and

[19] See M. BOCCACCIO – A. SAJA, *La modernizzazione dell*'antitrust, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, 298 et seq.

[20] See M. LIBERTINI, *La decisione di chiusura*, cit., 13, fn. 3, who emphasizes that often the commitments made by an investigated company when pursuing resolution pursuant to art. 14-*ter* procedures are very burdensome.

Copyleft – Ius Publicum

imposing a fine is absolutely binding on a civil judge in a subsequent lawsuit for damages. Therefore, a civil judge cannot in any way deviate from the findings and assessments carried out by the AGCM when the court issues its decision based on the same facts[21]. On the other hand, a commitment decision (which does not declare a violation), and the investigation conducted therefore by administrative investigators, is absolutely useless in a civil judicial proceeding for damages[22].

It should be noted at this point that, some research contests the binding value of antitrust decisions on civil judges.[23]. This, in order to sustain that the administrative

[21] According to the principle laid down by the ECJ, 14 December 2000, C-344/98 *Masterfood c.*, art. 16, sec.1, EC Reg. 1/2003 stipulates a binding effect of decisions adopted by the Commission on national court rulings on agreements, decisions and practices addressing issues between private parties that have already been ruled upon by the Commission under arts. 101 and 102 of TFEU. Many Member States have agreed with this principle and have recognized the binding effect of decisions issued by the AGCM on the protection of competition on national judges. In Germany this can been seen by the introduction of L. 7 *GWB Novelle* of 7 July 2005 and in the United Kingdom by the *Entreprise act* of 2002, which modified sec. 58 of the *Competition Act* of 1998. Instead, in Italy and in France a civil judge, before whom a case for restitution of damages may be brought, is not formally constrained by an administrative order finding an antitrust violation and imposing sanctions. On the relationship between administrative decisions and judicial action for damages, see: A. SCOGNAMIGLIO, *Concorrenza e coordinazione delle tutele nel diritto antitrust*, Vol. I – II, Campobasso, 2009; compare R. NAZZINI, *Concurrent proceedings in competition law. Procedure, evidence and remedies*, Oxford University Press, 2005; A. KOMNINOS, *EC private antitrust enforcement. Decentralised application of ec competition law by national courts*, UK, 2008; M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006; AA.VV., *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, a cura di G. BRUZZONE, Bologna, 2008.

[22] Similarly, A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Poteri e garanzie*, cit., 76, et seq. The author concludes that the choice to adopt a commitment decision must also take into consideration that this option makes it extremely difficult for injured parties to take action seeking compensation. In this way, not only is the direct deterrent effect of the penalty sacrificed, but also the indirect deterrent effect stemming from fear of having to pay damages to injured third parties.

[23] It must be noticed that in Italian law a binding effect is due only to a specific category of administrative decisions and consists of a preclusive effect whereby another decision-making authority and courts are constrained in their interpretation of the facts and must defer to and consider as definitively established any fact ascertained by

Copyleft – Ius Publicum

decision has a weight comparable to that of a piece of evidence that cannot control a civil judge's unfettered right to assess and judge anew whether there lies unlawful antitrust behavior[24]. This thesis leads us to consider in a different way the relationship between commitment decisions and civil actions for damages. The question is why a commitment decision cannot assume even the limited value of a piece of evidence in a civil proceeding for damages.

4. POSSIBLE MEANINGS OF THE MODES OF CLOSURE TO PROCEEDINGS WITHOUT VERIFICATION OF A VIOLATION. THE ABSENCE OF VERIFICATION AS A SUMMARY PROCEEDING OR AS A PRIMA FACIE CASE OF UNLAWFUL ANTITRUST BEHAVIOR

In Italian antitrust law, the absence of any binding and probative value of commitment decision finds its basis in the provision of art. 14-*ter*, sec. 1. According to art. 14-*ter*, sec. 1, when the AGCM opts for a commitment decision, the antitrust proceeding is closed without an assessment of a violation of antitrust regulations.

a lower or lateral decision-making authority, unless the finding is overturned through the appropriate administrative review channels.

[24] See A. SCOGNAMIGLIO, *Concorrenza e coordinazione delle tutele nel diritto antitrust*, cit., P. BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2007, I, 97, et seq. See also, G. MUSCOLO, *Criteri di applicazione degli articoli 81 e 82 nella controversie tra privati: il ruolo dei giudici nazionali,* in *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, cit., 228.

Copyleft – Ius Publicum

One must however observe that the provision under which, in proceedings governed by art. 14-*ter*, the antitrust procedure is closed without a finding of a violation of competition rules is quite ambiguous.

The first question which the interpretation of art. 14-*ter* poses can be expressed in these terms: What exactly does the provision not requiring a finding of a violation where a commitment decision is adopted mean?

According to an initial reading of art. 14-*ter*, sec. 1, the absence of a finding would appear to make it possible for the AGCM to adopt a decision making binding commitments "without in any way having obtained any level of certainty, let alone proof beyond a reasonable doubt, that a violation of antitrust regulations has been committed"[25].

In other words, the expression in art. 14-*ter* can be understood to mean that the AGCM would be allowed to close a proceeding based on its finding of pure chance or a likelihood that a violation of antitrust rules has occurred.

Using a distinction of procedural law, it could be observed that this interpretation considers the absence of a formal finding of a violation under art. 14-*ter*, in terms of summary (in the sense of a tenuous or not a thorough) judgment that a violation has occurred.

Using a distinction of procedural law, one might consider the absence of a formal finding of a violation under art. 14-*ter*, to equate to a summary assessment of such violation, that is without argument on the evidence before the administrative board.[26].

[25] M. LIBERTINI, *Le decisioni patteggiate*, cit. 1288.

[26] For the various meanings of a summary judgment in procedural law, see *infra* paragraph 6.

Copyleft – Ius Publicum

To support the interpretation that commitment decisions can be adopted on the basis of a shallow and prima facie assessment of a breach of competition rules, it could be argued that art. 14-*ter*, subsec. 1 requires solely that commitments "be such as to eliminate the anti-competitive behavior alleged in the initial phase of the proceeding".

Furthermore, art. *14-ter*, prescribes a short term of three months, within which the investigated companies shall submit their commitments[27].

The first proposition, above, seems to imply the idea that, in the negotiation procedure, a violation of antitrust regulations should be summarily found, similar to the assessment made in the initial phase of a formal investigation.

Moreover, the prescription of a short term for the submission of commitments can also be read as a manifestation of the law's intent to prioritize the interest of time (rapidity) to conclude the procedure, at the expense of thoroughness and accuracy of the findings.

The specific intention of the rule limiting the term of the investigation required for the adoption of a commitment decision at an early stage in the proceedings, seems to emerge from Reg. 1/2003, to which art. 14-*ter* expressly refers.

[27] On the question of whether the provision of a short-set term is compatible with European regulations, which do not have it, see M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate*", 2006, cit.,1286, and. *Le decisioni di chiusura*, 16, et seq.; R. MASTROIANNI, *Osservazioni sul sistema italiano di applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza*, cit., 33; F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza*, cit., 119; A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, cit.102. See also the following noted case law: Regional Administrative Court of First Instance, Lazio, Sec. I, 7 April 2008, No. 2902; Id., 25 February 2010, No. 3077; Id., 9 May 2011, No. 3964, where administrative judges argue that the short term of three months does not have a mandatory value, but only the value of soliciting the submission of commitments Despite the views expressed against the forecast of a short set period of three months, this prediction was confirmed in resolution AGCM, No. 23863/2012.

Copyleft – Ius Publicum

According to art. 9.1 of Reg. 1/2003, the commitments, offered by an investigated company, must be sufficient to "meet the concerns expressed to the company by the Commission in its preliminary assessments". Here, too, the prudence of the language used reinforces the idea that, a full finding of a violation is not necessary in order to legitimate a commitment decision.

The same idea seems to be further confirmed by recital 13 of Reg. 1/2003. The provision stresses the inappropriateness of a commitment decision when "the Commission intends to impose a fine" and the Commission's intention to impose a fine is objectively justifiable, i.e. when it is certain that there has been a violation.

In other words, once an antitrust authority has completed its investigation and verified the violation of antitrust regulations, the negotiation procedure, with a final commitment decision, would no longer be viable and the Commission as well as the NCA could not do anything other than order the investigated companies to cease the violation and pay a fine.

The point of view holding that a commitment decision can be adopted based on only a shallow and *prima facie* estimation that a violation of antitrust regulations has occurred, seems to be shared by the ECJ in *EU Commission v. Alrosa Company Ltd*[28].

[28] See ECJ (Grand Chamber) 29 June 2010, case C-447/07 *EU Commission v. Alrosa Company Ltd.* In 2002, De Beers and Alrosa, respectively, in the number one and number two positions in the world market for the production and supply of rough diamonds, notified the Commission of an agreement to seek approval or an exemption under Reg. 17 of 6 February 1962, the first regulation implementing arts. 82 and 83 of the Treaty. The notified agreement established that, during the next five years, Alrosa would have sold natural rough diamonds produced in Russia to De Beers for a value of USD 800 million a year, while de Beers would have undertaken to buy those diamonds from Alrosa. The amount of USD 800 million, established in accordance with the market prices as of the date on which the agreement was entered into, accounted for about one half of Alrosa's annual production and for the entire production exported outside the Community of Independent States. In its statement of objections, the Commission intuited that the agreement would have a negative impact on the diamond market. On the one hand it would have, in fact, eliminated any possible competition from the Russian company, while De

Copyleft – Ius Publicum

In the opinion of the ECJ, art. 9 is based on considerations of procedural economy[29]. The specific aim of the mechanisms provided for in art. 9, is to allow for quick resolution of the concerns expressed by the Commission to the investigated companies in its preliminary investigation. More particularly, art. 9 makes a "quick fix" of the case possible; thus enabling investigated companies to participate fully in the procedure, by suggesting the solutions that appear to them to be the most appropriate and capable of addressing the Commission's concerns.

Even though decisions adopted under art. 9 are subject to the principle of proportionality, which is a general principle of European Union law applicable to decisions taken by the Commission in its capacity as an antitrust authority, the purpose and content of

Beers would have been placed in a position to abuse its dominant position, allowing it, in essence, to determine the quantity, quality, and price of diamonds to be distributed on the market. After rejecting the commitments offered jointly by the two companies, the Commission accepted the commitments proposed by De Beers individually that provided for a progressive reduction in sales of rough diamonds by Alrosa to De Beers. Following the action brought by Alrosa, the Court of First Instance ruled that the contested decision was void pursuant to the principle of proportionality, which is applicable in all cases where an institution has coercive powers over individuals, which requires the least restrictive method of intervention of an individual and/or businesses's freedom. According to principle of proportionality the Commission should more closely evaluate alternative solutions, in particular the commitments offered jointly by the two companies. The ECJ decision in *Alrosa* is commented on by G. FONDERICO in *Il caso "Alrosa" e la proporzionalità nelle decisioni con impegni,* in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2011; M. KELLERBAUER, *Playground instead of playpen: the Court of Justice of the European Union's Alrosa Judgement on art. 9 of Reg. 1/2003*, *European competition law review*, 2011, Vol. 32; M. MESSINA - J.CA.HO, *Re-establishing the orthodoxy of commitment decisions under art. 9 of Regulation 1/2003*, *European Law Review*, 2011, Vol. 36. For a comparison between the ECJ decision and the decision of the European Court of First Instance, on the same case, see: M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, in *20 anni di antitrust*, 2012, pg. 3 and A. SCOGNAMIGLIO, *Gli impegni sui diamanti dividono i giudici europei*, in www.apertacontrada.it 10/2010. Compare: C. LEONE, *Gli impegni nel procedimento antitrust*, Milano, 2012, pg. 43.

[29] ECJ (Grand Chamber), 29 June 2010, case C-447/07, pt. 35 of the arguments in support thereof.

Copyleft – Ius Publicum

the principle of proportionality differs depending on whether it is considered in relation to art. 7 or art. 9.

Highlighting the consensual nature of the new decisional instrument, regulated by art. 9, as a mechanism designed to resolve speedily antitrust issues in cooperation with the economic operators concerned, the ECJ has acknowledged that the commitments suggested by the investigated companies may go beyond what the Commission could itself impose on them in a decision adopted pursuant to art. 7, and would not, therefore, automatically be regarded as a violation of the principle of proportionality[30].

In this context, the Commission is not required to seek out less onerous or more moderate solutions than the commitments suggested to it; but its decisions, adopted pursuant to art. 9, are subject to a judicial review limited to the ascertainment of whether the Commission committed manifest error in its finding or whether its conclusions were obviously unfounded.

The interpretation expressed above, validates the absence of any binding effect of the administrative commitment decision in respect of a civil action for damages. It's obvious that a mere summary finding, adopted by an administrative authority, is not in any way to be honored by the courts.

But the premise from which the conclusion follows, namely the sufficiency of a superficial investigation of a violation of antitrust regulations for the purpose of taking a commitment decision, is not acceptable according to the alternative interpretation that

[30] Here, the ECJ joins fully the opinion of Advocate General Kokott, of 17 September 2009. At pt. 60, one reads: "The general interest in finding an optimum solution from the point of view of speed and procedural economy justifies restricting the choice of possible measures in the context of art. 9. Investigated companies that knowingly and willingly offer commitments accept that their concessions may go beyond what the Commission itself might have imposed on them following a thorough examination in a decision under art. 7. In return, with the termination of the antitrust proceedings initiated against them, they are quickly given legal certainty and can avoid the finding of a violation of antitrust regulations that would be detrimental to them, and a possible fine".

Copyleft – Ius Publicum

requires a more strict compliance with the principle of proportionality where a commitment decision is adopted.

5. CRITIQUE OF THE NOTION OF A PRIMA FACIE VERIFICATION OF A VIOLATION OF ANTITRUST REGULATIONS FOR PURPOSES OF ISSUING A DECISION PURSUANT TO ART. 14-TER

In the same case, the European Court of First Instance[31] adopted opposite conclusions. According to the Court, since the principle of proportionality constitutes a general principle of Community law[32], the Commission is obliged to comply with that principle also when it adopts decisions under art. 9[33]. The European Court of First Instance stressed that it would be contrary to the scheme of Reg. 1/2003 to take a commitment

[31] European Court of First Instance, 11 July 2007, T-170/06, *Alrosa v. European Commission*, www.eu.curia.int.

[32] The principle of proportionality requires that the measures adopted by Community institutions must not exceed what is appropriate and necessary for attaining the objective pursued. See European Court of First Instance, 19 June 1997, T-260/94, *Air Inter v. Commission*, pt. 144; *Id.*, 23 October 2003, T-60/98, *Van den Bergh Foods* v *Commission*, pt. 201. It also requires that, when there is a choice between several appropriate measures, recourse must be had to the least onerous, and the disadvantages caused must not be disproportionate to the aims pursued. See ECJ, 11 July 1989, C- 265/87, *Schräder Hs Kraftfutter &Co KG v. Hauptzollamt Gronau*, pt. 21*; Id.*, 9 March 2006, Case C-174/05 *Zuid-Hollandse Milieufederatie and Natuur en Milieu v. College von Beroep*, pt. 28.

[33] The European Court of First Instance recognizes to the Commission a margin of discretion in the choice of whether to adopt a decision under art. 9 or follow the procedure laid down in art. 7. Nevertheless, the existence of that margin of discretion as to the choice of procedure to be followed does not relieve the Commission of the obligation to comply with the principle of proportionality when it decides to order commitments offered under art. 9, sec. 1, as binding.

Copyleft – Ius Publicum

decision pursuant to art. 9, that if taken pursuant art. 7 would be regarded as a violation of the principle of proportionality.

It is true that in applying art. 9, sec. 1, the Commission is not required formally to establish the existence of an antitrust violation, as moreover, recital 13 of the Preamble indicates; but it must nonetheless establish the bases of the antitrust violation that would justify its action envisaging the adoption of a decision under arts. 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (2010) (TFEU), and which allow it to require the investigated companies to comply with certain commitments. This presupposes an analysis of the market and an identification of the violation envisaged that are less definitive than those required for the application of art. 7, sec. 1 – although, they should nonetheless, be sufficient to allow an analysis of the appropriateness of the commitment.

The voluntary nature of the commitments cannot relieve the Commission of the need to establish the reality of the antitrust concerns that justified its action nor to comply with the principle of proportionality, because it is the Commission's decision that makes those commitments binding. The fact that an investigated company considers, for its own reasons, that it is appropriate at a particular time to suggest certain commitments does not in and of itself mean that those commitments are necessary.

In actions filed by third parties against commitment decisions, Italian administrative judges have adopted a point of view similar to that adopted by the European Court of First Instance, in the above-cited case.

Applying this reasoning to the interpretation of commitment decisions, the Regional Administrative Court of Lazio[34] held that in proceedings pursuant to art. 14-*ter*, a thorough investigation of the facts and a careful assessment of the suitability of the

[34] Actions filed against AGCM always lie within the jurisdiction of the Regional Administrative Court of Lazio, as a court of first instance.

Copyleft – Ius Publicum

commitments is necessary, even if these were accepted by the investigated companies[35]. The AGCM, indeed, cannot go beyond what is necessary in order to correct the violation.

Even before the principle of proportionality, Italian administrative judges based their holdings on the rule of law. Since the AGCM is entitled by law only to impose measures apt to end the antitrust violation, that which exceeds such measures is beyond the powers granted to the AGCM by law[36].

In several cases, the Administrative Court of Lazio and the Italian Consiglio di Stato (CdS) verified whether the measures made binding by commitment decisions adopted by the AGCM, were appropriate and necessary to end the abuse that had been identified in the preliminary investigation. The Courts held that commitment decisions enforcing commitments whose effects go beyond what was appropriate and necessary to remedy the breach of the regular competition market were illegitimate and had to be overturned[37].

[35] See Regional Administrative Court of Lazio, 7 April 2008, No. 2902.

[36] See CdS, sec. VI, 8 February 2008, No. 423; *Id.*, 2 March 2004, No. 926 in *Foro it.*, 205, 6; Regional Administrative Court of Lazio, sec. I, 30 November 2005, No. 12726.

[37] See Regional Administrative Court of Lazio, 8 May 2009, No. 4994; *Id.*, 8 May 2009, No. 5005; CdS, 19 November 2009, No. 7307. On this case law, see V. CERULLI IRELLI, "*Consenso" ed "autorità" negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza e del mercato,* in *20 anni di antitrust*, edited by C. RABITTI BEDOGNI - P. IANNUCCI, Torino, 2010, 329.

Copyleft – Ius Publicum

6. IDENTITY OF THE FUNCTION EXERCISED BY THE AUTHORITY IN CASES DISCIPLINED BY ART. 14-TER COMPARED TO THE TYPICAL ANTITRUST FUNCTION CONFIRMS THE INSUFFICIENCY OF A PRIMA FACIE VERIFICATION FOR PURPOSES OF ISSUING A LEGITIMATE COMMITMENT DECISION

There are three reasons that make more persuasive the opinion by which, in spite of its consensual nature, a commitment decision must be preceded by a sufficient finding of facts and must be subject to judicial review for proportionality.

Firstly, one should consider that, in proceedings before antitrust authorities, the balance of power between the parties is clearly unequal[38]. In order to avoid the bad publicity resulting from a finding of an antitrust violation and to avoid the payment of a fine, companies might propose unnecessary or exaggerated corrective measures that are burdensome to the companies and could even produce negative effects on the market.

Secondly, aside from the principle of proportionality, the power of the AGCM is likely to assume a margin of discretion so broad that it would result in a change to its actually granted powers as an administrative authority. The power of the AGCM in this case would no longer lie only in the investigation and prosecution of the violation, but it would become a substantive regulatory power[39].

[38] M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni,* in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione della Autorità garante della concorrenza e del mercato,* cit.; G. MORBIDELLI, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi,* in *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust,* Quaderni Cesifin, Torino, 2008, 3.

[39] According to F. CINTIOLI, *Le misure riparatorie,* cit., 133,134 and 138, commitment decisions have a very discretionary nature and the measures imposed should present a nexis with the economic consequences of the challenged behavior (to the point that – stresses the author – it could even be argued that the commitments, made

Copyleft – Ius Publicum

Thirdly, a commitment decision cannot be considered as mere acceptance on the part of the public of a proposal that has been freely put forward by a negotiating party, but rather it constitutes a binding measure that puts an end to a violation or a potential violation in accordance with the AGCM's power to protect competition, as conferred to it by law.

In other words, the shape of the consensual procedure does not alter the substance of the power exercised. The Commission and national authorities are invested with a public function that finds the parameters of its legitimacy not in the consent expressed by the private party, but in the specific purpose assigned to it by law, which is to ascertain the violation of antitrust regulations and establish proportional remedies[40].

The reasons expressed above suggest that the power exercised by antitrust authorities is always the same regardless of the type of decision adopted; i.e., both when requiring investigated companies to end the violation of antitrust regulations and impose a fine, and when antitrust authorities adopt a decision making binding those commitments

binding by antitrust decisions, are not subject to any objective limit, beyond the limit of pro-competitive purposes). Contra, see M. LIBERTINI, *Il private enforcement e le sanzioni alternative*, cit., 361, which stresses that an injunction may impose administrative orders on investigated companies aimed at restoring the proper functioning of the market, thus permitting an absolute continuity between the exercise of administrative powers leading to the adoption of a typical antitrust decision and one that leads rather to a commitment decision. P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza*, cit., 439, argues that if the AGCM may impose a *quid pluris* that this would pave the way for a possible deviation from the powers of the AGCM, directing its decisions toward oversight aims essentially beyond its powers. See also A. POLICE, *Tutela della concorrenza e poteri pubblici*, Torino, 2007, 183.

[40] On the relation between the rule of law and independent authorities, see F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, spec. 70 et seq., and on the relation between the rule of law and negotiations between private parties and administrations, see C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1992, spec. 142 et seq. See also, F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato da parte della pubblica amministrazione*, e G. GRECO, *Il principio di legalità e gli accordi pubblici*, in *Atti del 53rd Convegno di studi amministrativi, "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia"*, Milano, 2008.

Copyleft – Ius Publicum

offered by the investigated companies. Both of these proceedings are aimed at ceasing a violation of antitrust regulations and the corrective measures imposed must serve this purpose and be proportionate thereto.

The difference between the model outlined by art. 14-*ter* as well as art. 9, and the typical antitrust cases is quite limited and simply consists of a speedier closure of a proceeding and a negotiated procedure. The proceeding closure is speedier, because it lacks the formal finding of the violation and the imposition of a fine, and the procedure is negotiated since the contents of the corrective measures result from a negotiation between the parties; nonetheless, commitment decisions must still be accompanied by an assessment of facts adequate to establish appropriate corrective measures.

7. THE DIFFERENT SUMMARY PROCEEDINGS. ABSENCE OF VERIFICATION OF A VIOLATION AND EXERCISE OF THE ANTITRUST FUNCTION: POSSIBLE CONTRADICTIONS

The arguments exposed above confirm that the summary nature of the finding of a violation of antitrust regulations is not the reason why commitment decisions cannot assume any binding or probative value in an action for damages brought before the civil court.

Several notions of summary judgment have developed in the rules of procedure and clear distinctions are made between these various notions.

Copyleft – Ius Publicum

Alongside the form of summary judgment either for proving or for failure to prove a *prima facie* case[41], which focuses on the judge's preliminary knowledge of the case, there is also summary judgment for a partial view of the facts[42] and summary judgment of the proceedings[43]. The first form of these latter two types of summary judgment, refers to the extent of a court's investigation of the facts, the second form focuses on how to complete the process[44], but certainly more simplified, compared to an ordinary judgment[45].

[41] In issuing an injunction (in which the court provides the parties limited protection from the normal length of the trial process in order to avoid the complainant's unnecessary suffering of irreparable harm from such) the judge makes a preliminary or superficial judgment on the existence of law in favor of the complainant's position as argued by the complainant, and as to the existence of preventative or dispositive facts as put forward by the defendant – The so-called *fumus boni juris*; thus, determining whether the complainant or defendant prevails.

The judge's investigation has as its objective only those facts that have occurred. The judge could verify in a more complete investigation the likelihood that the facts constitute, impede or amend the law. The judge would not, however, do this as a necessary part of the procedure: The parties' need of summary resolution requires the judge to limit him/herself to an assumption that perhaps the events did occur (a probability or likelihood).

[42] In issuing an injunction the judge is required to also conduct an investigation other than that which has as its objective the possible danger of serious harm to the complainant before final judgment is reached. If the harm, which requires the injunction, has already occurred, the judge verifies such based on full or actual proof. If the harm has not yet occurred, but is only feared, the judge evaluates the probability that the harm will occur. Here, the judgment is based on probability, not because the verification or proof of the events is preliminary or superficial, but because the verification or proof is incomplete. The judge has only some facts available to him and it is based on these facts that the judge must render a judgment of probability of future events (the harm that the complainant could suffer).

[43] The judgment is carried out without regard to the "*scansione*" (succession of phases) dictated by the law. The summary nature; that is, the disconnect form the formality of ordinary judgment affects only the manner in which the trial is carried out – the sequence of the phases and pleadings of the trial. In this case, "summary" does not signify preliminary or superficial verification, but only a different procedural order of the case and, therefore, of the formation of the evidence to the court.

[44] It is clear that the three types of summary judgment often overlap, in other words all three exist within the same trial, but this is the logical distinction between them.

Copyleft – Ius Publicum

This civil procedure distinction between the forms of summary judgment, when applied with appropriate adaptations to administrative procedure, can explain more exactly the features of the decisions regulated by art 14-*ter* compared to the typical model of an antitrust proceeding.

When an agreement prohibited by art. 101 TFEU (or by art. 2 of L. 287/1990) is challenged, the difference introduced by art. 14-*ter* to an ordinary proceeding is essentially reduced to a consideration of the extent to which the facts have been proven.

Decisions imposing a fine require a full assessment of the facts. This means that the assessment of facts must take into consideration all of the pieces of the complex circumstances of an alleged violation of antitrust regulations as stated in art. 2, sec. l, 287/1990 (as well as art. 101TFEU). To be entitled to impose a fine, the AGCM must obtain full evidence of the agreement[46] and the suitability of the agreement to restore the proper functioning of the market[47].

[45] The distinction has already been drawn by G. CHIOVENDA, *Principles of Civil Procedure*, Naples, 1928, p. 202 and has been widely used in current studies of summary proceedings.

[46] Evidence of the agreement may be provided as direct evidence in both a documentary and testimonial form, and by circumstantial evidence that is precise and concordant, i.e. that is not susceptible to more than one interpretation.

[47] See CdS, Sec. VI, 7 March 2008, No.1009 and Regional administrative Court of Lazio, sec. I, 13 March 2008, No. 2312 and 20 February 2008, No. 1542. The decisions relied upon clarify that an unlawful agreement, in sense of art. 2, L. 287/1990, exists where the common intention of the parties in relation to a particular behavior is to alter the natural market conditions. It is not essential to demonstrate that the terms of the parties' agreement have actually been implemented on the market before determining that an agreement is in violation of antitrust regulations, nor is it necessary to evaluate the effects that implementation of the agreement would have produced had it been implemented. The qualification of the conduct in terms of whether it violates antitrust regulations, in fact, depends on an objective capable of distorting competition, while the actual existence of negative effects on the market may result in a more severe sanction. See Regional Administrative Court of Lazio, 2312/2008 and 1542/2008.

Copyleft – Ius Publicum

Commitment decisions may lawfully be taken even where the unlawful agreement has not been proven and may be based upon an assessment limited to the existence of a restrictive effect on the market.

When an alleged violation of art. 3, L. 287/1990 or of art. 102 of the TFEU is challenged, the dominant market position of an investigated company, is the condition both necessary and sufficient, to qualify as abusive behavior that which would otherwise be lawful[48].

Verification of a dominant position in the relevant market cannot be omitted even where the AGCM intends to adopt a commitment decision. In the absence of these requirements, it would be wholly unjustified to impose corrective measures on behavior that is, in itself lawful and not harmful.

Unlike the cases previously examined (restrictive cartel), the verification required in order to adopt a decision making binding commitments appropriate to correct abuse on the market does not differ from that which must be done to take a decision imposing a fine.

The difference between an ordinary proceeding and a proceeding in which the complaint of market abuse ends with a decision imposing commitments concerns the way in which the proceedings are conducted.

In proceedings governed by 14-*ter* and the Bulletin of 12 October 2006, the hearing is particularly accurate and involves not only the investigated companies, but also third parties, consulted through the so-called market test. The hearing focuses, however, only on the content of the measures and their attitude to repair the harm to competition. The

[48] V. MANGINI – G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, III ed., Torino, 2009, pg. 58, et seq.

Copyleft – Ius Publicum

hearing shall not re-evaluate, indeed, the allegations alleged by the AGCM in its preliminary investigation[49].

The deviations that this discipline involves from the ordinary way of carrying out a typical antitrust proceeding are clear. In proceedings carried out to take a decision requiring that an infringement be brought to an end and imposing fines, the verification of the alleged facts is subject to a rigorous adversarial process between the parties. In proceedings leading to commitments decisions, the violation of antitrust regulations is evaluated by the AGCM on its own without involvement of the parties.

The reason why, in third party suits for damages resulting from a violation of antitrust regulations, a civil judge can take a decision contrary to a commitment decision adopted by the AGCM is clear. Just as the significance of the provision of art. 14-*ter* is clear.

In some cases – particularly when the dispute concerns a restrictive agreement – the findings, made by the AGCM in a proceeding leading to a commitment decision, are less broad in comparison to what is required for the adoption of a decision imposing fines. The finding concerns the restrictive effect, which reflects the necessity of remedial measures that are both justified and lawful, but does not concern the conclusion of an actual unlawful agreement. It is therefore evident that the finding of an unlawful agreement, which hasn't taken place in the administrative proceeding cannot even be used in the civil proceeding.

In any case, particularly when an abuse of a dominant position is alleged, the verification of the infringement of antitrust regulations, which the commitments should correct, is not subject to a hearing with the parties. These investigations and judgments, which are attributable to the exclusive appraisal of the AGCM, cannot assume any value in

[49] Often the investigated company simply responds only to disagree with the Commission's (or the Authority's) preliminary assessment.

Copyleft – Ius Publicum

the civil process, not even the limited value of evidence; so a court is free to judge a dispute between private parties as it deems appropriate[50].

8. POSSIBLE USES AND LIMITS TO THE USE BY A CIVIL COURT OF DOCUMENTS COLLECTED IN PROCEEDINGS CONDUCTED PURSUANT TO ART. 14-TER

The foregoing considerations state the reasons for which any binding, or even probative value of a final decision adopted under art. 14-*ter* is properly ruled out in a civil action for damages.

The question that must be answered now is whether the documents collected by the AGCM and, more generally, the pleadings of the administrative investigation, conducted pursuant to art. 14-*ter* may be used as evidence in a civil case for damages.

[50] Given the AGCM's high technical expertise, the strength of its evaluations could be compared to that extended to scientific evidence as assessed by an expert witness. Even with respect to the so-called scientific evidence provided by persons technically equipped, there remains ample space for evaluation of the evidence by a civil court. Here, in the court's capacity as *peritus peritorum*, it does acknowledge the duty to control, with the help of the parties, if the expert has correctly identified the factual premises from which he began his investigation and whether he adopted a methodology of exact science with correct application thereof, and whether the expert reached conclusions logically consistent with the premises. The concept of scientific evidence and the value of this as evidence, is nonetheless appreciated by a civil court, see M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2005, esp. pg. 1090; L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contradditorio nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pg. 1117; *Id., La scienza ed il giudicie nella ricostruzione del fatto*, ibid, 2007, pg. 49, et seq. For more extensive references, however, return to A. SCOGNAMIGLIO, *Concorrenza e coordinazione*, cit., pg. 246, et seq.

Copyleft – Ius Publicum

The plaintiff for civil damages has indeed two instruments through which he can obtain documents in the AGCM's possession.

The plaintiff may apply to the AGCM for a copy of the documents, exercising its right to access administrative documents conferred to those who have a significant interest in having knowledge of the contents of a document held by a public administration by art. 22 of L. 8 August 1990, No. 241. Once the plaintiff has obtained the documents, he can provide them as evidence in a civil trial for damages[51].

The plaintiff could also ask the court to obtain documents and information from the AGCM, in the exercise of its powers under arts. 210 and 213 of the Code of Civil Procedure (c.p.c.).

As regards the use of the first instrument, the argument put forward by the AGCM in its early decisions was that art. 13 of the Presidential Decree 30 April 1998, No. 217, which regulates procedure carried out by the AGCM, gives the right of access to those who participate in the administrative proceeding as a complainant or as a concerned third party, (so-called defensive access)[52], but does not broadly refer to people who are not a party to the proceedings. Therefore, those who are not parties in the proceedings do not have the

[51] Italian law does not prevent the parties from using the documents obtained by the AGMC during the preliminary administrative investigation in the civil suit for damages.

[52] According to art. 13, sec. 1, parties to the proceedings, in the sense of art. 7, sec. 1 of D.P.R. 30 April 1998, No. 217, have the right to accede to the file. If the documents required contain confidential information of a personal, commercial, industrial or financial nature concerning persons and companies involved in the proceedings, the right of access is permitted, in whole or in part, in so far as it is necessary to ensure the hearing. The documents containing trade secrets are in principle excluded from access, but if they provide evidence of an offense, or essential to the defense of a company, the offices will provide access, in respect of such elements. See CdS, 6 September 2010, No. 6481. Article 14 and Article 13 of Presidential Decree 217/1998 exclude access only to the records that have been classified as confidential by the same Authority.

Copyleft – Ius Publicum

right to access to the file of the proceeding. In other words, the so-called informative access would be banned in proceedings conducted by the AGCM.

On the basis of this reasoning, in its early decisions the AGCM rejected requests for access, arguing that the interest in knowing the contents of the documents for the purpose of using them in an action for damages is not directly relevant with respect to the administrative proceeding in which the documents were acquired[53].

The AGCM then changed its opinion[54]. In a more recent case, the AGCM granted the right of access to a company that had requested the documents in order to bring a civil action for damages against an investigated company that had already been ordered to pay a fine for an illegal agreement.

The correctness of this approach is confirmed by decisions of the CdS[55] and the Administrative Court of First Instance of Lazio[56], which state that the question of whether those who were not parties have the right to access the file of proceedings conducted by the AGCM must be resolved according to the general rules laid down by L. 241/1990.

Art. 23 of L.241/1990 gives the AGCM, and other agencies as well, the power to enact its own regulation disciplining the right to access to administrative documents, provided that the regulation follows the general framework of principles laid down by art.

[53]AGCM, 31 March 2011, No. 23367. This interpretation has been upheld by Administrative Court of First Instance of Lazio, sec. I, 20 July 2009, No. 7136, which states "the legal interests that justify access to administrative documents are only those involved in the administrative proceeding related to which the request for access has been made. Therefore, the AGCM legitimately rejected excess to the documents where the interest is entirely foreign to the object of the administrative power in relation to which the application has been made".

[54] AGCM, 21 October 2011, No. 59309.

[55] CdS, 6 September 2010, n. 6481.

[56] See Administrative Court of First Instance of Lazio, Sec. I, 10 February 2012, No. 1344

Copyleft – Ius Publicum

24, sec. 7[57]. Article 24, sec. 7 specifically grants the right to access to persons who need the documents in order to defend their interest in a judicial proceeding.

The Administrative Court of First Instance, in the same decision cited above, stated on the question of whether the circumstance that the documents were acquired in the course of a procedure regulated by art. 14-*ter* requires the application of stricter rules of confidentiality that the right of access to administrative documents, the use of which is necessary to defend one's own interests in a judicial proceeding, must be balanced against the parties' interest of confidentiality.

The fact that the administrative procedure was conducted in accordance with the provisions of art. 14-*ter*, does not imply a stricter regime of protection of confidentiality[58], but not a more relaxes regime, either[59].

[57] As amended by art. 16, sec. 1, 11 February 2005, No. 15.

[58] European case law has also made it clear that refusal to produce the documents after the close of the proceeding cannot be justified on the ground of preserving the climate of trust and cooperation between the Commission and interested parties. See European Court of First Instance, 6 July 2006, T-391/03 and T-70/04, *Yves Franchet &Daniel Byk v. European Commission; Id.*, 9 June 2010, T-237/05, *Editions Odile Jacob s.a.s. v. European Commission.*

[59] "The balancing of the interest involved is necessary because, in antitrust law in particular, any rule that is rigid, either by providing for absolute refusal to grant access to the documents in question or for granting access to those documents as a matter of course, is liable to undermine the effective application of, *inter alia*, art. 101 TFEU and the rights that this provision confers on individuals", see E.C.J., 6 June 2013, C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehorde v. Donau Chemie.* In the same decision the Court of Justice stresses that not even the interest in the effectiveness of a particular antitrust instrument can justify absolute refusal to grant access. Interest in the effectiveness, interest in the production of the documents and interest in confidentiality of the companies involved have to be carefully weighted. The decision properly refers to the leniency program, but the arguments raised by the Court can certainly be extended to decisions with commitments.

Copyleft – Ius Publicum

A plaintiff in a civil proceeding for damages can obtain the documents from the AGCM that he needs to prove the violation of antitrust regulations by urging the civil court to exercise the power conferred to it by art. 210 c.p.c. A court may also exercise the same power under art. 210 c.p.c. on its own motion, or *ex officio*, in accordance with art. 213 c.p.c.

A minority opinion denies that a court may exercise the powers foreseen by arts. 210 and 213 c.p.c. in order to acquire documents that the party could have procured for himself by exercising the right of access. This opinion expresses concern that in this way the burden of proof in the civil trial could end up being altered[60].

But this opinion is not acceptable in light of the rationale for the provisions of the Code of Civil Procedure, cited above, which is to strengthen the powers of the judge to search evidence[61] and, at the same time, to reinforce the burden imposed on public

[60] P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, pg. 459. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006, pg. 162, criticizes this opinion, stressing that it reflects an outdated view of the burden of proof, based on a formal reading of art. 115, c.p.c. A thorough reading of the Code of Civil Procedure reveals a very significant number of cases in which the civil courts exercise powers of investigation and therefore show the abstractness of the same contrast between the dispositive model and inquisitorial model. See also, E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile*, Napoli, 2008, pg. 255, et seq. and pg. 270, et seq. and *Poteri di iniziativa probatoria ufficiosa e possibili modelli di istruttoria*, in www.apertacontrada.it 16/01/2009. In general, the power and duty of the court to exercise its powers of investigation unofficially, see G. VERDE, *Dispositivo (principio)*, in *Enc. Del dir.*, Milano, 1985, Vol. XXXIV, pg. 736, et seq.

Moreover, in the event that the request for documents and information should be directed to a public authority, the doctrine in favor of recognizing a wider use of investigatory powers of offices relies also on the peculiar position of this institution and the opportunity for closer collaboration between bodies belonging to the organization overall, see. F. LUISO, *Richiesta di informazioni presso la pubblica amministrazione*, in *Enc. Del dit.*, Milano, 1989, Vol. XL, pg. 491.

[61] See L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 1998, pg. 410, who stresses that the power to request information from the public administration is important component of the judge's active role in the preparatory phase of the

Copyleft – Ius Publicum

administrations to cooperate with the court[62]. In addition, under art. 111 of the Italian Constitution and the principle of reasonable length of process, it would be unreasonable to require a court to determine whether it was really impossible for the plaintiff to fulfill his burden of proof without access to the administrative documents or whether the plaintiff had taken the special action governed by art. 25 of L. 241/1990 before producing the evidence in court pursuant to art. 210 c.p.c. or a request for information pursuant to art. 213 c.p.c.[63].

In conclusion, it is true that the exercise of power under arts. 210 and 213 c.p.c., to request public agency documents and information, is left to the discretion of the court[64], but a court cannot refuse a motion for access as the plaintiff could have obtained documents anyway through the exercise of the right of access and through the special *actio ad exhibendum*, within the jurisdiction of the administrative courts.

In several cases, the powers provided for by arts. 210 and 213 c.p.c. had indeed been used by civil judges in actions for damages arising from violations of antitrust regulations in order to obtain documents and information from the AGCM[65].

The problem that now arises is whether the AGCM can refuse a request by the civil judge to provide documents from the investigation that was carried out by the AGCM

hearing of the case, and represents the tendency to broaden the judge's investigating powers. This tendency has the scpe to strengthen the judge's research for the truth.

[62] See F. LUISO, *Richiesta di informazioni*, cit., who refers to the report on the final draft of the code of 1942, which – in explaining the purpose of the rule – states that it introduces "a principle of loyal cooperation between public bodies."

[63] See (ancora) F. LUISO, *Richiesta di informazioni*, cit.

[64] See Court of Cassazione civile, Sec. II, 15 February 2011, No. 3720.

[65] See Civil Tribunal of Palermo, 15 July 2011; Civil Court of Appeal of Rome, 8 May 2011; Civil Tribunal of Milan, 20 May 2011.

Copyleft – Ius Publicum

arguing that the request violates the confidentiality of the proceedings initiated pursuant to art. 14-*ter*. In other words, the problem is whether the need to protect the efficiency of this particular administrative proceeding may override the duty to comply with the judicial request.

On the level of national law, some have even argued that an administration could decide whether to reply or not to a request for information pursuant to arts. 210 and 213 c.p.c. This interpretation seems to be confirmed in the report on the final draft of the Code of Civil Procedure, which states that "the public body can always refuse the information, where considered harmful to the public interest". On the one hand, the mere reference to reasons of public interest would be sufficient to warrant the confidentiality of information and the refusal[66]. On the other hand, the broad and elastic expression of public interest could also encompass those reasons that have led the authorities to opt for the conclusion of the negotiated antitrust procedure. The result, which in this way would be achieved, is to set up a special regime of confidentiality to the proceeding culminating in a decision under art. 14-*ter*.

But, the idea that a request for information may be refused on the basis of vague reasons of public interest and in the exercise of full discretion runs counter to the principle of transparency of the administration as contained in the 1990 Italian Code of Administrative Procedure (c.p.a.). Moreover, such a conclusion is in contrast with the principle of cooperation between judicial and administrative authorities, already implemented by the c.p.a.[67] and reinforced – only in the antitrust field – by Reg. 1/2003.

The reference to the principles of transparency, disclosure and sincere cooperation between the judiciary and administration justifies the opposite interpretation: reasons of

[66] See MASSARI, *Esibizione delle prove*, in *Nss.D.I.*, Torino, 1964, Vol. IV, pg. 849. In giurisprudenza, Cass., 18 Arpil 1968, No. 1153 in *Giust. Civ*., 1968, Vol. I, pg. 1150.

[67] See F. LUISO, *Richiesta di informazioni*, cit.

Copyleft – Ius Publicum

public interest and confidentiality constraints of administrative proceedings cannot justify a refusal to comply with a judicial request.

The court shall carefully balance the differing interests as required by art. 211, sec. 1, c.p.c, which states that the court must "try to reconcile as best as possible the interests of justice with due regard to the rights of the third party". According to sec. 2 of article 211, the third party may also be summoned to expose his defense and his own reasons in support of his right to confidentiality against the request of documents.

Regarding the probative value of the information and observations acquired by the administration in response to a request ex art. 213 c.p.c., the rule is that these are suitable to provide the court informative integrative elements, but they do not constitute evidence in the proper sense[68].

Administrative documents, in written form, such as an inspection report, and hearings – as drawn up by a public official – constitute legitimate evidence[69], with regard to the requirements of art. 2700 c.c. More precisely, these minutes constitute full proof of both the fact that the document originated from the producing public official, the same public official who wrote them, and also full proof of the actions and statements described therein by the this same public official who thereby certifies that they occurred in his presence.

The provision stipulating that documents drawn up by a public official according to special formalities have full probative value is, however, an exception to the principle of independent and unencumbered judicial review, and is not susceptible to application beyond this limited exception. Therefore, the full probative value, as stipulated by art. 2700

[68] . See L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pg. 420

[69] Documents in written form, drawn up by public officials constitute binding proofs on the court, until the falsity of the document has not been proven.

Copyleft – Ius Publicum

c.c., does not extend beyond the limits specified above; and in particular, does not extend to those parts of the inspection report that consist of inspectors' assessments[70].

These assessments, even if contained in a document written in accordance with the procedures described above, are not binding on a judge, and are likely to provide to a judge only supplementary informative elements.

9. FULFILLMENT AND NON-FULFILLMENT OF COMMITMENTS: ADMINISTRATIVE AND CIVIL PROTECTION OF THIRD PARTY RIGHTS

The foregoing considerations led to the conclusion that, although a commitment decision does not assume any probative value in the respective civil suit for damages, the documents collected in art. 14-*ter* proceedings can be acquired for evidence in civil proceeding; the limits within which such acquisition is possible have been previously analyzed.

[70] See E. GALANTI, *Sul valore probatorio del rapporto ispettivo di vigilanza,* nota a Trib. Potenza, 16 February 1998, in *Banca, borsa, titoli di credito,* 2000, II, pg. 67, et seq. and F. MERUSI, *Giustizia amministrativa ed autorità indipendenti,* relazione al convegno "*Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti",* Siena, 30 May – 1 June 2002, in Annuario 2002 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2003, 184, nt. 14.

Copyleft – Ius Publicum

The problem that now arises is whether (and which kind of) protection is provided to third parties when they are damaged by implementation or by non-fulfillment of commitments.

According to art. 14-*ter*, sec. 1, the final decision of the AGCM has the effect of making the commitments binding on the company that proposed them. According to art. 14-*ter*, sec. 2, when the company fails to fulfill the commitments made binding by the AGCM's decision, the AGCM must impose a fine.

It is thus clear under art. 14-*ter* that the effectiveness of compliance with commitments is ensured by the power of the AGCM to verify that companies comply with the commitments and to impose a fine where the AGCM finds non-fulfillment of commitments.

In other words, art. 14-*ter* provides only administrative remedies[71].

In the absence of an explicit discipline, the question arises whether third parties, damaged by non-compliance with commitments or who have an interest in the fulfillment of particular commitments, are entitled to bring an action before the civil court.

Before addressing the question, it may be useful to clarify the legal nature of the decisions adopted under art. 14-*ter*, in order to identify the general rules applicable to them.

From the point of view of its structure, the procedure governed by art. 14-*ter* can be divided into two separate phases.

The first phase consists of the proposal of commitments formulated by the investigated companies and which the companies themselves are prepared to accept. The

[71]In any case, third parties, who have a qualified and personal interest in fulfillment, should be regarded as entitled to file a claim in the administrative court to force the AGCM to make use of its power to verify the fulfillment and to impose a fine on a defaulting company.

Copyleft – Ius Publicum

second consists in the adoption of the decision of the AGCM that makes commitments binding on the investigated companies.

With regard to the function of art. 14-*ter*, its aim is to achieve the measures most apt to restore the orderly functioning of the market through an agreement between the two parties where such agreement is the content of the AGCM's decision.

The structure and function of art. 14-*ter* lead us to view commitment decisions under the general framework of art. 11 of the Italian General Law on Administrative Procedure, No. 241/1990. In particular, art. 11, sec. 1, which regulates a particular kind of agreement, aimed at determining the content of a dispositive, discretionary administrative act[72].

Rules applicable to the procedure regulated by art. 14-*ter*, are those provided by art. 11, sec. l.

The general discipline of art. 11 provides us with two indications: first the agreement between investigated companies and the AGCM is not formally reduced to a contract, which limits the effect of the agreement to only the parties, according to art. 1372 c.c. Secondly, the agreement, even though incorporated by an administrative decision, is

[72] See M. LIBERTINI, *Le decisini patteggiate*, cit., pg. 128 and A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2008, 173. In case law, Consiglio di Stato, Sec. VI, 19 November 2009, No. 7307. Compare F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie*, cit., pg. 128, et seq.; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, cit., 258; A. CATRICALA' – A. LALLI, *L'antitrust in Itlaia,* cit., pg. 110 and P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza*, cit., pg. 443, who stress that a commitment decisions is taken by the AGCM in the exercise of its powers only on the basis of an agreement with the investigated companies. Therefore, decisions regulated by art. 14-*ter*, sec. l, cannot be regarded as a special kind of the general type of decisions regulated by art. 11, sec. l, which are genuine public law agreements. This opinion, however, is not acceptable since it does not take into account the structural variety of public law agreements regulated by art. 11, sec. l. In addition to the agreement between the parties, which substitutes a public decision, art. 11 also regulates a type of interlocutory agreement within the process, the effect of which is precisely to determine the content of the final decision, which is charged only to the public authority.

Copyleft – Ius Publicum

subject to the principles of the Civil Code relating to contracts, in addition to the provisions contained in art. 14-*ter*, sec. 1.

Having clarified the applicable legislation, the first scenario that must be examined is where activities conducted by enterprises, even though in accordance with the commitments approved by the AGCM, produce damages to third parties.

The final-agreement however is contained in a document that has the nature of an administrative decision and not of a contract, which limits its effects only to the parties. Since a commitment decision is an administrative order, third parties[73], competitors and consumers, damaged by the fulfillment of the commitments, should be given standing to challenge the decision adopted pursuant to art. 14-*ter*[74].

With respect to the relationship between third parties and investigated companies, and civil protection of third parties, art. 11 warns that agreements taken pursuant to art. *14-ter* are concluded without prejudice to the rights of third parties. The agreement may neither extinguish nor prejudice the rights of third parties.

[73] The participation of third parties in the proceeding does not bar their standing to challenge the final measure. See R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale,* in *Dir. proc. amm.*, 1992, pg. 170, et seq. and European Court of Justice, 15 October 2009, C-263/08.

[74] Another question is whether the investigated company, which has proposed commitments, has standing to challenge the final decision of acceptance. A negative response to this question was provided by A. POLICE, *La responsabilità politica e la responsabilità giuridica nel prisma del procedimento amministrativo*, in *www.apertacontrada.it,* 4 May 2009, e *I nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato,* cit., 98, nt. 129 and A. LALLI, *Disciplina della concorrenza,* pg. 261, nt. 98,for which the agreement of the parties, in the process, would imply some kind of waiver to challenge the act. But the standing to contest the decision, including the agreement should instead be admitted, at least with reference to the case of non-conformity of the final decision to the agreement, see M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, Vol. II, 876, for which such an act is vitiated by misuse of powers. The obligation of full correspondence between the content of the commitments proposed and the decision making them binding and for the standing of the applicant to appeal the decision, in this case see Tar Lazio, sect. I, 19 November 2008, No. 10428, cit.

Copyleft – Ius Publicum

One possible form of civil protection of the rights of third parties is a civil suit for damages.

The protection of third parties from damages cannot be excluded. Third parties (consumers and business competitors), which, as market players have an interest worthy of protection, are entitled to take civil action against a company if they demonstrate that they have suffered damage as a result of business activities, carried out in fulfillment of commitments[75]. The company must respond under non-contractual liability that extends to the AGCM, as provided for in art. 2055, c.c.[76].

Instead, it is questionable whether third parties can pursue a civil injunction ordering the cessation of behaviors that are consistent with the commitments approved by the AGCM, but harmful to them. In my opinion, this question must be answered in the negative, considering that commitments are made binding by an order of the AGCM. A decision of a civil court, which inhibits an investigated company's conduct consistent with mandatory commitments, would have a direct impact on the content and effects of the decision of the AGCM, going beyond the limits of the jurisdiction of the civil courts. In other words, a civil action aiming to prohibit an investigated company's conduct that is harmful to third parties, would require preventive action against a decision by the AGCM, which has made the company's conduct mandatory, thus requiring an appeal of the administrative decision to an administrative judge.

[75] See V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1994, who acknowledges that a third party adversely affected by an agreement may seek compensation for damages before the civil courts. Compare European Court of First Instance, *Alrosa*, para. 88, finding that only the Commission is liable to third parties for the injurious effects due to a decision ordering commitments, arguing that the Commission "is not in any way required to take into consideration potential third party harm, *a fortiori* to making binding the commitments presented to it by private parties".

[76] In the event of damage due to a greater number of people, art. 2055, c.c., provides that damages are to be paid to all individual harmed by the commitments.

Copyleft – Ius Publicum

The latter case, which must be examined, is where activities made binding on investigated companies by a commitment decision are profitable to third parties; that is, where third parties would be advantaged by the fulfillment of the commitments.

Even in this case, administrative protection of third parties by the intervention of either or both the AGCM and Administrative Law Judge (ALJ), is conceivable.

Where an investigated company fails to fulfill commitments that are profitable for third parties, third parties are entitled to seek an injunction from the AGCM against the breaching party, and then to complain to an ALJ pursuant to art. 31, c.p.a., if the AGCM[77] does not respond[78].

Article 11, sec. 2, states that the principles of the Civil Code relating to contracts and obligations shall apply to contracts concluded between a public body and a private party, in as far as they are compatible with the rules of public law. In order to answer the question, whether third parties are authorized to act against companies that did not fulfill commitments seeking either fulfillment of the commitments or to be paid for damages caused by the failure to comply, one must refer to the principles of the Civil Code in accordance with art. 11, sec. 2.

Article 1372 of the Civil Code establishes the principle of the effectiveness of a contractual agreement limiting it to only between the contracting parties.

[77] *Consiglio di Stato*, Sec. VI, 14 June 2004, No. 3865, in *Giur.it*, 2005, pg. 1081, acknowledges the standing of third parties to challenge the decision of the AGCM not to proceed, or its inaction with respect to complaints lodged by an interested third party. On this question, see A. SCOGNAMIGLIO, *La legittimazione del denunciante ad impugnare le delibere di non avvio dell'istruttoria e di archiviazione adottate dall'Autorità,* in *Foro amm.* 1999, 1149 and *Profili della legittimazione a ricorrere avverso gli atti delle Autorità amministrative indipendenti, ivi,* 2002, pg. 127.

[78] As mentioned above, see fn. 24.

Copyleft – Ius Publicum

According to a widespread interpretation, the proposition of art. 1372, c.c., should be understood so as to exclude the standing of third parties to file suit seeking the fulfillment of obligations assumed by an individual against a public entity.

The courts must often adjudicate cases where there is an urbanistic agreement between a municipality and a private contractor for infrastructure work[79].

In such cases, the question of third party standing arises with respect to individuals not bound by a contractual obligation to the contractor or municipalities, but who are nonetheless, interested in the implementation of infrastructure work. The issue is whether third parties are entitled to take civil action for fulfillment of commitments directly against a contractor obliged to carry out the infrastructure work according to the agreement concluded with the municipality.

The case law defends the idea that the contract is binding only on the parties to it, and has no effect on third parties, according to art. 1372, c.c. Thus, the standing of third parties to file suit seeking fulfillment of the obligations or damages is denied[80].

The judicial interpretation given to the provisions of art. 1372, c.c., as discussed above, is to deny the establishment of rights in favor of third parties where a decision is the result of a negotiated procedure conducted in accordance with art. 14-*ter*. The consequence

[79] The town-planning agreements, governed by arts. 8, para. 5, and 10, para. 5, of L. 765/1967, and by art. 7, para. 2 and 4, and art. 11 of L. 10/1077, explicitly stipulate that urbanization work shall be carried out by the person who requested the building permit, on the basis of an agreement with the city administration, or even on the basis of a unilateral act of obligation.

[80] See Cass. Civ., Sec. I, 29 April 1999, No. 4301, in *Giust. Civ.* 2000, I, 855 and Cass. Civ., Sec. II, 11 February 1994, pg. 1384, in *Riv. Giur. urbanistica*, 1995, pg. 91.

Copyleft – Ius Publicum

is that third parties would not be entitled to seek fulfillment of the commitments or damages for an investigated company's failure to comply[81].

Some authors criticize the judicial interpretation of art. 1372, c.c., and the thesis that this provision limits in such an absolute way the application of the contractual effects only between the parties.

A few of these authors argue that judicial interpretation should be based on the constitutional principle of social solidarity, embodied in art. 2 of the Italian Constitution[82]. The constitutional clause of solidarity makes it possible to overcome the principle of effectiveness of the contract only between its parties and makes it possible to extend the contractual protection to third parties not party to the contract.

The use of the constitutional clause of solidarity leads to a very broad definition of the sphere of third party rights. In fact, it includes in the effects of the contract the duty not to cause damage to a third party.

The use of the constitutional clause of solidarity and identification of collateral obligations to protect third parties beyond the mandatory relationship itself, requires the qualification of an investigated company's responsibility where the company failed to

[81] With reference to commitment decisions, see M. BOCCACCIO – A. SAJA, *La modernizzazione dell'antitrust, Le decisioni con impegni*, cit., pg. 293.

[82] C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur*., vol. XXI, 7 and, more broadly, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 247. The Author stresses that "*since solidarity is the constitutional clause that gives legal weight to the position of the parties involved from the effects of an act, is itself and no other rule that determines the spheres in which these effects are realized*".

Copyleft – Ius Publicum

perform the commitments agreed upon and as a result caused damage to a third party, as a contractual liability, even to third parties, and not as non-contractual liability[83].

This has significant implications on the length of the term to take legal action. The point is that, in the case of contractual liability, an investigated company may be required to compensate a third party who can demonstrate a general interest in the performance or breach of commitments. While – as long as one remains on the level of non-contractual liability – the third party claiming damages must prove that the conduct, not in compliance with the commitments, produces a competitive disadvantage against him.

Other authors observe that the provisions of art. 1372, c.c., do not preclude the inclusion of third parties within the mandatory relationship, and does not preclude, as a result, the recognition of third party standing to sue for the performance of obligations arising from a contract[84].

A contract in favor of third parties, is expressly governed by art. 1411, c.c.[85], and lies only on the condition responding to an interest worthy of protection, and that addresses a specific and identifiable third party.

A contract in favor of third parties and the discipline thereof can therefore be used by third parties to justify direct enforceability of the obligations arising from decisions with commitments that advantage the third party.

[83] C. CASTRONOVO, *Problema e sistema*, cit., pg. 269, et seq.; Cass. Civ. Sec. III, 22 January 1999, No. 589 in *Danno e responsabilità*, 1999, pg. 781.

[84] See M. LIBERTINI, *Le decisioni patteggiate*, cit. and F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie*, cit., pg. 138.

[85] Under art. 1411, c.c., " *the conclusion of the contract in favor of a third is valid* (arts. 1372, 1689, 1773, 1875 and 1920, c.c.), *if he has an interest* (art. 1174, c.c.). *The third purchases the right against the one who entered into the contract as a result of the conclusion of the contract"*.

Copyleft – Ius Publicum

Commitments are based on the idea of a consensus and are not forced. This allows for great variety in content. This circumstance makes entirely possible the hypothesis that commitments agreed upon between a company and the AGCM immediately produce favorable effects benefiting specific and identifiable third parties; for example, where a company is required to charge a specific price for a specific product or must bargain with a particular subject[86].

In these cases, nothing interferes with the standing of third parties to take action directly against the company to seek fulfillment of its commitments[87].

The following solution is preferable. In all cases in which a complex situation must be monitored, or where the interested actors seek to avoid monitoring, it is better to conduct the monitoring on more than one level; that is, on the public, private and social levels[88].

[86] See AGCM, 20 May 2007, No. 16871. This decision, adopted under art. 14-*ter*, issued mandatory commitments for the three major telephone companies to stipulate to a contract with their current operator for the provision of access to mobile communication service networks in Italy, that would allow new operators to offer to costumers their own set of Italian mobile communication services.

[87] Article 11, sec. 5, L. 241/1990 provides for the exclusive jurisdiction of the administrative courts in disputes regarding training, conclusion and execution of the agreements stipulated under art. 14-*ter*. It must be assumed, however, that a third party action for fulfillment of commitments approved by the AGCM does not lie within administrative jurisdiction, but under the jurisdiction of the civil court. Apart from certain limited exceptions, which are specifically justified, administrative jurisdiction necessarily requires that at least one of the parties to the dispute is the public administration. The administrative courts are limited to and have exclusive jurisdiction over disputes between administrative authorities and private parties with whom agreements are made, cf. Regional Administrative Court of Lombardia, Sec. Brescia, September 29, 2005, No. 903. Compare G. REGGIO D'ACI, *Gli accordi amministrativi e al tutela dei terzi: quale giurisdizione?*, found at www.giustamm.it, who asserts exclusive jurisdiction of administrative courts in regard to disputes brought by third parties for fulfillment of obligations deriving from an agreement stipulated under art. 11, L. 241/1990.

[88] See S. RODOTA', *Disciplina della proprietà e controlli privati nella esecuzione delle convenzioni urbanistiche,* cit., pg. 264.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS[1]

(CHRONIQUE)

1er janvier 2009 - 31 décembre 2010

Laure CLÉMENT-WILZ[2]

Francesco MARTUCCI[3]

et Coralie MAYEUR-CARPENTIER[4]

INDEX

1. L'ADMINISTRATION ***(Coralie Mayeur-Carpentier)***
1.1 L'Etat
1.2 Les collectivités infra-étatiques
1.3 Les établissements publics
2. LE JUGE ADMINISTRATIF ***(Laure Cléments-Wilz)***
2.1 Les liens entre le juge administratif et la Cour de justice

[1] Article déjà publié sur la *Revue Française de Droit Administratif*, n. 3/2011, p. 377.

[2] Maître de conférences à l'Université Toulouse I – Capitole, Institut de recherche en droit européen, international et comparé (IRDEIC)

[3] Professeur à l'Université de Strasbourg, Centre d'Etudes Internationales et Européennes (CEIE)

[4] Maître de conférences à l'Université de Franche-Comté, Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté (CRJFC)

Copyleft – Ius Publicum

2.2 Le juge administratif, juge de droit commun du droit de l'Union européenne

3. L'INDIVIDU ***(Laure Cléments-Wilz)***

3.1 Le citoyen de l'Union européenne

3.2 L'agent public

3.3 Le ressortissant d'un État tiers

4. LE MARCHÉ ***(Francesco Martucci)***

4.1 Libertés de circulation

4.2 La concurrence

4.3 La commande publique

Copyleft – Ius Publicum

L'essentiel

Bien que n'ayant pu être présentée depuis trois numéros, la présente chronique s'inscrit dans la continuité de la précédente, rédigée par le professeur Paul Cassia. Elle analyse l'ensemble des modifications du droit administratif, actuelles ou potentielles, survenues en raison de l'application du droit de l'Union depuis la dernière période couverte, en se concentrant sur les évolutions les plus récentes. Le droit administratif évolue en fonction du droit de l'Union grâce à l'action de ses acteurs, qu'ils soient producteurs ou sujets de normes. Ainsi, l'administration, le juge administratif, l'individu et l'opérateur économique, acteurs du droit, constituent autant de points de vue différents sur les liens tissés entre droit de l'Union européenne et droit administratif français.

1. L'ADMINISTRATION *(par Coralie Mayeur-Carpentier)*

La mise en œuvre du droit de l'Union européenne, du point de vue de l'administration, peut être distinguée par l'étude de son application et des principes posés par la Cour de justice au sujet de l'État lui-même et de ses démembrements, ses collectivités infra-étatiques et ses établissements publics.

1.1. L'État.

La soumission des États membres au droit de l'Union ne leur retire pas leur pouvoir pour mettre en oeuvre ce droit. La Cour peut porter une appréciation sur l'exercice de la compétence étatique. En y procédant, elle rappelle quelles sont les matières qui continuent de relever d'une compétence résiduelle des États. En mettant en oeuvre le droit de l'Union, les États membres ne se conforment pas toujours aux prescriptions qui leur sont faites. Plusieurs affaires relatives à des manquements étatiques doivent être remarquées. Les États membres doivent vérifier et faciliter les libertés de circulation. Leur rôle en matière douanière et au sujet de la taxe sur la valeur ajoutée ainsi que dans les fonds structurels est précisé et rappelé par plusieurs décisions récentes.

Copyleft – Ius Publicum

La compétence résiduelle des États membres.

Dans certains domaines, la Cour doit reconnaître que la matière en cause ne concerne pas le droit de l'Union et relève d'une compétence étatique qui n'a pas fait l'objet d'un transfert de compétence à l'Union. C'est le cas au sujet du choix dans l'organisation militaire. La Cour de justice reconnaît également une compétence discrétionnaire des autorités nationales pour mettre en oeuvre la responsabilité environnementale.

Le choix dans l'organisation militaire. Le droit de l'Union européenne n'est pas applicable à certains domaines qui relèvent uniquement de la compétence des États. La suppression formelle des piliers non communautaires de l'Union par le traité de Lisbonne n'a pas remis cela en cause. Le traité rappelle notamment que l'ordre public[5] et la sécurité[6] ne relèvent pas de la compétence de l'Union et ne peuvent, pour cette raison, faire l'objet d'un contrôle juridictionnel par la Cour de justice[7]. Dans le traité de Lisbonne, les dispositions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune continuent d'être soumises à un régime dérogatoire au droit commun de l'Union et sont insérées essentiellement dans le traité sur l'Union européenne[8].

[5] L'article 4 du TUE et plus encore l'article 72 du TFUE qui énonce que le titre relatif à l'espace de liberté, sécurité et justice «ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure», rappellent cette réserve de compétence étatique.

[6] L'article 4, § 2, du TUE énonce notamment : «la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre».

[7] Selon l'article 276 du TFUE.

[8] La politique étrangère de sécurité commune est inscrite au chapitre 2 du titre V du TUE ; aux articles 23 à 46 du TUE. Elle est toutefois également présente dans le traité sur le fonctionnement de l'Union pour rappeler les particularités de la matière, en particulier, aux articles 218, 275 et 352 du TFUE.

Copyleft – Ius Publicum

Le Conseil d'État français a fait application de ce partage des compétences et a rappelé l'exclusion de l'application du droit de l'Union dans les matières relatives aux intérêts essentiels de la sécurité de l'État[9]. Il était saisi par un officier de marine demandant le renouvellement de son engagement au sein de la base navale de Toulon. L'officier, soumis au statut général des militaires, avait été recruté à Toulon par un contrat à durée déterminée qui était régulièrement renouvelé. Cependant, le ministre de la Défense a confirmé dans une décision du 20 décembre 2006 le refus de renouveler son contrat. C'est cette décision qui est contestée par l'officier de marine devant le Conseil d'État.

Celui-ci exerce un contrôle restreint sur la décision du ministre et rejette le recours, car le ministre de la Défense n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en refusant de renouveler le contrat. Pour ce faire, le juge administratif n'a pas retenu le moyen invoqué par le requérant portant sur l'application du principe d'interdiction du renouvellement continu de contrats à durée déterminée, posé par la directive de 1999[10].

Le Conseil d'État affirme que: «le recours à de tels contrats pour le recrutement des militaires, recours qui est même le seul mode de recrutement des militaires du rang, constitue *un choix d'organisation militaire d'un État membre pour la défense de son territoire et de ses intérêts essentiels, relevant de la compétence exclusive des États membres de l'Union européenne*, auquel le droit communautaire n'est pas applicable; que par suite ce moyen est inopérant».

[9] CE 7 oct. 2009, M. Bertrand A., req. n° 301898, Lebon T. ; AJDA 2009. 1867; AJFP 2010. 164, note C. Bernard-Guillaumont et O. Guillaumont ; RTD eur. 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar.

[10] Dir. 1999/70/CE, 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, qui prohibe le renouvellement indéfini de contrats à durée déterminés successifs.

Copyleft – Ius Publicum

La haute juridiction administrative française reprend ainsi la jurisprudence Alexandre Dory de la Cour de justice du 11 mars 2003[11], mentionnée dans les visas. En 2003, la Cour énonçait en effet que le droit communautaire n'est pas applicable aux choix des États dans l'organisation militaire[12]. Dans cette affaire, la Cour écartait l'application de la directive 76/207[13] à l'espèce mais elle affirmait néanmoins que: « Les mesures que les États membres prennent en la matière ne sont pas soustraites dans leur ensemble à l'application du droit communautaire du seul fait qu'elles interviennent dans l'intérêt de la sécurité publique ou de la défense nationale». L'interprétation donnée par le Conseil d'État en 2009 de cette décision est une exacte application d'un aspect de la jurisprudence Dory, selon lequel le droit communautaire n'est pas applicable aux choix dans l'organisation militaire.

Le juge administratif affirme que ce choix relève de la compétence exclusive des États membres de l'Union, ce qui montre qu'il ne fait pas application du principe d'attribution des compétences selon lequel les compétences appartiennent aux États membres qui les transfèrent, le cas échéant, à l'Union. Toutes les compétences sont des compétences étatiques; certaines sont transférées à l'Union, qui les exerce parfois de manière exclusive, parfois de façon partagée. Les compétences qui n'ont pas fait l'objet

[11] CJCE 11 mars 2003, Alexandre Dory, aff. C-186/01, Rec. CJCE p. I-2479 ; AJDA 2003. 1038, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; D. 2003. 2274, et les obs., obs. M. Sousse; AJFP 2003. 29, note P. Icard.

[12] La Cour énonce au point 39 de l'arrêt que : «La décision de la République fédérale d'Allemagne d'assurer pour partie sa défense par un service militaire obligatoire est l'expression d'un tel choix d'organisation militaire auquel le droit communautaire n'est en conséquence pas applicable».

[13] Dir. 76/207/CEE, 9 févr. 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ; JOUE L 39, 14 févr. 1976 p. 40 à 42; ce texte a été abrogé, c'est désormais, la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, 5 juill. 2006, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail qui est applicable ; JOUE, L 204, 26 juill. 2006, p. 23 à 36.

Copyleft – Ius Publicum

d'un transfert à l'Union européenne sont des compétences résiduelles des États membres mais ces derniers restent toujours soumis au respect des principes généraux du droit. L'utilisation de l'expression impropre de « compétence exclusive étatique » traduit néanmoins l'évolution du partage vertical des compétences en faveur de l'Union.

La marge de manoeuvre des autorités nationales en matière environnementale. En dehors des intérêts essentiels de sécurité, quelques domaines, qui ont pourtant fait l'objet d'un transfert de compétence à l'Union, prévoient une certaine marge de manoeuvre des autorités nationales pour appliquer et mettre en oeuvre le droit de l'Union.

Dans une affaire concernant des dommages environnementaux causés par des entreprises de raffineries sur un site d'intérêt national en Italie, la Cour[14] a interprété la directive 2004/35/CE du 21 avril 2004[15] en énonçant que les autorités nationales disposent «d'un pouvoir discrétionnaire approprié pour l'évaluation de l'importance des dommages et la détermination des mesures de réparation à prendre»[16]. Des sociétés de raffinerie contestaient les décisions de demande de réparation des préjudices causés par leurs installations et activités autour de la rade d'Augusta en Italie. La directive 2004/35/CE prévoit pourtant que les sociétés en cause y sont tenues sur le fondement du principe du pollueur-payeur. La Cour de justice énonce que les autorités nationales devaient entendre les entreprises mises en cause. Elle se fonde sur le principe du contradictoire, toujours

[14] CJUE, gde ch., 9 mars 2010, aff. C-378/08, ERG SpA et a. ; CJCE, gde ch., 9 mars 2010, aff. jtes. C-379 et 380/08, ERG SpA et a., non encore publié (nep) ; AJDA 2010. 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; D. 2010. 1399, note S. Carval ; ibid. 2468, obs. F. G. Trébulle ; RTD eur. 2010. 599, chron. L. Coutron.

[15] Dir. 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil, 21 avr. 2004, sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, JO L 143, p. 56.

[16] Point 59.

Copyleft – Ius Publicum

applicable même s'il n'est pas mentionné expressément par la directive[17]. Elle impose à l'État membre de respecter trois obligations: entendre les sociétés en cause; tenir compte des observations des personnes sur le terrain desquelles les mesures seront appliquées; justifier sa décision.

Les manquements étatiques.

La Cour de justice a statué dans différentes affaires mettant en cause le comportement de l'État membre ou de ses démembrements. Deux d'entre elles seront retenues en particulier. Elles concernent des activités de contrôle et une pratique administrative contraire aux objectifs d'une directive. Ces affaires montrent la volonté du juge de l'Union d'encadrer l'action étatique le plus largement possible.

La carence des autorités de contrôle. À l'automne 2009, la Cour de justice a sanctionné le manquement de l'Italie[18] à ses obligations imposées par les règlements portant sur les activités de pêche[19] dans l'Union. La Commission reprochait à l'Italie de ne pas avoir respecté la réglementation portant sur les filets maillants dérivants. La Cour estime que la surveillance et le contrôle des activités de pêche étaient insuffisants pour empêcher l'utilisation habituelle des filets interdits par les règlements communautaires. La Cour exerce ainsi un contrôle sur l'efficacité des autorités de contrôle.

[17] Points 54 et 55 de l'arrêt préc.

[18] CJUE 29 oct. 2009, Commission c. Italie, aff. C-249/08 ; Rec. CJCE p. I-00173; RSC 2010. 244, obs. L. Idot.

[19] Le règlement (CEE) n° 2241/87 du Conseil, 23 juill. 1987, établissant certaines mesures de contrôle à l'égard des activités de pêche JO L 207, p. 1; Le règlement (CEE) n° 2847/93 du Conseil, 12 oct. 1993, instituant un régime de contrôle applicable à la politique commune de la pêche, JO L 261, p. 1, tel que modifié par le règlement (CE) nº 2846/98 du Conseil, 17 déc. 1998, JO L 358, p. 5, et rectificatif JO 1999, L 105, p. 32.

Copyleft – Ius Publicum

La France avait, elle aussi, été condamnée quelques années auparavant, pour ne pas avoir mis en place un contrôle suffisant et prévu de sanctions pénales ou administratives adaptées en cas d'infraction à la règlementation communautaire de la pêche, en particulier chaque fois que les producteurs ne respectaient pas les quotas de pêche[20]. La Cour indiquait que: «en cas de violation de la réglementation communautaire en matière de conservation et de contrôle de la pêche, les autorités compétentes d'un État membre sont tenues d'intenter une action pénale ou administrative contre les responsables (...)»[21]. Dans sa décision de 2009 prononcée à l'encontre de l'Italie, la Cour semble se fonder sur les mêmes éléments. La décision est particulièrement précise au sujet du rôle des autorités de contrôle. La Cour reprend l'examen de la Commission selon lequel: «le corps des capitaineries de port n'a pas pour unique mission de surveiller et de contrôler les activités de pêche, mais doit également faire face à d'autres tâches telles que celles d'assurer la sécurité de la navigation et le sauvetage de vies humaines en mer». Or «ces missions s'exercent principalement à la même période que celle pendant laquelle les filets maillants dérivants sont utilisés (...)», ce qui empêche le corps des capitaineries de port d'exercer pleinement leur mission de contrôle et de surveillance. Le manquement de l'Italie est favorisé par la multiplicité des missions confiées aux agents chargés d'effectuer le contrôle de l'application de la directive. Le cumul des missions de contrôle et de sécurité et de sauvetage conduit à exercer un contrôle peu satisfaisant. La Cour déclare avec fermeté que l'abstention de contrôle, d'inspection et de surveillance satisfaisante est constitutive d'un manquement de la part de l'Italie. Avant l'Italie, la France a été elle aussi sanctionnée, à nouveau, en raison de l'utilisation des filets maillants dérivants. La décision de la Cour[22] ne portait pas sur les missions confiées aux agents de contrôle, car la France considérait que

[20] CJCE 25 avr. 2002, Commission c. France, aff. C-418/00 ; Rec. CJCE p. I-3969.

[21] Au point 62 de l'arrêt préc. ; la Cour s'immisce dans la réglementation pénale votée par l'État membre.

[22] CJCE 5 mars 2009, Commission c. France, aff. C-556/07 ; Rec. CJCE p. I-25; v. le commentaire de V. Michel, Filets maillants dérivants : condamnation de la thonaille, Europe, mai 2009.

Copyleft – Ius Publicum

les filets utilisés pour la pêche au thon appelés «thonaille» ne pouvaient pas être qualifiés de filets maillants dérivants, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de prévoir de sanction à l'encontre des pêcheurs qui en feraient usage. La France reconnaissait son abstention de contrôler, inspecter et surveiller leur utilisation. La situation est donc différente de celle de l'Italie mais le dispositif de l'arrêt est quasiment le même dans les deux affaires. S'agissant de la France, la Cour déclare: «En s'abstenant de contrôler, d'inspecter et de surveiller de façon satisfaisante l'exercice de la pêche au regard de l'interdiction des filets maillants dérivants pour la capture de certaines espèces et en ne veillant pas à ce que soient prises des mesures appropriées contre les responsables d'infractions à la réglementation communautaire en matière d'utilisation des filets maillants dérivants, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent(...)». Ainsi, la mise en oeuvre des directives destinées à interdire un usage exige des États membres qu'ils prévoient des sanctions suffisantes, proportionnées et dissuasives et en outre, que les autorités nationales chargées de vérifier le respect de l'interdiction n'exercent pas plusieurs missions qui pourraient porter atteinte à leur mission de contrôle et de surveillance. La Cour de justice donne ainsi une appréciation de la mission qui doit être menée par les agents de contrôle.

L'existence d'une pratique administrative. La Cour de justice a précisé la contrainte pesant sur les États membres au sujet des transpositions des directives. Dans une décision rendue à l'encontre de la Grèce[23], la Cour vérifie la conformité d'une pratique administrative avec les objectifs d'une directive pourtant correctement transposée. La Cour rappelle ainsi l'objectif d'application effective et d'uniformité du droit de l'Union. De cette manière, le manquement est probablement garanti de la façon la plus efficace. L'existence d'une pratique administrative peut être contraire au droit de l'Union alors même que la loi de transposition lui est conforme. C'est l'application habituelle par les autorités nationales compétentes qui est opposée au droit de l'Union. L'application du texte par les autorités

[23] CJCE 19 mars 2009, aff. C-489/06, Commission c. Grèce, Rec. CJCE p. I-1797.

Copyleft – Ius Publicum

nationales ne correspondant pas aux principes posés par les traités et par la directive elle-même, la Grèce a manqué à ses obligations.

Le rôle des États en matière de taxe sur la valeur ajoutée et en matière douanière.

En matière de droit de douane et de taxe sur la valeur ajoutée, les États membres exécutent les textes dans une matière relevant de la compétence exclusive de l'Union. Pour les mettre en oeuvre, le Conseil d'État a posé différentes questions préjudicielles à la Cour de justice au sujet de la taxe sur la valeur ajoutée. En matière douanière, un arrêt du Conseil d'État peut également être mentionné, de même que le décret de transposition de la Convention établissant une coopération entre les administrations douanières.

Les questions préjudicielles en matière de taxe sur la valeur ajoutée et en matière douanière. Le Conseil d'État[24] interroge la Cour de justice sur la possibilité pour la France d'exiger le paiement effectif de la taxe sur la valeur ajoutée par les redevables pour qu'ils puissent déduire la taxe. L'objectif du Conseil d'État est de se conformer au texte communautaire mais en évitant les fraudes dans une situation dans laquelle la taxe sur la valeur ajoutée à l'importation et le droit à déduction concernent la même personne. Au début de l'année 2010, la Cour de justice a répondu[25] aux questions posées par Conseil d'État au sujet de la qualification des activités de reprographie qui sont des livraisons de biens chaque fois qu'elles se limitent à reproduire un document sur un support mais qui peuvent être plus rarement qualifiées de prestations de services lorsque le travail effectué s'accompagne de prestations complémentaires. La juridiction administrative a fait application de l'interprétation donnée par la Cour et a tranché le litige qui avait donné lieu

[24] CE 30 juill. 2010, Société Véléclair, req. n° 293478, Lebon T.

[25] CJ 11 févr. 2010, Société Graphic Procédé, aff. C-88/09, nep.

Copyleft – Ius Publicum

au renvoi préjudiciel[26]. Dans une affaire portant sur le remboursement de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) accordée à une société de transports, le Conseil d'État[27] s'est référé, pour trancher le litige, à une décision de la Cour de justice[28]. L'affaire concernait la soumission des péages autoroutiers à la taxe sur la valeur ajoutée; l'entreprise mise en cause dans le litige demandait à bénéficier du droit de déduire la TVA acquittée sur les péages. Le juge de première instance, confirmé par la Cour administrative d'appel de Lyon, lui avait accordé le remboursement d'un montant de la taxe. Saisi du pourvoi du ministre, le Conseil d'État a annulé la décision de la Cour d'appel et a statué au fond en rappelant que pour pouvoir déduire une taxe, l'entreprise devait présenter une facture mentionnant de façon distincte la TVA. En l'espèce, l'entreprise de transports ne pouvait donc se prévaloir d'un droit à déduction sans avoir présenté les factures concernées. Il est fait ainsi désormais une application scrupuleuse des exigences de l'Union en la matière.

Les règles régissant l'Union douanière sont respectées par les entreprises qui ont dans les États membres des activités d'échange et de commerce de biens. Afin de respecter la réglementation douanière, les entreprises exportatrices de marchandises doivent, à ce titre, tenir une comptabilité des produits placés sous le régime d'un entrepôt douanier[29]. Le Conseil d'État[30] a interrogé la Cour de justice au sujet du maintien de la possibilité pour

[26] CE 10 juin 2010, Société Graphic Procédé, req. n° 296591.

[27] CE 5 mai 2010, Ministre du budget c. Société de transports Issoiriens, req. n° 309328.

[28] CJCE 12 sept. 2000, Commission c. France, aff. C-276/97, Rec. CJCE p. I-6251, chronique F. Deboissy, RTD Com. 2001. 277; l'arrêt est mentionné dans les visas et le Conseil d'État s'y réfère dans son premier considérant.

[29] Le Code des douanes communautaire prévoit cette réglementation ; adopté en 1992, par le règlement 2913/92, il a fait l'objet de plusieurs modifications, reprises dans le règlement 450/2008, 23 avr. 2008, JOUE, L 145, 4 juin 2008, en vigueur de 2008 à 2013.

[30] CE 26 mai 2010, Société Groupe Limagrain, req. n° 308658.

Copyleft – Ius Publicum

une entreprise de bénéficier de l'avance des restitutions à l'importation de ses produits agricoles malgré le non-respect de l'exigence de tenue de comptabilité.

L'établissement de la coopération douanière entre les administrations nationales. Au début de l'année 2010, la Convention portant sur l'assistance mutuelle et la coopération entre les administrations douanières a été publiée[31]. Le décret de publication est accompagné de la convention en annexe. Adoptée en 1997 dans le cadre de l'ancien troisième pilier de l'Union européenne, la convention a pour objet de prévoir une véritable assistance en matière pénale entre les administrations douanières des États membres. Cette coopération est destinée à favoriser la prévention et à accuser une répression efficace et harmonisée des infractions douanières sur l'ensemble du territoire de l'Union. C'est la raison pour laquelle le texte est adopté sur le fondement du traité sur l'Union et non pas sur le fondement du traité sur la Communauté européenne (CE), alors que l'Union douanière relevait du premier pilier. Désormais, le traité de Lisbonne devrait permettre d'éviter la multiplication et la diversité des bases et régimes juridiques.

Le rôle des États et la gestion des fonds structurels.

Sur le fondement de différents règlements communautaires relatifs à l'application des fonds structurels, la Commission procède à l'examen de leur mise en oeuvre dans les États membres. Ces derniers sont responsables de la gestion et du contrôle des interventions à ce titre. Le système mis en place par le Grand-Duché de Luxembourg a fait l'objet de plusieurs audits de la part de la Commission. La gestion par le Luxembourg a d'abord fait l'objet d'un avis favorable mais la Commission est ensuite revenue sur cette appréciation.

[31] Décr. n° 2010-87, 22 janv. 2010 portant publication de la convention établie sur la base de l'article K. 3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'assistance mutuelle et à la coopération entre les administrations douanières, faite à Bruxelles le 18 décembre 1997; JORF, n° 20, 24 janv. 2010, p. 1575.

Copyleft – Ius Publicum

L'État a alors saisi le Tribunal de l'Union d'un recours en annulation de ces décisions[32]. Son recours a été déclaré recevable à l'encontre de l'une d'entre elles. Le Luxembourg conteste la décision de la Commission mettant en cause son système de gestion au motif que la Commission lui avait précédemment indiqué que «les systèmes de gestion et de contrôle pour les interventions en cause offraient des garanties très satisfaisantes». Le Luxembourg estime qu'en revenant sur cette appréciation dans une décision adoptée peu de temps après, la Commission n'a pas respecté le principe de confiance légitime. Le Tribunal rappelle la jurisprudence classique de la Cour au sujet du principe de confiance légitime[33]. Il en fait application en énonçant notamment que le requérant peut se prévaloir du principe si trois conditions sont réunies mais il ajoute que « la violation manifeste de la réglementation en vigueur » empêche de s'en prévaloir. Le Tribunal limite son contrôle sur la décision de la Commission à la recherche d'une erreur manifeste d'appréciation et reconnaît que la Commission pouvait, sans commettre une telle erreur, prononcer la suspension des paiements intermédiaires de crainte d'irrégularités à venir. Le juge de l'Union retient en particulier l'argument de la Commission selon lequel «des rapports d'audits établis par ses services dans le cadre de la mise en place d'opérations financées par des fonds structurels ne sont pas, en principe, de nature à fonder une confiance légitime (...)»[34] et rejette le recours formé par le Luxembourg. La solution paraît sévère pour l'État membre du point de vue de l'application du principe de confiance légitime mais elle est une application du large pouvoir d'appréciation reconnu à la Commission. Le Conseil d'État[35], saisi d'une affaire opposant l'État et la chambre de commerce et de l'industrie de l'Indre, a

[32] TIUE 18 juin 2010, Grand-Duché de Luxembourg c. Commission européenne, aff. T-549/08.

[33] V., à ce sujet, D. Triantafyllou, La confiance légitime en tant qu'instrument de cohésion en droit communautaire, RFDA 2000. 246.

[34] Point 79, déc. préc.

[35] CE 5 juill. 2010, Ministre de l'Intérieur et chambre commerciale et d'industrie de l'Indre, req. n° 308601, Lebon T.

Copyleft – Ius Publicum

décidé de poser différentes questions préjudicielles portant sur la récupération d'une aide illégalement perçue. La chambre de commerce et d'industrie de l'Indre a reçu différentes aides étatiques au titre du Fonds européen de développement économique régional (FEDER) et au titre du Fonds national d'aménagement et de développement du territoire (FNADT). Ces subventions lui ont été accordées afin de réaliser un projet appelé «Objectif entreprises», destiné à attirer des entreprises et acteurs économiques dans la région. Cependant, la chambre de commerce n'a pas respecté les règles de passation des marchés publics avec les opérateurs, de sorte que le remboursement de l'ensemble des sommes versées lui a été réclamé. La chambre de commerce a contesté cette réclamation et a obtenu du tribunal administratif l'annulation de la décision du préfet de l'Indre lui demandant le versement des sommes. La cour administrative d'appel a confirmé cette annulation. Le ministre de l'Intérieur, des Collectivités et de l'Outre-mer a formé un pourvoi contre cette décision. Le Conseil d'État se réfère à la jurisprudence Venreniging Nationaal Overlegorgaan sociale Werkvoorziening de la Cour de justice[36], selon laquelle les États sont tenus «de récupérer les fonds perdus à la suite d'un abus ou d'une négligence». Pour pouvoir répondre aux moyens invoqués par le ministre à l'appui de son pourvoi et pour juger l'affaire au fond, le Conseil a décidé de poser deux questions préjudicielles à la Cour de justice. La première concerne l'obligation de récupération des subventions: elle est de savoir si l'obligation de récupération concerne tous les manquements aux règles de passation des marchés publics ou seulement certains d'entre eux et, si tel est le cas, lesquels. La deuxième interrogation porte sur la qualification de l'irrégularité et, en particulier, sur le point de savoir si la violation de règles portant sur les marchés publics peut être considérée comme une irrégularité selon le règlement 2988/95; elle porte également sur le délai de prescription de la récupération.

[36] CJCE 13 mars 2008, Venreniging Nationaal Overlegorgaan sociale Werkvoorziening, aff. C-383/06, Rec. CJCE p. I-1561.

Copyleft – Ius Publicum

Dans une décision, datée du 10 novembre 2010[37], qui sera mentionnée aux tables du recueil Lebon, le Conseil d'État se fonde sur la décision classique de la Cour de justice National Framer's Union[38] pour sanctionner le bénéficiaire d'une aide obtenue par fraude. La juridiction administrative énonce que le fraudeur ne pourra pas bénéficier de l'aide pendant l'année suivante et rappelle que la sanction est applicable «quelle que soit la surestimation constatée entre les superficies déclarées et celles constatées lors d'un contrôle».

1.2 Les collectivités infra-étatiques.

Le champ d'application territorial et matériel des traités a été précisé par différents textes et décisions. L'application du traité de Lisbonne en outre-mer ainsi que la reconnaissance par la Cour de justice de compétences législatives régionales, tout en maintenant son refus de prononcer un manquement à l'encontre d'une collectivité infra-étatique, doivent être remarquées.

L'application du traité en Outre-mer.

Le Traité de Lisbonne a modifié l'ancien article 299 du Traité CE (devenu notamment l'article 355 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – TFUE)[39]

[37] CE 10 nov. 2010, req. n° 325372, Lebon T.

[38] CJCE 17 juill. 1997, National Farmers'Union, aff. C-345/95, Rec. CJCE p. I-5215.

[39] L'article 299 du TCE est repris dans le traité de Lisbonne par différentes dispositions : à l'article 47 du TUE, à l'article 349 du TFUE, à l'article 355 du TFUE. C'est cette disposition qui sert de fondement à l'adoption des décrets français en matière de droit de séjour à Wallis et Futuna, en Polynésie, à Mayotte et en Nouvelle-Calédonie.

Copyleft – Ius Publicum

en y ajoutant un paragraphe qui prévoit qu'à la demande de l'État membre concerné, le Conseil européen modifie le statut à l'égard de l'Union d'un pays ou d'un territoire rattaché au Danemark, à la France, ou aux Pays- Bas. La France a demandé l'insertion d'une déclaration[40] annexée au traité afin de modifier le statut de Mayotte dès que son statut interne le lui permettrait. À la différence des pays et territoires d'outre-mer soumis à un régime particulier[41] d'association à l'Union, les régions ultra-périphériques font partie du territoire de l'Union. Pour cette raison, les principes de liberté de circulation dans l'Union y sont applicables. Plusieurs décrets ont été adoptés en novembre 2010 afin de prévoir l'entrée et le séjour des citoyens de l'Union sur ces territoires. La Cour de justice a été également saisie d'une question préjudicielle au sujet de l'application de l'article 63 du TFUE, portant sur la libre circulation des capitaux, dans les pays et territoires d'outre-mer.

Le Conseil d'État a statué lui aussi au sujet des effets des modifications de statut de Saint-Martin et de Saint-Barthélémy[42]. Droit de séjour à Wallis et Futuna, en Polynésie, à Mayotte et en Nouvelle-Calédonie Quatre décrets ont été adoptés à la fin de l'année 2010 au sujet de « l'entrée et [du] séjour des citoyens de l'Union européenne (...) et des membres de leur famille » dans les îles Wallis et Futuna[43], en Polynésie[44], à Mayotte[45] et en Nouvelle-Calédonie[46].

[40] Déclaration n° 43 applicable à Mayotte, annexée au traité de Lisbonne.

[41] Un rapport d'information a été rédigé par la Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale, le 10 février 2010, sur l'avenir des relations entre l'Union et les pays et territoires d'outre-mer, par A. Girardin et H Gaymard. Le rapport peut être consulté sur le site internet de l'Assemblée à cette adresse : http://www.assemblee-nationale.fr/13/europe/rap-info/i2301.asp.

[42] CE 14 juin 2010, Monsieur Joachim A…, req. n° 307053, Lebon ; AJDA 2010. 1236.

[43] JORF n° 0270, 21 nov. 2010 p. 20872; Décr. n° 2010-1433, 19 nov. 2010, relatif à l'entrée et au séjour des citoyens de l'Union européenne mentionnés à l'article 13 de l'ordonnance n° 2000-371, 26 avril 2000 et des membres de leur famille dans les îles Wallis et Futuna.

Copyleft – Ius Publicum

L'objet de ces décrets est de tenir compte des nouveaux statuts de ces territoires. Les dispositions nouvelles font application des jurisprudences de la Cour de justice au sujet du refus des restrictions d'entrée et de séjour des ressortissants d'États membres, sauf en cas d'atteinte ou de menace à l'ordre public. Les textes indiquent que tous les citoyens de l'Union européenne sont admis dans ces territoires « à condition que (leur) présence ne constitue pas une menace pour l'ordre public ». Les membres de la famille peuvent bénéficier également de ce droit aux mêmes conditions. Les décrets énoncent ensuite les modalités d'octroi du droit de séjour, qui ne peut être accordé qu'aux citoyens qui ne présentent pas une charge déraisonnable. Ils peuvent être actifs ou non actifs, étudiants ou membres de la famille d'un ressortissant. Ces qualités peuvent être mentionnées dans le titre de séjour. Le droit au séjour peut être conservé à certaines conditions malgré une perte d'emploi ou encore un accident. C'est également le cas pour les membres de la famille qui continuent de bénéficier de ce droit malgré la rupture du lien avec le ressortissant, notamment en cas de divorce ou de décès. Les derniers articles des décrets prévoient les modalités de délivrance du titre de séjour (qui peut être permanent) et les sanctions en cas de fraude[47].

[44] JORF n° 0270, 21 nov. 2010, p. 20876; Décr. n° 2010-1434, 19 nov. 2010, relatif à l'entrée et au séjour des citoyens de l'Union européenne mentionnés à l'article 14 de l'ordonnance n° 2000-372, 26 avr. 2000 et des membres de leur famille en Polynésie française.

[45] JORF n° 0270, 21 nov. 2010, p. 20879; Décret n° 2010-1435, 19 nov. 2010, relatif à l'entrée et au séjour des citoyens de l'Union européenne mentionnés à l'article 13 de l'ordonnance n° 2000-373, 26 avril 2000 et des membres de leur famille à Mayotte.

[46] JORF n° 0270, 21 nov. 2010 p. 20882; Décr. n° 2010-1436, 19 nov. 2010, relatif à l'entrée et au séjour des citoyens de l'Union européenne mentionnés à l'article 14 de l'ordonnance n° 2002-388, 26 avril 2002 et des membres de leur famille en Nouvelle-Calédonie.

[47] La violation du régime de droit au séjour établi dans ces décrets est punie d'une amende relevant de la contravention de 5e classe, par les articles 26 ou 27 de chacun des décrets.

Copyleft – Ius Publicum

Droit de vote et citoyenneté de l'Union des résidents des collectivités d'outre-mer. Dans un arrêt du 14 juin 2010, le Conseil d'État[48] s'est prononcé au sujet de l'élection des conseils territoriaux de Saint-Martin et de Saint-Barthélémy. Il était saisi d'un recours pour excès de pouvoir formé contre l'instruction ministérielle portant organisation des élections. Pour statuer, le Conseil d'État s'est fondé sur les principes posés par la directive 94/80/CE[49] et en particulier sur la possibilité pour tout citoyen de l'Union, même s'il n'a pas la nationalité de l'État membre dans lequel il réside, d'exercer son droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales. Les États sont tenus d'offrir ce droit à l'ensemble des citoyens de l'Union. La juridiction administrative précise dans cet arrêt que « la disparition d'une commune par suite d'une modification statutaire et sa substitution sur son territoire par une autre collectivité n'est pas, en soi, de nature à supprimer le droit pour les ressortissants de l'Union européenne de participer aux élections locales qui se déroulent sur ce territoire ». La modification du statut de Saint- Barthélémy, devenu une collectivité d'outre-mer, ne peut retirer à un citoyen de l'Union son droit en matière électorale.

La compétence législative dévolue aux collectivités territoriales d'un État membre. La Cour de justice admet que les collectivités participent à la mise en oeuvre du droit de l'Union. Elle leur impose d'ailleurs cette participation. Dans une affaire opposant un agriculteur britannique à l'État, le juge national a posé deux questions préjudicielles à la Cour de justice, qui a répondu en Grand-chambre[50]. Elle était interrogée sur l'interprétation d'un règlement 1782/2003, en particulier au sujet de son article 5 relatif aux bonnes conditions agricoles et environnementales dont les exigences minimales doivent être

[48] CE 14 juin 2010, Monsieur Joachim A…, préc.

[49] Dir. 94/80/CE du Conseil, 19 déc. 1994 fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils n'ont pas la nationalité ; JOCE, L. 368, 31 déc. 1994, p. 38.

[50] CJCE 16 juill. 2009, Mark Horvath c. Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs, aff. C-428/07.

Copyleft – Ius Publicum

définies par les États membres. La première question porte sur la possibilité pour un État membre d'imposer des exigences d'entretien des chemins grevés de servitudes de passage public. La Cour répond de façon affirmative à condition que ces «exigences contribuent au maintien de ces chemins en tant que particularités topographiques ou le cas échéant aux fins d'éviter la détérioration des habitats»[51]. La seconde question concerne la possibilité pour les entités régionales d'adopter des normes différentes que celles qui s'appliquent sur l'ensemble du territoire en faisant application de la compétence législative qui leur est dévolue par le système constitutionnel de l'État. Avant de se prononcer, la Cour affirme que «le législateur communautaire a donné la possibilité (aux États membres) de tenir compte des différences régionales existant sur leur territoire»[52]. La Cour rappelle sa jurisprudence classique selon laquelle les États sont libres de l'organisation interne de leur territoire. En conséquence, elle admet que certaines différences peuvent exister entre les législations adoptées par les autorités régionales compétentes sans néanmoins constituer une discrimination contraire au droit de l'Union. Elle affirme ainsi que la compétence législative régionale ne porte pas nécessairement atteinte à l'effectivité du droit de l'Union.

Le rejet de l'imputabilité d'un manquement aux collectivités territoriales.

La transposition encore incorrecte des directives «oiseaux»[53] et «habitats»[54] a donné lieu à la sanction de plusieurs manquements à l'encontre de la France et de l'Italie.

[51] Points 26 et 46, arrêt préc.

[52] Point 48 de l'arrêt.

[53] Dir. 79/409/CEE du Conseil, 2 avr. 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages, JOCE, L 103, 25 avr. 1979, p. 1 s.

[54] Dir. 92/43/CEE du Conseil, 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, JOCE, L 206, 22 juill. 1992, p. 7 s.

Copyleft – Ius Publicum

Ces décisions rappellent que le comportement fautif est toujours imputable aux États membres et non à leurs collectivités, et montre la difficulté pour les États de faire exactement application de ces directives et d'exercer un contrôle adéquat.

La Commission a dû rappeler à l'ordre l'Italie au sujet de la mise en oeuvre de la directive 79/409 portant sur la conservation des oiseaux sauvages[55]. L'absence de transposition ou la transposition incomplète de la part d'un État membre ne peut être justifiée par l'existence d'une compétence régionale exclusive dans le domaine concerné. L'Italie se fondait sur cet argument pour expliquer d'une part pourquoi certains articles de la directive n'ont pas fait l'objet de transposition au niveau national, notamment au sujet de la planification faunistique et cynégétique mise en oeuvre par les administrations provinciales, et pour justifier d'autre part pourquoi certaines dispositions nationales de transposition avaient une portée plus limitée que la disposition en cause de la directive. La Cour a rappelé que le manquement s'apprécie toujours uniquement à l'égard de l'État membre et que «la circonstance qu'un État membre a confié à ses régions le soin de mettre en oeuvre des directives ne saurait avoir aucune incidence sur l'application de l'article 258 du TFUE»[56]. La Cour confirme ainsi que le manquement ne saurait être prononcé à l'encontre d'une ou de plusieurs régions d'un État membre. Sa décision confirme l'application constante de sa jurisprudence en la matière. S'agissant de l'application de la directive «oiseaux», la Cour a précisé les obligations à la charge des États membres dans une décision du 14 octobre 2010[57]. La directive « oiseaux » a pour objet, avec la directive «

[55] CJUE, 3e ch., 15 juill. 2010, aff. C-573/08, Commission c. Italie, nep.

[56] Point 66 de l'arrêt préc.; la Cour précise : «En effet, si chaque État membre est libre de répartir, comme il l'entend, les compétences normatives sur le plan interne, il n'en demeure pas moins que, en vertu de l'article 258 TFUE, il reste seul responsable, vis-à-vis de l'Union, du respect des obligations qui résultent du droit de l'Union».

[57] CJUE 14 oct. 2010, Commission c. Autriche, aff. C-535/07, nep.

Copyleft – Ius Publicum

habitats », de permettre l'application de la Convention de Berne du 19 septembre 1979[58]. Leur mise en œuvre a été difficile et le Conseil d'État français s'était prononcé en 2005[59] en faveur d'une dérogation au régime de protection d'une espèce non domestique à certaines conditions. Le Conseil d'État se fondait sur les deux directives et non sur la Convention elle-même. L'année 2010 a montré que la transposition de ces directives continue de présenter des difficultés pour les États membres, en particulier pour ce qui concerne le classement des zones de protection spéciales. Le comportement de la France dans la mise en œuvre de la directive «habitats» a été sanctionné par la Cour[60] en raison de la transposition incorrecte de l'article 6 de la directive. La France pourrait être condamnée encore une fois en 2011 au sujet du non-respect des dispositions de cette directive, pour ne pas avoir tenu compte des effets de certaines activités sur l'environnement et sur la conservation et la protection de la nature. Une affaire est en cours devant la Cour de justice s'agissant de la protection et de la conservation des habitats du grand hamster d'Alsace dans la région de Strasbourg. Le recours en manquement introduit par la Commission le 25 septembre 2009 est en cours d'instruction. Dans ces affaires, le manquement est l'État membre. Dans l'affaire pendante devant la Cour concernant la France, comme dans l'affaire prononcée contre l'Italie, le manquement n'est pas imputable à la région malgré l'autonomie dont elle peut bénéficier pour agir dans le domaine concerné.

[58] Convention de Berne relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe. La Communauté économique européenne, désormais l'Union européenne, y est partie depuis 1981 ; JOUE 1982, L38 p. 1.

[59] CE 20 avr. 2005, Association pour la protection des animaux sauvages, req. n° 271216, Lebon p. 975; dans cette décision le Conseil d'État rappelait l'obligation d'interprétation conforme du droit national au regard des principes posés par les directives; au sujet de la décision, voir notamment la note de J.-M. Pontier, L'homme est-il un loup pour le loup?, AJDA 2005. 1398 et concernant la contrainte à la charge des États membres pour mettre en oeuvre et appliquer les directives communautaires, voir le dossier relatif au renforcement de la portée des normes, en particulier CE, ass, 30 oct. 2009, Madame Perreux, RFDA 2009. 1146, note P. Cassia.

[60] CJUE 4 mars 2010, Commission c. France, aff. C-241/08, nep.

Copyleft – Ius Publicum

1.3 Les établissements publics.

La soumission des établissements publics au droit de l'Union ne fait pas l'objet de doute. Cependant la Cour de justice a précisé certaines notions en examinant leurs missions. Au sujet des établissements publics, il faut en outre mentionner que le régime de responsabilité applicable à ces établissements hospitaliers en cas d'utilisation de produits considérés défectueux n'a toujours pas été tranché.

La nature et les missions des établissements publics.

Le juge de l'Union s'est prononcé en particulier au sujet de l'indépendance des autorités administratives dans une affaire mettant en cause l'Allemagne, mais qui concerne en réalité l'ensemble des États membres de l'Union et de leurs établissements en raison de l'affirmation de la notion d'indépendance. La Cour a également procédé à un contrôle des organes de contrôle; on peut remarquer une décision dans laquelle elle vérifie le rôle de la Caisse des dépôts et consignations.

Notion d'indépendance. Au début de l'année 2010, la Cour de justice a statué[61] au sujet de l'application de la directive 95/46/CE portant sur la protection des données à caractère personnel[62]. L'affaire concerne la transposition faite par l'Allemagne de la

[61] CJUE, gde ch., 9 mars 2010, Commission c. Allemagne, aff. C-518/07, nep; v. F. Kauff-Gazin, Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation ? – À propos de l'affaire C-518/07, 9 mars 2010, Commission c. Allemagne, Europe, n° 7, juill. 2010, étude 9.

[62] La directive 95/46/CE, adoptée le 24 octobre 1995 est relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO L 281, p. 31). Son application présente de nombreuses difficultés à ce sujet, voir notamment, pour une illustration récente de ces difficultés : S. Peyrou-Pistouley, La protection des données à caractère personnel dans l'ELSJ, work in progress…, RTD Eur. 2010. 775

Copyleft – Ius Publicum

directive. L'Allemagne s'est conformée au texte mais son interprétation de l'expression « indépendance » ne correspond pas à celle retenue par le droit de l'Union, en particulier par la Commission et par le Commissaire européen pour la protection des données. L'Allemagne a prévu que les autorités chargées de la protection des données personnelles soient soumises à un contrôle étatique. La Cour considère que l'indépendance exige que l'autorité agissede manière objective et impartiale et exerce sa mission sans influence extérieure directe ou indirecte[63]. Après avoir examiné le fonctionnement des organes allemands chargés de la protection des données personnelles, elle estime que: «la tutelle de l'État, de quelque nature qu'elle soit, permet en principe au gouvernement du Land concerné ou à un organe de l'administration soumise à ce gouvernement d'influer directement ou indirectement sur les décisions des autorités de contrôle ou, le cas échéant, d'annuler et de remplacer ces décisions». Par conséquent, la soumission des autorités de contrôle à une tutelle étatique ne correspond pas à l'exigence d'indépendance nécessaire pour assurer leurs missions.

Le rôle de la Caisse des dépôts et consignation dans le système des quotas d'émission de gaz. Pour négocier la conclusion d'une délégation de service public de chauffage urbain, la ville de Lyon avait besoin de connaître les données relatives aux volumes de quotas d'émissions de gaz à effet de serre vendus au cours de l'année 2005. La Ville en a fait la demande auprès de la Caisse des dépôts et consignations qui est l'organe administrateur du registre national des données. La Caisse des dépôts a refusé cette communication et a confirmé son refus, malgré la décision favorable de la Commission d'accès aux documents administratifs. La ville de Lyon a alors saisi le tribunal administratif de Paris d'un recours tendant à obtenir la communication des données qui lui étaient nécessaires. Le tribunal n'a pas pu trancher le litige sans poser plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union. Ses interrogations concernent l'interprétation

[63] Selon les points 25 à 30, l'arrêt préc.

Copyleft – Ius Publicum

de certains textes[64] établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre. La Cour de justice répond[65] que les données demandées constituent des données confidentielles selon le règlement communautaire de 2004. Elles ne peuvent être transmises qu'en respectant un régime spécifique et notamment l'exception d'un délai de cinq ans. Comme dans l'affaire précitée relative à l'interprétation de la directive 95/46/CE, la Cour vérifie le rôle de l'administrateur, en l'espèce de la Caisse des dépôts, et reconnaît qu'il lui revient de refuser le cas échéant de communiquer certaines données sans porter atteinte à la mission de l'administrateur central. La Caisse des dépôts a exactement fait application des textes adoptés par l'Union européenne dans cette matière en s'opposant, ce faisant, à son droit national.

La responsabilité des établissements publics hospitaliers en raison de l'utilisation de produits défectueux.

L'application de la directive 85/374/CEE, transposée par la France[66] en 1998, continue de présenter des difficultés. Aussi bien son champ d'application que le régime de

[64] La directive 2003/4/CE du Parlement et du Conseil adoptée le 28 janvier 2003 prévoit l'accès du public à l'information en matière d'environnement a directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établit un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté. Le règlement 2216/2004 de la Commission du 21 décembre 2004 met en place un système de registre normalisé et sécurisé conformément à la directive 2003/87/CE.

[65] CJUE 22 déc. 2010, Ville de Lyon c. Caisse des dépôts et consignations, aff. C-524/09, nep.

[66] La transposition incorrecte de la directive a conduit la Cour de justice à prononcer le manquement de la France à ses obligations dans l'affaire C-55/00, 25 avr. 2002, Rec. CJCE p. I-413. En raison de l'absence d'exécution de l'arrêt, la Cour a prononcé à nouveau la condamnation de la France dans une procédure de manquement sur manquement, dans l'affaire C-177/04, Rec. CJCE p. I-2461, rendue en Grandchambre, le 14 mars 2006, dans laquelle elle a prononcé une astreinte par jour de retard pour exécuter la décision de la Cour et se conformer au droit communautaire.

Copyleft – Ius Publicum

responsabilité qu'elle établit sont ambigus. Trois décisions du Conseil d'État doivent être mentionnées. Dans deux d'entre elles, le Conseil d'État a saisi la Cour de justice de questions préjudicielles à ce sujet. Ces affaires permettent de connaître le champ d'application de la directive et de s'interroger au sujet de son application à venir aux produits hospitaliers.

Le champ d'application de la directive. Le Conseil d'État a précisé l'interprétation à donner du champ d'application de la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative aux produits défectueux en écartant son application aux organes et greffes porteurs d'une maladie[67]. Le patient contaminé par une hépatite C à la suite d'une transplantation cardiaque ne peut se prévaloir de la directive. La responsabilité de l'hôpital ainsi que celle du laboratoire, le cas échéant, ne sont engagés que sur le fondement des principes de la responsabilité pour faute. La première interprétation donnée par la Cour de justice au sujet de la directive 85/374/CEE concernait ses articles 7 et 9[68]. La Cour avait été sollicitée par la juridiction nationale dans une affaire dans laquelle une transplantation rénale n'avait pu être faite à cause de l'impossibilité d'utiliser l'organe qui avait été rincé par un produit dont la défectuosité en empêchait la transplantation. La Cour de justice n'a pas écarté l'application de la directive relative aux produits défectueux dans cette affaire[69], à l'inverse des propositions faites en ce sens par son avocat général dans ses conclusions[70].

[67] CE 27 janv. 2010, Madame A. - Hospices civils de Lyon et Centre hospitalier de Besançon, req. n° 313568, Lebon.

[68] CJCE 10 mai 1999, Henning Veedfald, aff. C-203/99, Rec. CJCE p. I-3569.

[69] V. la note sous l'arrêt précité par P. Kayser, Responsabilité médicale du fait des produits défectueux, D. 2001. 3065.

[70] L'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, dans ses conclusions prononcées le 14 décembre 2000, avait démontré que la directive n'était pas applicable à un produit créé par un professionnel dans le cadre de son activité de prestation de services ; la solution n'était pas destinée à être mise en circulation ni vendue ni distribuée. Il estime que la préparation et l'utilisation du produit sont associées à son activité de prestation de services (v., en part., le point 14 des conclusions).

Copyleft – Ius Publicum

À la différence de l'affaire soumise au contrôle du Conseil d'État, le produit défectueux n'était pas l'organe humain mais le liquide destiné à le préparer pour qu'il soit greffé. L'interprétation faite par la juridiction française apporte une précision supplémentaire au champ d'application de la directive sans s'opposer aux principes posés par la Cour dans sa jurisprudence antérieure.

L'application du régime de responsabilité aux produits et aux prestations de services dans un cadre hospitalier. Dans deux autres affaires, le Conseil d'État s'interroge sur l'application du régime de responsabilité sans faute prévue par la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 aux prestations de service et aux produits fournis à l'hôpital[71]. Dans la première affaire[72], pour condamner le Centre hospitalier universitaire de Besançon et confirmer le jugement en première instance, la Cour administrative d'appel de Nancy s'est fondée sur le principe « selon lequel un établissement doit réparer, en l'absence même de faute de sa part, le dommage subi par un patient du fait de la défaillance d'un appareil ou d'un produit utilisé dans le cadre des soins ». Selon la Cour administrative d'appel, la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985, et en particulier son article 13, n'empêche pas l'application de ce principe. Ainsi, la victime d'un dommage lié à l'utilisation d'un produit défectueux par le personnel de l'hôpital bénéficierait d'un régime de responsabilité distinct de celui prévu par la directive 85/374/CEE de 1985. L'établissement hospitalier pourrait néanmoins toujours exercer le recours en garantie prévu par la directive contre le producteur du produit défectueux. L'exclusion de l'application de la directive au patient victime de l'usage d'un produit par un tiers conduirait alors à un renforcement de la protection de ses droits. Toutefois, les ambiguïtés au sujet de l'application du texte ont imposé au Conseil d'État de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel en

[71] Pour une présentation des positions du Conseil d'État et de la Cour de cassation au sujet de cette responsabilité, v. L. Dubouis, « La distinction droit publicdroit privé à l'épreuve de l'évolution de la responsabilité médicale », in Mélanges Marcel Waline, Dalloz, 2002, p. 195.

[72] CE 4 oct. 2010, Centre hospitalier universitaire de Besançon, req. n° 327449.

Copyleft – Ius Publicum

interprétation. Le Conseil d'État a posé deux questions à la Cour[73]. Dans sa première question, il l'interroge sur la possibilité pour l'État membre de « mettre en oeuvre un régime de responsabilité fondé sur la situation particulière des patients des établissements publics de santé ». Dans sa seconde question, il demande à la Cour si la directive empêche que l'État prévoie un régime de responsabilité spécifique aux prestataires de services. Dans la seconde affaire[74], portant sur l'application de la directive 85/374/CEE, était en cause la défectuosité d'une vis destinée à un jeune garçon pour corriger une torsion des membres inférieurs. En raison de la mauvaise qualité de la vis utilisée, l'enfant a dû subir plusieurs opérations et la responsabilité du centre hospitalier a été recherchée. Comme dans l'affaire précédente, la cour administrative d'appel s'est fondée sur la responsabilité même sans faute de l'hôpital, sans préjudice de l'exercice d'un recours en garantie à l'encontre du producteur. Le Conseil d'État a décidé de surseoir à statuer sur le pourvoi formé devant lui jusqu'à ce que la Cour de justice ait répondu aux questions préjudicielles posées dans le cadre du litige mettant en cause le centre hospitalier de Besançon. Si la Cour de justice de l'Union répond de manière affirmative à la première des deux questions préjudicielles, elle offrira véritablement la possibilité aux États membres, et à la France en particulier, d'établir un régime spécifique de responsabilité sans faute en faveur des victimes de l'utilisation de produits défectueux dans un cadre hospitalier. La Cour devrait alors répondre de façon négative à la seconde question afin de donner la possibilité aux États membres d'édicter un régime spécifique aux prestataires de services. Cette interprétation restrictive de la directive devrait s'appliquer, dans un souci de cohérence, à l'ensemble des prestations de services, et ne pas être limitée à la mise en jeu de la responsabilité hospitalière. La Cour de justice, réunie en Grand-chambre, a donné, en 2009[75], une interprétation de l'article 11 de la directive 85/374/CEE. La Cour était sollicitée par la House of Lords afin de répondre à une

[73] L'affaire C-495/10 a été enregistrée devant la Cour le 15 octobre 2010; JOUE, C-30, 29 janv. 2011, p. 14.

[74] CE 16 déc. 2010, Centre hospitalier universitaire de Bordeaux, req. n° 324455, inédit.

[75] CJCE 2 déc. 2009, Aventis Pasteur c. OB, aff. C-358/08.

Copyleft – Ius Publicum

affaire mettant en cause le laboratoire Aventis Pasteur pour avoir fourni des vaccins dont l'un avait causé des lésions graves au demandeur à l'instance. La société Pasteur Mérieux (qui a changé de dénomination) a fourni les doses de vaccins suspectes à sa filiale Mérieux établie sur le territoire britannique. Le requérant a formé son recours en 2000 à l'encontre de l'entreprise qu'il croyait être le fabricant du vaccin qui lui a été injecté. Cependant, son recours n'a pas été formé à l'encontre du véritable fabricant du vaccin et le requérant se trouvait, du fait de l'expiration du délai de dix ans, dans l'impossibilité d'obtenir réparation de son préjudice sur le fondement de la directive portant sur les produits défectueux. La Grande-Bretagne a alors admis qu'il puisse substituer le défendeur à l'instance malgré l'expiration du délai de prescription. Toutefois, la House of Lords a posé à la Cour de justice une question préjudicielle au sujet de la compatibilité de cette loi avec l'article 11 de la directive. La Cour a donné une interprétation restrictive de l'article 11 de la directive. Elle a estimé que la législation britannique n'était pas conforme à cette disposition. Toutefois, elle a ajouté une interprétation plus extensive de l'article 3 de la directive, en faveur de la victime en déclarant que : « lorsque la victime d'un produit prétendument défectueux n'a raisonnablement pas pu identifier le producteur dudit produit avant d'exercer ses droits à l'encontre du fournisseur de ce dernier, ledit fournisseur doit être considéré comme un "producteur", aux fins, notamment, de l'application de l'article 11 de ladite directive, s'il n'a pas communiqué à la victime, de sa propre initiative et de manière diligente, l'identité du producteur ou de son propre fournisseur, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier au vu des circonstances de l'espèce ».

2. LE JUGE ADMINISTRATIF (*par Laure Clément-Wilz)*

L'institution, par le traité de Lisbonne, d'un Comité consultatif en vue de la nomination des membres de la Cour resserre le lien qui existe déjà entre la Cour de justice et le juge administratif. La période de référence est également marquée par différents arrêts

Copyleft – Ius Publicum

du Conseil d'État et de la Cour de justice, qui concernent la place du juge national comme «juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne»[76].

2.1. Les liens entre le juge administratif et la Cour de justice

Le mécanisme du renvoi préjudiciel est un mécanisme de coopération de juge à juge, pour autant que l'organe qui saisit la Cour soit bien qualifié de juridiction au sens du droit de l'Union. Le nouveau Comité consultatif crée quant à lui un lien d'une nouvelle nature entre le Conseil d'État et la Cour.

La notion de juridiction pouvant de poser une question préjudicielle à la Cour de justice La question de la qualification de juridiction des autorités administratives indépendantes (AAI) n'a véritablement d'intérêt que sur le plan du droit de l'Union[77]. En effet, au regard des exigences de protection de l'administré et du justiciable posés par le droit français et l'article 6 de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la qualification de juridiction d'une autorité administrative indépendante (AAI) importe finalement assez peu, y compris lorsqu'elle dispose du pouvoir de sanction[78]. En revanche, seule une AAI qualifiée de « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE peut poser une question préjudicielle, ce qui lui permet de s'émanciper plus facilement de l'interprétation du droit de l'Union donnée par le juge administratif. Sur ce plan, la Cour de justice considère, dans son arrêt RTL Belgium SA[79], que le CSA belge n'est pas une juridiction.

[76] CE 14 mai 2010, Rujovic, req. n° 312305, Lebon.

[77] Elle n'est importante que pour l'application du mécanisme du renvoi préjudiciel (J. Ziller, Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne, RFDA 2010. 901).

[78] Ainsi que le démontre Pascale Idoux (P. Idoux, Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales, RFDA 2010. 920).

[79] CJUE 22 déc. 2010, RTL Belgium SA, C-517/09, nep (sans conclusions).

Copyleft – Ius Publicum

Au contraire, dans son arrêt Nidera Handelsompanie, elle juge qu'une commission liée au ministère des Finances est une juridiction dans la mesure où elle est suffisamment indépendante du ministère auquel elle se rattache[80]. La création d'un Comité consultatif pour la nomination des membres de la Cour de justice et du Tribunal Pour la première fois depuis que la Cour de justice existe, la procédure de sélection des juges et avocats généraux est modifiée, répondant ainsi en partie aux critiques formulées sur son manque de transparence et son caractère exclusivement national[81]. L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne a permis qu'un Comité, composé de « sept personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice et du Tribunal, des membres des juridictions nationales suprêmes et des juristes possédant des compétences notoires », soit institué afin de donner un avis sur l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions de juge et d'avocat général à la Cour de justice et au Tribunal, avant que les gouvernements des États membres procèdent aux nominations[82]. Depuis le 1er mars 2010 ont été désignés les membres du Comité et la présidence a été attribuée au vice-président du Conseil d'État M. Jean-Marc Sauvé[83]. Contrairement à l'organisation de la consultation du Comité institué pour auditionner les candidats aux fonctions de juge du Tribunal de la fonction publique, il n'existe pas de procédure d'appel à candidature et il n'est pas prévu que le comité dresse une liste de candidats dont le nombre pourrait être supérieur au nombre de sièges à pourvoir. Chaque État membre devrait continuer à ne proposer qu'un candidat, et les représentants des autres États membres se contenteraient, comme par le passé, d'entériner

[80] CJUE 21 oct. 2010, Nidera Handelscompagnie BV, C-385/09, nep (sans conclusions).

[81] V. Grementieri, Le statut des juges de la Cour de justice des Communautés européennes, RTD Eur. 1967. 817 s., spéc. p. 830; P. Pescatore, La légitimité du juge en régime démocratique, Commentaires 2000, n° 90, p. 339, spéc. p. 343; A. Arnull, The European Union and its Court of Justice, 2nd ed., 2006, p. 22

[82] Art. 255 TFUE.

[83] Cons. UE, Déc. 2010/125, 25 févr. 2010 portant désignation des membres du Comité prévu à l'article 255 TFUE: JOUE L 50, 27 févr. 2010, p. 20.

Copyleft – Ius Publicum

ce choix[84]. Autrement dit, la procédure de sélection des juges resterait bien nationale et le nouveau Comité serait destiné à donner un avis, non sur de véritables «candidats», mais sur des personnalités déjà choisies par leur État. Les règles d'organisation du Comité prévoient que, sauf en cas de renouvellement, «le Comité entend le candidat dans le cadre d'une audition non publique»[85]. Après les premières auditions et avis du Comité, la proposition hongroise de nomination d'un juge au Tribunal[86] a pendant un temps été retirée[87], puis réitérée et finalement entérinée[88]. À la suite de l'audition de certaines personnalités en vue de leur nomination comme juge au Tribunal, la Roumanie et la Grèce ont modifié leur choix[89]. S'il existait bien un lien de cause à effet entre l'avis du Comité et les différents

[84] H. Rasmussen, Present and future of the European judicial problems after enlargement and the post-2005 ideological revolt, CMLRev. 2007, p. 1661; Rapport final du Cercle de discussion sur le fonctionnement de la Cour de justice, 25 mars 2003, CONV. 636/03, pt 6.

[85] Cons. UE, 25 févr. 2010, Déc. 2010/124, relative aux règles de fonctionnement du comité prévu à l'article 255 TFUE, JOUE L 50, 27 juill. 2010, p. 18.

[86] Cons. UE, 15 déc. 2009, Communication aux membres du COREPER, 17563/09. Candidature momentanément entérinée par le COREPER (Cons. UE, 21 juin 2010, Projet de décision portant nomination des juges du Tribunal, 10952/10).

[87] Représentants des gouvernements des États membres de l'Union européenne, 23 juin 2010, Déc. 2010/362, portant nomination des membres du Tribunal, JOUE L 163, 30 juin 2010, p. 41. Le deuxième considérant précise : «Le comité institué par l'article 255 du TFUE a donné un avis sur l'adéquation des onze juges susmentionnés à l'exercice des fonctions de juge au Tribunal. Ultérieurement, la candidature de M. Ottó Czùcz a été retirée».

[88] Représentants des gouvernements des États membres de l'Union européenne (RGEMUE), 8 juill. 2010, Déc. 2010/400, portant nomination des membres du Tribunal, JOUE L 186, 20 juill. 2010, p. 29.

[89] La Roumanie a proposé la nomination de Stefan Deaconu (Cons. UE, 5 janv. 2010, Communication aux membres du COREPER, 17803/9) puis d'Andrei Popescu (Cons. UE, 24 sept 2010, Communication aux membres du COREPER, 14060/20), officiellement nommé juge (RGEMUE, 18 nov. 2010, Dec. 2010/703/UE, portant nomination d'un juge au Tribunal, JOUE L 306, 23 nov. 2010, p. 76). La Grèce a proposé la nomination de Christos Vassilopoulos (Cons. UE, 9 févr. 2010, Communication aux membres du COREPER, 6125/10) puis de Dimitrios Grastias (Cons. UE, 27 juill. 2010, Communication aux membres du COREPER, 12634/10), finalement

Copyleft – Ius Publicum

changements opérés par les États membres concernés, on pourrait penser que le Comité évalue concrètement si les candidats offrent bien toutes les garanties d'indépendance et s'ils possèdent «la capacité juridique requise pour l'exercice des fonctions juridictionnelles»[90], comme le fait le Comité instauré pour la sélection des juges au Tribunal de la fonction publique. Les personnalités auditionnées deviendraient alors de véritables « candidats », ainsi que le prévoit d'ailleurs le Traité. Dans ce cas, la procédure de sélection des membres de la Cour changerait de nature en devenant partiellement nationale et partiellement régie par le droit de l'Union. Surtout, si un tel rôle du Comité devait se confirmer, il deviendrait alors impératif de rendre plus transparente la teneur de son avis[91], voire de ses auditions, à l'instar des auditions des juges de la Cour suprême des États-Unis. Enfin, la composition de la Cour de justice deviendrait partiellement dépendante de membres de hautes juridictions nationales en exercice.

2.2. Le juge administratif, juge de droit commun du droit de l'Union européenne.

La période de référence est marquée par l'affaire Melki relative au rapport entre la primauté du droit de l'Union et la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), par différentes affaires de la Cour et du Conseil d'État sur l'invocabilité de certaines normes du

nommé (RGEMUE, 22 oct. 2010, 2010/669/UE, portant désignation d'un juge au Tribunal, JOUE L 278, 22 oct. 2010, p. 29).

[90] Déc. 2005/50/CE, relative aux conditions et aux modalités régissant la présentation et le traitement des candidatures en vue de la nomination des juges du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, JO L 50 du 23 févr. 2005, p. 7-8).

[91] Seule la candidature de Sacha Préchal aux fonctions de juge à la Cour a fait ouvertement l'objet d'un « avis favorable » du Comité (RGEMUE, 2 juin. 2010, 2010/306/UE, portant désignation d'un juge à la Cour de justice, JOUE L 137, 3 juin 2010, p. 3).

Copyleft – Ius Publicum

droit de l'Union et par le rôle du juge au provisoire. La primauté du droit de l'Union et la question prioritaire de constitutionnalité. Du point de vue du rapport entre les juridictions, l'affaire Melki a placé la Cour de justice dans la position très inconfortable d'avoir à trancher un différend entre plusieurs juges d'un même État membre[92]. Ce n'est certes pas la première fois. Ainsi, dans une affaire Commission c. Italie, la Cour de justice avait été confrontée à une divergence d'interprétation de la loi nationale entre plusieurs juridictions italiennes. La majorité d'entre elles appliquait cette loi en contradiction avec le droit de l'Union, alors que d'autres respectaient celui-ci. Évitant de constater un « manquement judiciaire », la Cour de justice a déduit de la divergence d'appréciation que la loi n'était pas suffisamment claire pour assurer une interprétation conforme au droit de l'Union, d'où la reconnaissance d'un manquement dont seul le législateur italien était responsable[93]. Dans l'affaire Melki, le gouvernement français a relevé que la Cour de cassation considérait, à tort, que le Conseil constitutionnel pouvait examiner la conventionnalité d'une loi au motif que l'inconstitutionnalité d'une loi résulterait de sa contrariété aux dispositions du droit de l'Union. Sur le terrain de la recevabilité de la question préjudicielle, la Cour de justice rappelle simplement que le cadre réglementaire et factuel est défini sous la responsabilité du juge a quo. Elle ajoute qu'«il n'apparaît pas de manière manifeste que l'interprétation, effectuée par la Cour de cassation, du mécanisme de la QPC est à l'évidence exclue au regard du libellé des dispositions nationales»[94]. Dans la suite de l'arrêt, la Cour n'exclut pas

[92] Cass., 16 avr. 2010, n° 12003 ND, Abdeli et Melki ; Cons. const., 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, n° 2010-605-DC; CE 14 mai 2010, n° 312305, Rujovic, préc. ; CJUE 22 juin 2010, Aziz Melki et Sélim Abdeli, C-188/10 et C-189/10 (prise de position Mazak, 7 juin 2010). Denys Simon et Anne Rigaux évoquent « le modèle d'armistice suggéré par la Cour de justice dans une guerre des juges franco-française », D. Simon et A. Rigaux, Perseverare autem diabolicum? La Cour de cassation refuse définitivement de donner effet à la question prioritaire de constitutionnalité, Europe 2010, Repère 8.

[93] CJCE 9 déc. 2003, Commission c. Italie, C-129/00, Rec. CJCE p. I-14637 (concl. Geelhoed), pt 33.

[94] CJUE 22 juin 2010, Aziz Melki et Sélim Abdeli, C-188/10 et C-189/10, préc. pt 28.

Copyleft – Ius Publicum

la présentation du droit français de la Cour de cassation mais parvient tout de même à donner une réponse en considération du droit national tel que présenté par le gouvernement français, en s'appuyant sur l'obligation d'interprétation conforme. Elle juge en effet qu'eu égard aux décisions dite Jeux de hasard du Conseil constitutionnel et Rujovic du Conseil d'État, «une telle interprétation des dispositions nationales qui ont institué le mécanisme de contrôle de constitutionnalité en cause au principal ne saurait être exclue»[95]. Ainsi, l'arrêt Rujovic a alimenté un «étonnant dialogue des juges»[96] au moment où la Cour de justice devait prendre une position décisive pour l'ordre juridique. Il a aussi permis de « ramener la sérénité dans un débat qui commençait à en manquer » au sein des institutions françaises[97]. Enfin, il a surtout contribué à ce que la Cour réponde utilement à la question de la compatibilité du mécanisme de la QPC avec le droit de l'Union. Sur le fond, l'arrêt Melki de la Cour de justice rejoint en grande partie l'arrêt Rujovic du Conseil d'État[98]. Les deux hautes juridictions s'accordent sur l'obligation du juge national d'assurer l'effectivité du droit de l'Union[99]. De plus, la Cour de justice admet que le mécanisme de la QPC empêche

[95] CJUE, 22 juin 2010, Aziz Melki et Sélim Abdeli, préc., pt 50.

[96] M. Gauthier, QPC et droit communautaire, retour sur une tragédie en cinq actes, Dr. adm. 2010, étude 19, pt 3

[97] H. Labayle, Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle: ordonner le dialogue des juges ?, RFDA 2010. 659.

[98] Schématiquement, la Cour de cassation avait une approche plus restrictive qui portait en germe une incompatibilité du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité avec le droit de l'Union (Cass., 16 avr. 2010, n° 12003 ND, Abdeli et Melki), tandis que le Conseil constitutionnel avait au contraire une approche plus large qui évitait tout conflit possible avec le droit de l'Union (Cons. const., 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, n° 2010-605-DC). Pour un ensemble des aspects de la question, voir le dossier consacré par la RFDA à la question prioritaire de constitutionnalité.

[99] Les dispositions de la loi organique sur la question prioritaire de constitutionnalité «ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité» (CE, Rujovic, préc. ; Comp. CJUE 22 juin 2010, préc., pt 43).

Copyleft – Ius Publicum

le juge national de laisser immédiatement inappliquée une disposition législative nationale qu'il estime contraire au droit de l'Union[100], à condition qu'il puisse «adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer une protection juridictionnelle provisoire»[101]. De la même manière, le Conseil d'État considère que le juge national assure l'effectivité du droit de l'Union « à tout moment de cette procédure, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union ». Les deux juridictions assouplissent l'exigence d'immédiateté du droit de l'Union posée par l'arrêt Simmenthal afin de préserver la QPC[102]. Elles considèrent que c'est seulement au terme de la procédure d'examen d'une question de constitutionnalité que le juge national retrouve toute latitude pour assurer pleinement l'efficacité du droit de l'Union. À cet égard, la Cour de justice précise dans l'arrêt Elchinov du 5 octobre 2010 que le juge national n'est pas lié par des appréciations d'une juridiction supérieure dès lors qu'il estime, au vu de l'interprétation de la Cour de justice, que ces appréciations ne sont pas conformes au droit de l'Union[103]. Transposée à la QPC, cette solution implique que «le juge national ne devrait pas être lié par une décision du Conseil constitutionnel s'il apparaît, au vu de l'interprétation donnée par la Cour de justice, qu'une telle décision est contraire au droit de l'Union»[104].

Par ailleurs, les deux hautes juridictions préservent le mécanisme du renvoi préjudiciel devant la Cour de justice: la priorité accordée à la question de constitutionnalité

[100] CJUE 22 juin 2010, préc., pt 53 et dispositif.

[101] Ibid.

[102] Ainsi, «la Cour fait montre d'une tolérance remarquable à l'égard du système français (...).» (D. Simon et A. Rigaux, Solange, le mot magique du dialogue des juges…, Europe 2010, Repère 7).

[103] CJUE 5 oct. 2010, Georgi Ivanov Elchinov, C-173/09, nep (concl. Cruz Villalon). V. égal. CJUE 8 sept. 2010, Winner Wetten, C-409/06, nep (conclusions Bot).

[104] F. Picod, Le juge national doit suivre la Cour de justice plutôt que le juge national supérieur, JCP 2010, 1061.

Copyleft – Ius Publicum

n'altère pas la liberté du juge national de poser une question préjudicielle à tout moment[105]. De ce point de vue, est «nettement condamnée la priorité de transmission de la QPC au regard de la question préjudicielle»[106]. La coopération judiciaire au coeur de tout mécanisme de renvoi préjudiciel, qu'il soit constitutionnel ou européen[107], est donc protégée. En outre, la Cour de justice protège de manière plus particulière sa compétence exclusive, consacrée depuis l'arrêt Foto- Frost[108], pour constater l'invalidité d'un acte de l'Union. Pour cette raison, s'agissant d'une loi nationale de transposition se limitant à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union, la question de savoir si la directive est valide revêt, eu égard à l'obligation de transposition de celle-ci, un caractère préalable[109]. Ainsi, «pas davantage que le juge national ne peut invalider une règle de droit de l'Union, le juge ordinaire ne peut apprécier la constitutionnalité d'une loi»[110]. Si le conflit potentiel entre le mécanisme de la QPC et le rôle du juge national comme juge de droit commun du droit de l'Union résulte de la «double allégeance du juge national»[111] vis-à-vis du droit de l'Union et du droit constitutionnel, sa solution se trouve bien dans la

[105] Le Conseil d'État juge que « le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi (...), une question préjudicielle à la Cour de justice » (comp. CJUE 22 juin 2010, préc., pt 52 et dispositif).

[106] M. Gauthier, préc., pt 18.

[107] H. Labayle, préc.

[108] CJCE 22 oct. 1987, Foto-Frost, C-314/85, Rec. CJCE p. 4199 (concl. Mancini).

[109] CJUE 22 juin 2010, préc., pt 55 et 56.

[110] H. Labayle, préc.

[111] B. Bertrand, « La double allégeance du juge national – La question prioritaire de constitutionnalité à l'épreuve du droit de l'Union européenne », Annuaire du droit européen 2009, Bruylant, à paraître.

Copyleft – Ius Publicum

coopération judiciaire et dans la protection des compétences respectives[112] des différentes juridictions dans le nouveau contexte pluraliste[113]. L'invocabilité du droit de l'Union européenne Tout d'abord, le Conseil d'État a rappelé, par son arrêt du 16 mars 2009, que le principe de coopération loyale n'était pas d'effet direct. De même, si la Cour de justice précise que ce principe doit être respecté par les juridictions[114], elle n'a jamais reconnu son effet direct. Ensuite, par son arrêt Perreux du 30 octobre 2009, le Conseil d'État opère un revirement de jurisprudence en jugeant que « tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif même non réglementaire » des dispositions d'une directive revêtues d'un effet direct. Il précise que cela résulte de l'obligation de transposition des directives, laquelle repose sur une obligation issue des traités ou sur une obligation de nature constitutionnelle[115]. Par cette dernière référence[116], le Conseil d'État ajoute une nouvelle pierre à l'édification de la « constitutionnalisation » de l'ordre juridique de l'Union, qui décrit certes «un processus d'origine jurisprudentielle au terme duquel, en vertu des principes de primauté et d'effet direct, le droit (de l'Union), et en lui d'abord les traités qui le fondent, s'élèvent à la dignité de norme suprême dans l'aire d'influence (de l'Union)»[117], mais qui consiste également à ancrer de plus en plus le droit de l'Union dans

[112] «Monopole interprétatif», selon la formule de M. Poiares Maduro, Conférence à la Cour de cassation, déc. 2007, cité par H. Labayle, préc.

[113] Ibid.

[114] CJCE 27 oct. 2009, Land Oberösterreich, C-115/08, Rec. CJCE p. I-265 (concl. Poiares Maduro), pt 138.

[115] CE, ass., 30 oct. 2009, Mme Perreux, n° 298348, concl. M. Guyomar, RFDA 2009. 1125, note M. Canedo-Paris ; ibid. 2010. 126; P. Cassia, Une nouvelle étape dans l'Europe des juges ; ibid. 2009. 1146; M. Gauthier, O tempora, o mores… Le Conseil d'État et les directives communautaires, Dr. adm. 2009, étude 21 ; L. Coutron, La lente conversion du Conseil d'État à l'effet direct des directives, AJDA 2010. 1412.

[116] Pour une critique de l'utilisation de ce fondement constitutionnel, V. L. Coutron, préc.

[117] L. Azoulai, La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation, RFDA 2003. 859.

Copyleft – Ius Publicum

les droits constitutionnels nationaux[118]. Enfin, par un arrêt du 1er mars 2010[119], le Conseil d'État juge que le code de conduite pour le recrutement des chercheurs (issu d'une recommandation de la Commission), prévoyant que les candidats aux concours de recrutement doivent être informés des points forts et des points faibles de leur candidature, ne lie pas les États membres. Dès lors, le requérant ne peut se prévaloir d'une méconnaissance de ce code. En réitérant une position déjà affirmée par le passé[120], le Conseil d'État méconnaîtrait-il la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle les juges nationaux doivent prendre en considération une recommandation si le droit national l'applique ou si la recommandation a été adoptée en vue de compléter un acte de l'Union ayant un caractère contraignant[121]? Dans l'arrêt Alassani du 18 mars 2010, la Cour de justice déduit du renvoi opéré dans la directive « service universel » à une recommandation dont le champ d'application est limité aux procédures de règlement d'un litige par l'intervention active d'une tierce personne, que les procédures de règlement des différends visées dans cette directive doivent suivre ce modèle[122]. De la même manière, le Règlement définissant les règles de participation des entreprises, des centres de recherche et des universités pour la mise en oeuvre du septième programme-cadre de la Communauté européenne et fixant les règles de diffusion des résultats de la recherche renvoie

[118] Sur la constitutionnalisation de l'Union par la Cour de cassation dans l'arrêt Melki (V. infra), V. P. Cassia et E. Saulnier-Cassia, Imbroglio autour de la question prioritaire de constitutionnalité, RFDA 2010. 1234 et E. Dubout et B. Nabli, L'émergence d'un droit français de l'intégration européenne, RFDA 2010. 1021.

[119] CE 1er mars 2010, M. A., req. n° 318353.

[120] CE 29 juill. 1994, Mme X., req. n° 102845.

[121] CJCE 13 déc. 1989, Grimaldi, C-322/88, Rec. CJCE p. 4407 (concl. Mischo), pt 11 et 18; CJCE 11 sept. 2003, Altair Chimica, aff. C-207/01, Rec. CJCE p. I-8875 (concl. Jacobs), pt 41.

[122] CJUE 18 mars 2010, Alassani, C-317 à 320/08, nep (concl. Kokott).

Copyleft – Ius Publicum

expressément au code de conduite pour le recrutement des chercheurs[123]. Toutefois, un tel renvoi dans un acte ayant un caractère contraignant n'aurait probablement pas suffi à rendre le code de conduite invocable en l'espèce car le Règlement prévoit son respect seulement au sujet des conventions de subvention-type et fixe le code de conduite comme un objectif à respecter pour le seul programme-cadre.

Le juge au provisoire

Le Conseil d'État applique le principe d'équivalence, principe qui encadre l'autonomie procédurale des États membres, dans le cadre des procédures d'urgence. Dans son arrêt du 16 juin 2010, il précise que le juge des référés ne peut ordonner la suspension de l'exécution d'une décision administrative dont la légalité est contestée qu'«en cas de méconnaissance manifeste des exigences qui découlent du droit de l'Union»[124].

3. L'INDIVIDU (*par Laure Clément-Wilz)*

Face au droit de l'Union européenne, le droit administratif français envisage différemment l'individu selon qu'il est un citoyen européen et/ou un agent public ou un ressortissant d'un État tiers.

[123] PE et Cons. UE, 18 sept. 2006, définissant les règles de participation des entreprises, des centres de recherche et des universités pour la mise en oeuvre du septième programme-cadre de la Communauté européenne et fixant les règles de diffusion des résultats de la recherche, JOUE L 391, 30 déc. 2006, p. 1, consid. 9, art. 9, § 9, consid. 22.

[124] CE 16 juin 2010, Mme A., req. n° 340250, Lebon.

Copyleft – Ius Publicum

3.1. Le citoyen de l'Union européenne

La nationalité.

Par son arrêt Rottmann, la Cour de justice admet que l'État d'accueil d'un citoyen européen qui a obtenu frauduleusement sa naturalisation puisse la lui retirer alors même que celui-ci avait perdu la nationalité de son État d'origine à la suite de cette naturalisation.

Elle admet donc l'apatridie ainsi que la perte de la qualité de citoyen de l'Union qui en résulte. Si le droit français de la nationalité est potentiellement préservé, ce serait toutefois sous conditions. En application du principe de proportionnalité, l'administration devra «tenir compte des conséquences éventuelles que cette décision emporte pour l'intéressé et, le cas échéant, pour les membres de sa famille en ce qui concerne la perte des droits dont jouit tout citoyen de l'Union»[125]. La Cour ajoute qu'«il importe à cet égard de vérifier, notamment, si cette perte est justifiée par rapport à la gravité de l'infraction commise par celui-ci, au temps écoulé entre la décision de naturalisation et la décision de retrait ainsi qu'à la possibilité pour l'intéressé de recouvrer sa nationalité d'origine»[126]. Ainsi, si la Cour rappelle la compétence exclusivement nationale en matière de nationalité, ses modalités d'exercice sont en revanche encadrées[127]. À cet égard, l'État d'accueil devra s'assurer qu'il soit accordé un délai raisonnable dans l'État d'origine afin qu'il puisse essayer de recouvrer sa nationalité. De la sorte, la Cour crée une « situation de dépendance entre deux actes administratifs provenant de deux États membres»[128].

[125] CJUE, gde ch., 2 mars 2010, Janko Rottmann, aff. C-135/08, nep (concl. Poiares Maduro), pt 56.

[126] Ibid.

[127] E. Pataut, Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique, RTD Eur. 2010. 617.

[128] L. Coutron, Droit du contentieux de l'Union européenne – Chronique, RTD Eur. 2010. 599.

Copyleft – Ius Publicum

Tout retrait ou déchéance de la nationalité d'un État membre fait perdre le statut de citoyen de l'Union dont il dépend, dans l'hypothèse où l'individu n'est le national que d'un seul État membre. Or, si un individu de nationalité française se voyait déchoir de sa nationalité en raison des crimes commis contre la nation, ou si les dispositions incluses à l'automne 2010 dans le projet de loi sur l'immigration d'étendre la déchéance de la nationalité aux individus ayant causé la mort d'une personne dépositaire de l'autorité publique avaient été retenues[129], le droit de l'Union aurait-il éventuellement pu venir encadrer les conditions de retrait de la nationalité, à supposer que la situation relève bien du champ d'application du droit de l'Union? La réponse semble a priori négative. En effet, si M. Rottmann ne risquait pas l'apatridie, la Cour n'aurait probablement pas sanctionné la seule perte de la qualité de citoyen de l'Union.

L'éloignement du territoire.

Le citoyen de l'Union est encore parfois considéré comme un étranger «classique» dans l'État d'accueil: en témoigne le renvoi, décidé au cours de l'été 2010, de plusieurs centaines de Roms vers leur pays d'origine, la Roumanie ou la Bulgarie[130]. Les mesures d'éloignement du territoire du citoyen européen sont pourtant strictement encadrées par le droit de l'Union européenne, notamment par les articles 27 à 33 de la directive 2004/38, relative aux droits des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. Ils établissent des garanties à la fois matérielles et procédurales, qui appellent une interprétation large[131]. En droit français,

[129] Proposition finalement rejetée par le Sénat et retirée par le gouvernement.

[130] V. A. Iliopoulou, «Le temps des gitans»: à propos de la libre circulation des Roms dans l'Union, Europe 2010, janv., étude 1.

[131] Sur l'interprétation large des garanties quant au champ d'application personnel, V. CJCE 7 juin 2007, Commission c. Pays-Bas, aff. C-50/06, Rec. CJCE p. I-4383 (concl. Sharpston), pt 35.

Copyleft – Ius Publicum

s'agissant des conditions sur le fond, l'article L 121-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) précise qu'un citoyen européen qui ne peut justifier d'un droit au séjour ou dont la présence constitue une menace pour l'ordre public, peut faire l'objet d'une décision de refus de séjour ou d'une mesure d'éloignement du territoire. De même, les décisions de reconduite à la frontière peuvent être adoptées en cas de simple «menace pour l'ordre public»[132]. Le Tribunal administratif de Lille a interprété cette disposition à la lumière des exigences matérielles posées par l'article 27 de la directive 2004/38: doit être regardé comme constituant une menace à l'ordre public le comportement d'un citoyen de l'Union qui «représente une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société»[133]. Le Tribunal a ainsi annulé un arrêté de reconduite à la frontière d'une ressortissante roumaine qui occupait illégalement un terrain appartenant à la Communauté urbaine de Lille, au motif que cette occupation illégale ne constituait pas en elle-même, une menace à l'ordre public. Sur le terrain des conditions procédurales, les dispositions françaises relatives à l'expulsion sont vraisemblablement contraires à la directive 2004/38[134]. Pour les citoyens européens faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire français ou d'une mesure de reconduite à la frontière, l'article R 512-1-1 du CESEDA précise que «La notification des arrêtés de reconduite à la frontière pris à l'encontre [des citoyens européens] comporte le délai imparti pour quitter le territoire. Sauf urgence, ce délai ne peut être inférieur à un mois». Le Conseil d'État a rappelé, par un arrêt du 13 juin 2010, que cette disposition visait à transposer l'article 30 de la directive 2004/38, qui impose une notification écrite des «motifs précis » de l'expulsion ainsi que, entre autres, « l'indication du délai imparti pour quitter le territoire»[135]. Cette mention «n'est pas une mesure d'exécution de la décision [d'éloignement] mais un élément

[132] Art. L 511-1, II, 8°, CESEDA.

[133] TA Lille, 27 août 2010, Mme X., req. n° 1005246.

[134] A. Iliopoulou, préc.

[135] CE, 13 janv. 2010, M. A., req. n° 316488.

Copyleft – Ius Publicum

constitutif de la décision elle-même» et «le défaut de cette mention est de nature à affecter la légalité de la décision d'éloignement»[136], précise le Conseil d'État. Dans le contexte particulier où la France a été menacée d'une procédure d'infraction par la Commission, le rappel du Conseil d'État des garanties existantes en droit français est particulièrement bienvenu.

L'asile.

De la même manière que le citoyen de l'Union ne peut être traité, au regard des règles en matière d'éloignement du territoire, comme un simple étranger dans l'État d'accueil, il ne peut, symétriquement, demander le droit d'asile dans un autre État au motif que son État d'origine n'est pas sûr au sens du droit commun des étrangers. En effet, le protocole sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne limite la prise en considération ou l'instruction d'une demande d'asile présentée par un ressortissant d'un État membre à des cas très limités: si l'État n'a pas respecté la Convention européenne des droits de l'homme en cas de guerre ou en cas d'autres dangers publics menaçant la vie de la nation ou s'il fait l'objet d'une procédure de sanction au titre de l'article 7, paragraphe 1, TUE. Le Conseil d'État a rappelé, par trois arrêts prononcés le 30 décembre 2009, que la Commission de recours des réfugiés est tout de même tenue d'examiner si ces conditions sont réunies[137].

[136] Ibid.

[137] CE 30 déc. 2009, M. A., req. n° 305226 (Lebon T.) ; CE 30 déc. 2009, Melle A., req. n° 305227; CE 30 déc. 2009, M. A., req. n° 305228.

Copyleft – Ius Publicum

3.2 L'agent public

Les concours internes et détachements.

Désormais, un même texte précise le régime d'accueil et de recrutement des ressortissants de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen (EEE) dans la fonction publique nationale, territoriale et hospitalière française[138]. Ce régime est-il globalement plus favorable aux ressortissants européens? Les avis sont partagé[139]. En faveur d'une plus grande ouverture, le texte affirme que les ressortissants européens peuvent accéder aux corps, cadres d'emplois ou emplois de la fonction publique par concours (y compris les concours internes) ou par voie de détachement, à l'instar des ressortissants français depuis la loi du 3 août 2009, dite « loi Mobilité»[140]. Le décret permet également que l'intéressé soit intégré dans l'administration d'accueil au bout de cinq ans de détachement.

Plus encore, l'article 4 du décret précise qu'ont la qualité de « fonctionnaire » les ressortissants européens qui justifient soit avoir la qualité de fonctionnaire dans leur État membre d'origine, soit « occuper ou avoir occupé un emploi dans une administration, un organisme ou un établissement de leur État membre d'origine dont les missions sont comparables à celles des administrations, des collectivités territoriales et des établissements

[138] D. n° 2010-311, 24 mars 2010, relatif aux modalités de recrutement et d'accueil des ressortissants des États membres de l'Union européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen dans un corps, un cadre d'emplois ou un emploi dans la fonction publique française, JO 70, 24 mars 2010.

[139] C. Ferrari-Breeur, Recrutement et accueil des ressortissants de l'Union européenne dans la fonction publique française : des modalités améliorées mais encore perfectibles, JCP Adm., 10 mai 2010, n° 2166; G. Alberton, Recrutement des Européens dans la fonction publique française – Le décret du 22 mars 2010 est-il vraiment « accueillant » ?, AJDA 2010. 1984.

[140] Ainsi que le démontre Ghislaine Alberton, préc. ; L. n° 2009-972, 3 août 2009, relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, JO 180, 6 août 2009, p. 13116.

Copyleft – Ius Publicum

publics ». Potentiellement, les salariés d'une entreprise privée entrent dans cette définition. Or, pour les ressortissants nationaux, le détachement n'est possible que pour les seuls agents de l'administration placés dans une situation statutaire et réglementaire et occupant des emplois permanents[141]. Autrement dit, existe ici un risque de discrimination à rebours[142] que seule la mise en place d'un contrôle des qualifications professionnelles acquises pour les professions réglementées pourrait éventuellement venir atténuer. Toujours dans le sens d'un meilleur « accueil » de ces derniers, une Commission unique d'accueil des ressortissants européens dans la fonction publique remplace les différentes commissions d'équivalence qui existaient pour chacune des fonctions publiques. Elle a pour mission notamment de vérifier l'adéquation des candidats entre l'emploi occupé et l'emploi où ils souhaitent être détachés. Toutefois, cette Commission est désormais saisie de manière facultative, ce qui signifie que c'est en réalité chaque administration qui évaluera l'adéquation des candidats au poste demandé[143]. Une telle dispersion des décisions susceptibles d'une grande marge d'appréciation suscitera des questions de compatibilité au regard du droit de l'Union. Cela témoigne surtout de l'ambivalence du texte vis-à-vis de l'accueil des citoyens européens dans la fonction publique française. En matière de classement des fonctionnaires, le Conseil d'État a précisé que si le statut d'un corps de fonctionnaire prévoit la prise en compte de l'expérience antérieure, «de telles dispositions impliquent la prise en compte des services de même nature accomplis par les ressortissants d'un nouvel État membre antérieurement à l'adhésion de cet État»[144].

[141] Ainsi que cela ressort des articles 3 et 4 de la Loi n° 83634, 13 juill. 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires. V. G. Alberton, préc.

[142] Ibid.

[143] Ibid.

[144] CE 15 nov. 2010, M. A., req. n° 332218.

Copyleft – Ius Publicum

L'égalité hommes-femmes.

Par son arrêt Griesmar de 2001, la Cour de justice a jugé que la règle française qui instituait, pour le calcul de la pension, une bonification d'ancienneté d'un an par enfant au seul bénéfice des femmes fonctionnaires était incompatible avec le principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs féminins et masculins posé par l'article 157 TFUE (ex art. 141 CE)[145]. Malgré la demande du gouvernement français, elle avait refusé de limiter dans le temps les effets de l'arrêt. Elle n'avait pas non plus appliqué le «Protocole Barber», selon lequel «les prestations en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale ne seront pas considérées comme une rémunération si et dans la mesure où elles peuvent être attribuées aux périodes d'emploi antérieures au 17 mai 1990, exception faite pour les travailleurs (...) qui ont, avant cette date, engagé une action en justice»[146]. Pourtant, dans un cas similaire, la Cour de justice avait jugé, par l'arrêt Beune[147], que ce protocole était applicable à un régime de pension de la fonction publique. C'est précisément sur le fondement de l'arrêt Beune que le Conseil d'État, après l'avoir dans un premier temps rejeté dans l'arrêt Llorca[148], a finalement appliqué le « protocole Barber » dans l'arrêt Nicaise[149]. Le Conseil d'État a désormais fixé sa jurisprudence sur ce point[150], rappelant la portée de l'arrêt Beune

[145] CJCE 29 nov. 2001, Joseph Griesmar, aff. C-366/99, Rec. CJCE p. I-9383 (concl. Alber).

[146] Protocole 2 sur l'article 141 (ex-art. 119) TCE, adopté avec le traité de Maastricht. Ce protocole reprend la solution issue de l'arrêt Barber (CJCE 17 mai 1990, Douglas Harvey Barber, aff. C-262/88, Rec. CJCE p. I-1889 [concl. Van Gerven]).

[147] CJCE 28 sept. 1994, Beune, aff. C-7/93, Rec. CJCE p. I-4471 (concl. Jacobs), pt 66.

[148] CE 23 fév. 2003, Llorca, req. n° 187401.

[149] CE 17 juin 2005, Nicaise, req. n° 271779.

[150] CE 10 juill. 2006, req. n° 279449; 18 juill. 2008, req. n° 27079; 7 déc. 2007, Fougère, req. n° 300377; 31 juill. 2009, Tual, req. n° 301842.

Copyleft – Ius Publicum

encore récemment[151]. Cette solution « apparaît ainsi fidèle à la jurisprudence communautaire»[152], telle qu'elle résulte de l'arrêt Beune. Mais elle fait finalement douter du bien-fondé même de la solution posée par l'arrêt Griesmar. En effet, bien que la jurisprudence en la matière fût relativement explicite[153], ce qui explique que la Cour ait refusé l'effet ex nunc de l'arrêt[154], on n'explique pas pourquoi le «Protocole Barber» n'a pas été appliqué en l'espèce, à l'instar de ce que fait le Conseil d'État depuis l'arrêt Nicaise.

3.3 Le ressortissant d'un État tiers

Les visas

Le Règlement du 13 juillet 2009 établissant un Code des visas est entré en vigueur le 5 avril 2010[155]. Il rassemble en un seul document toutes les dispositions juridiques régissant les décisions en matière de visas de court séjour et de transit. Il garantit l'égalité

[151] CE 19 nov. 2010, req. n° 332750.

[152] D. Ritleng, Jurisprudence administrative française intéressant le droit communautaire – Chronique, RTD Eur. 2006. 301.

[153] O. Dubos et F. Melleray, La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif, Dr. adm. 2004, étude 15.

[154] La Cour a simplement considéré qu'il n'était pas établi que le nombre de fonctionnaires masculins retraités en mesure de prouver qu'ils avaient assumé l'éducation de leurs enfants était de nature à provoquer des répercussions économiques graves.

[155] PE et Cons. UE, Règl. n° 810/2009, établissant un Code communautaire des visas (Code des visas), JOUE L 243, 15 sept. 2009, p. 1.

Copyleft – Ius Publicum

de traitement des demandeurs dans l'espace Schengen[156]. Il exige également que les refus opposés au demandeur de visa soient motivés. À cet égard, a été posée au Sénat la question de la contradiction éventuelle avec l'article L 211-2 du CESEDA, qui dispose que « les décisions de refus de visa d'entrée en France, prises par les autorités diplomatiques ou consulaires, ne sont pas motivées », sauf dans certains cas limitativement énumérés, dont celui des conjoints de ressortissants français ou les membres de la famille des ressortissants de l'Union européenne. La préoccupation du gouvernement est principalement de savoir comment, matériellement, l'administration pourra s'organiser pour procéder à cette motivation[157].

L'asile.

Parmi les nombreuses décisions prononcées par le Conseil d'État statuant en référé en matière d'accueil des demandeurs d'asile, deux affaires retiendront plus particulièrement l'attention. La première concerne l'interprétation du règlement du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers[158]. Dans le cas d'un demandeur d'asile qui s'est rendu en Pologne, y a demandé l'asile, puis s'est rendu en France pour y demander une nouvelle autorisation de séjour en vue d'obtenir l'asile, c'est bien la Pologne qui est, au sens du Règlement

[156] Comm. UE, 30 mars 2010, Communiqué de presse, IP/10/387. V. R. Noguellou, La politique commune des visas connaît une avancée : le Code des visas de l'Union européenne est désormais applicable, Dr. adm. 2010, Alerte 30.

[157] Réponse ministérielle n° 13036, JO Sénat, 17 juin 2010.

[158] Cons. UE, Règl. n° 343/3003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JOUE L 50, 25 juill. 2003, p. 1

Copyleft – Ius Publicum

européen, l'État responsable de la demande d'asile. Le Conseil d'État, par un arrêt du 31 décembre 2009, rappelle toutefois que l'État français devait assurer, dans un délai de six mois, le transfert du demandeur d'asile vers la Pologne en lui notifiant la reprise en charge par celle-ci. En l'absence d'un tel transfert, la responsabilité de la demande d'asile lui incombe[159]. Ainsi, en refusant aux demandeurs le séjour au titre de l'asile, «au motif qu'ils avaient fait l'objet d'un précédent refus d'admission au séjour et que leurs nouvelles demandes apparaissaient comme frauduleuses ou manifestement dilatoires, le préfet de la Seine- Saint-Denis a porté une atteinte grave et manifestement illégale au droit d'asile»[160]. La seconde affaire porte sur l'application des dispositions du CESEDA relatives à l'accueil des demandeurs d'asile conformément aux objectifs de la directive 2009/3 du 27 janvier 2003 relative à l'accueil des demandeurs d'asile. Celle ci oblige les États membres à adopter des mesures relatives aux conditions matérielles d'accueil qui permettent de garantir un niveau de vie adéquat pour la santé et d'assurer la subsistance des demandeurs. À cet égard, le Conseil d'État précise qu'une privation du bénéfice de conditions d'accueil comprenant le logement, la nourriture et l'habillement peut conduire le juge des référés à faire usage des pouvoirs qu'il tient de l'article L 521-2 du Code de justice administrative, tels que la suspension de la décision, «lorsqu'elle est manifestement illégale et qu'elle comporte en outre des conséquences graves pour le demandeur d'asile»[161].

[159] Cons. UE, Règl. n° 343/3003 préc., art. 19, § 4.

[160] CE 31 déc. 2009, Mme C., req. n° 334865, Lebon ; AJDA 2010. 693; D. 2010. 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; RTD eur. 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar.

[161] CE 13 août 2010, Mme A., req. n° 342330, AJDA 2010. 1559; D. 2010. 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot.

Copyleft – Ius Publicum

L'immigration.

Les ressortissants des États tiers ne peuvent bénéficier des dispositions du Code des étrangers prévues spécifiquement pour le séjour des ressortissants des nouveaux États membres de l'Union, durant une période transitoire. Le Conseil d'État juge, dans son arrêt Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) du 23 octobre 2009, que ces ressortissants «se trouvent dans une situation objectivement différente de celle des autres étrangers en ce qui concerne l'accès au travail salarié»[162]. En effet, ce régime a pour objectif de préparer les États membres à l'accueil des nouveaux citoyens de l'Union et non de donner de nouvelles possibilités d'emploi aux ressortissants des États tiers.

Le regroupement familial.

Par l'arrêt Chakroun, la Cour de justice détermine la marge de manoeuvre des États dans l'application de la directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial exercé par les ressortissants des États tiers[163]. L'article 7, c), prévoit que l'État membre peut exiger du regroupant qu'il dispose «de ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille sans recourir au système d'aide sociale de l'État membre concerné». En application de cette directive, la réglementation néerlandaise prévoit, d'une part, qu'un individu doit toucher 120% du

[162] CE 23 oct. 2009, GISTI, req. n° 314397, AJDA 2009. 1975; D. 2010. 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot.

[163] Cons. UE, 22 sept. 2003, dir. 2003/86/CE, relative au droit au regroupement familial, JOUE L 251, 3 oct. 2003, p. 12. C'est la première fois qu'elle interprète la directive sur le renvoi préjudiciel. Auparavant, elle l'avait rejeté un recours en annulation formé à son encontre, CJCE 27 juin 2006, Parlement c. Conseil, aff. C-540/03, Rec. CJCE p. I-5769 (conl. Kokott) puis l'avait simplement mentionnée pour examiner le cas d'un regroupement familial au bénéfice du citoyen de l'Union européenne (CJCE 25 juill. 2008, Blaise Baheten Metock, aff. C-127/08, Rec. CJCE p. I-6241 [concl. Poiares Maduro]).

Copyleft – Ius Publicum

revenu minimum pour être considéré comme ne devant pas recourir au système d'aide sociale dans l'hypothèse où le regroupant a créé ses liens familiaux après son entrée sur le territoire et, d'autre part, qu'il doit toucher 100 % de ce revenu minimum dans l'hypothèse où les liens familiaux ont été formés avant. Deux questions se posaient, l'une, relative à la possibilité de distinguer de la sorte selon le moment où se sont formés les liens familiaux et l'autre, sur l'utilisation d'un critère fixe de revenu minimum pour garantir que l'individu ne recourrait pas à l'aide sociale.

L'appréciation de la Cour quant à la marge de manoeuvre laissée aux États diffère pour les deux questions. S'agissant de la première, la Cour affirme que la directive définit le regroupement familial sans distinguer selon le moment du mariage des conjoints. Dès lors, pour préserver l'effet utile de la directive qui vise à favoriser le rapprochement familial, «les États membres ne disposaient pas d'une marge d'appréciation leur permettant de réintroduire cette distinction dans leur législation nationale de transposition de la directive»[164]. L'avocat général reconnaissait en revanche une certaine marge de manoeuvre, certes encadrée par le principe de non-discrimination[165]. S'agissant de la seconde question, la Cour reconnaît qu'il revient aux États de déterminer à partir de quand un individu a besoin de recourir au système d'aide sociale. Toutefois, elle encadre strictement cette compétence. En effet elle considère que «l'autorisation du regroupement familial étant la règle générale, [cette faculté] doit être interprétée de manière stricte»[166]. De plus, «la marge de manoeuvre reconnue aux États membres ne doit pas être utilisée par ceux-ci d'une manière qui porterait atteinte à l'objectif de la directive, qui est de favoriser le regroupement familial, et à l'effet utile de celleci»[167]. Elle ajoute que les dispositions de la

[164] CJUE 4 mars 2010, Chakroun, aff. C-578/08, nep (concl. Sharpston), pt 64.

[165] Concl. Sharpston, sous CJUE 4 mars 2010, Chakroun, préc., pt 39-42.

[166] CJUE 4 mars 2010, Chakroun, préc., pt 43.

[167] Ibid.

Copyleft – Ius Publicum

directive respectent les droits fondamentaux, notamment la CEDH et la Charte des droits fondamentaux. Enfin, elle considère que la notion de "système d'aide sociale de l'État membre" est une notion autonome du droit de l'Union. Cela signifie que les États membres devront désormais appliquer l'article 7, c) en considération de cette définition[168].

4. LE MARCHE (*par Francesco Martucci)*

Entré en vigueur le 1er décembre 2009, le traité de Lisbonne a confirmé que l'Union poursuit notamment l'objectif de réalisation du marché intérieur[169]. Celui-ci désigne l'espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée[170]. Il comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée[171]. À la croisée des libertés de circulation et de la concurrence, la commande publique mérite des développements autonomes.

[168] Selon la Cour, « la notion d'"aide sociale" figurant dans la directive vise une aide octroyée par les autorités publiques, que ce soit au niveau national, régional ou local, à laquelle a recours un individu, en l'occurrence le regroupant, qui ne dispose pas de ressources stables, régulières et suffisantes pour faire face à ses besoins ainsi qu'à ceux de sa famille et qui, de ce fait, risque de devenir, pendant son séjour, une charge pour l'aide sociale de l'État membre d'accueil » (pt 46).

[169] Art. 3, § 3, TUE.

[170] Art. 26, § 2, TFUE.

[171] Protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence, annexé au Traité de Lisbonne.

Copyleft – Ius Publicum

4.1. Libertés de circulation

Ont été rendus les arrêts relatifs aux libertés de circulation des marchandises, des services et des capitaux.

Les marchandises.

L'article 34 du TFUE interdit les mesures d'effet équivalant aux restrictions quantitatives, définies comme «toute réglementation des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire»[172]. Depuis l'arrêt Cassis de Dijon[173], en l'absence d'une réglementation commune, il revient à chaque État membre de régler la production et la commercialisation des produits ; les obstacles à la circulation résultant des disparités législatives constituent des entraves, à moins d'être indistinctement applicables et justifiées par des exigences impératives d'intérêt général. La notion de mesure d'effet équivalent a été affinée par l'arrêt Keck et Mithouard, qui a distingué deux séries de réglementations nationales[174]. D'un côté, celles ayant pour objet les conditions auxquelles doivent répondre les produits sont des mesures d'effet équivalent, à moins d'être justifiées par des exigences impératives d'intérêt général. De l'autre, les mesures limitant ou interdisant certaines modalités de vente ne sont pas des entraves au sens de l'arrêt Dassonville si deux conditions cumulatives sont remplies: d'une part, s'appliquer à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national et, d'autre part, affecter de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en

[172] CJCE 11 juil. 1974, Dassonville, aff. 8/74, Rec. CJCE p. 837.

[173] CJCE 20 févr. 1979, Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, aff. 120/78, Rec. CJCE p. 649.

[174] CJCE 4 nov. 1993, Keck et Mithouard, aff. jtes C-267/91 et C-268/91, Rec. CJCE p. I-6097.

Copyleft – Ius Publicum

provenance d'autres États membres. Débattue[175], la pertinence de l'arrêt Keck et Mithouard était au coeur de deux affaires, la première concernant un décret législatif italien interdisant à certains véhicules de tirer une remorque[176], la seconde, un règlement suédois limitant l'utilisation de véhicules nautiques à moteur dans certaines zones de navigation[177]. Ainsi que l'ont constaté les avocats généraux, ces deux réglementations ne relevaient pas des catégories de l'arrêt Keck et Mithouard. L'avocat général Kokott a proposé d'introduire une troisième catégorie de mesures relatives aux «modalités d'utilisation du produit»[178], alors que l'avocat général Bot a invité à dépasser la distinction entre mesures pour fonder le contrôle juridictionnel de l'article 34 du TFUE sur le critère de l'accès au marché[179]. La Cour de justice a retenu une solution intermédiaire en introduisant une trilogie de mesures d'effet équivalent. La première catégorie est constituée par les mesures ayant pour objet ou pour effet de traiter moins favorablement des produits en provenance d'autres États membres. La deuxième catégorie vise les règles indistinctement applicables à tous les produits, relatives aux conditions auxquelles ils doivent répondre, dès lors qu'elles ne sont pas justifiées par des exigences impératives d'intérêt général. La troisième catégorie

[175] V., not., F. Picod, La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges, RTD Eur. 1998. 169 ; R. Kovar, Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose, RTD Eur. 2006. 213 ; A. Rigaux, La jurisprudence Keck et Mithouard à l'épreuve des règles nationales de publicité, Europe, mai 2001, p. 5.

[176] CJCE 10 févr. 2009, Commission c. Italie, aff. C-110/05, Rec. CJCE p. I-519.

[177] CJCE 4 juin 2009, Åklagaren c. Percy Mickelsson, Joakim Roos, aff. C-142/05, Rec. CJCE p. I-4273

[178] Ibid., concl., pts. 42-56 ; 87.

[179] Concl. Y. Bot, Commission c. Italie, aff. C-110/05, préc., pts. 108-138.

Copyleft – Ius Publicum

rassemble «toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'un État membre des produits originaires d'autres États membres»[180].

Pauvre en affaires concernant la libre circulation des marchandises[181], l'année 2010 n'a pas permis d'apprécier dans quelle mesure la Cour de justice a mis en oeuvre la nouvelle trilogie. Tout au plus a-t-elle affirmé, à propos d'une réglementation belge, que «force est de constater que l'interdiction générale de vendre ou d'utiliser du matériel permettant d'augmenter la puissance et/ou la vitesse des cyclomoteurs [...] est susceptible d'entraver la libre circulation de ces marchandises»[182]. À l'instar des réglementations en cause dans les deux arrêts de 2009, cette entrave pouvait être justifiée par des considérations d'intérêt général au terme d'un contrôle de proportionnalité; la mesure devait être apte à réaliser l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif[183]. En l'occurrence, la Belgique avançait l'objectif de sécurité routière. La Cour de justice a invité le juge national à apprécier s'il n'existe pas une mesure moins contraignante pour réaliser cet objectif. C'est aussi sur le terrain du contrôle de proportionnalité que la Cour de justice a constaté un manquement de la France à l'article 34 du TFUE[184]. Un régime d'autorisation pour l'emploi d'auxiliaires technologiques dans la

[180] L'arrêt Keck et Mithouard demeure ainsi pertinent ; son point 17 affirmait en effet que les mesures remplissant le double test échappent à l'interdiction de l'article 34 du TFUE au motif qu'elles ne sont pas de nature à empêcher l'accès des produits au marché. CJCE, Keck et Mithouard, aff. jtes C-267/91 et C-268/91, préc.

[181] V. toutefois CJCE 5 avr. 2010, Lars Sandström, aff. C-433/05, nep. Pour une affaire concernant les dons sanguins, v. CJCE 9 déc. 2010, Humanplasma, aff. C-421/09, nep; sur les lentilles de contact, v. CJCE 2 déc. 2010, Ker-optika, aff. C-108/09, nep.

[182] CJCE 18 nov. 2010, Vincent Willy Lahousse, Lavichy BVBA, aff. C-142/09, nep.

[183] Ibid.

[184] CJUE 28 janv. 2010, Commission c. France, aff. C-333/08, nep. Pour un autre manquement, v. CJCE 4 mars 2010, Commission c. France, aff. C-197/08, nep. La Cour a constaté l'incompatibilité du système français de prix minimal pour la vente au détail des cigarettes et l'interdiction de vendre des produits du tabac « à un prix de nature promotionnelle contraire aux objectifs de santé publique » avec l'article 9 § 1, de la directive 95/59/CE du Conseil,

Copyleft – Ius Publicum

fabrication de denrées alimentaires constitue une mesure d'effet équivalent qui ne peut être justifiée; il va en effet au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser le principe de précaution que la France a invoqué[185]. En s'inspirant de la jurisprudence de la Cour de justice, la cour administrative d'appel de Paris a estimé que l'absence d'une « procédure spécifique » pour les « importations parallèles » de produits phytopharmaceutiques est une violation de l'article 34 du TFUE[186].

Selon la Cour de justice, la libre circulation des marchandises impose la mise en place d'une «procédure spécifique» pour les «importations parallèles» de produits phytosanitaires[187]. Or, en France, une telle procédure n'a été introduite pour les produits phytopharmaceutiques que par un décret en 2001. L'article 34 du TFUE a donc été violé; la responsabilité de l'État français a été engagée conformément à la jurisprudence Danske Slagterier de la Cour de justice, explicitement visée par la cour administrative d'appel[188]. Dans un contentieux fiscal, le Conseil d'État a en revanche jugé que le refus d'appliquer le

27 nov. 1995, concernant les impôts autres que les taxes sur le chiffre d'affaires frappant la consommation des tabacs manufacturés.

[185] Décret du 15 avr. 1912, portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 1er août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires ; Décret n° 2001-725, du 31 juill. 2001, relatif aux auxiliaires technologiques pouvant être employés dans la fabrication de denrées destinées à l'alimentation humaine, JORF du 5 août 2001.

[186] CAA Paris, 16 déc. 2010, n° 10PA00755. Les importations parallèles se définissent comme des importations de produits autorisés dans un État membre, dit État d'origine, dont les substances actives, les formules et les effets sont identiques à ceux d'autres produits déjà autorisés dans un autre État membre, dit État de destination.

[187] CJCE 11 mars 1999, British Agrochemicals Association Ltd, aff. C-100/96, Rec. CJCE p. I-1499 ; 8 nov. 2007, Escalier et Bonnarel, aff. jtes C-206/06 et 261/06, Rec. CJCE p. I-5497.

[188] CJCE 24 mars 2009, Danske Slagterier, aff. C-445/06, Rec. CJCE p. I-2119. La cour administrative d'appel reprend la partie du raisonnement dans laquelle la Cour de justice souligne que les opérateurs économiques tirent de l'ex-article 28 CE (34 TFUE) des droits qu'ils peuvent directement invoquer devant les juridictions nationales.

Copyleft – Ius Publicum

taux réduit de TVA aux importations parallèles de produits phytosanitaires respecte l'article 34 du TFUE en l'absence de discrimination selon l'origine des produits[189]. Étaient en cause les articles 278 bis et 279 du Code général des impôts (CGI), qui subordonnent l'application du taux réduit de TVA à l'importation et à la vente de produits antiparasitaires à leur homologation ou à l'obtention d'une autorisation ministérielle de vente, et font nécessairement référence dans le cas des importations dites parallèles à une procédure spécifique. Selon le Conseil d'État, ces dispositions n'introduisent par elles-mêmes aucune discrimination entre les produits en provenance d'autres États membres et ceux fabriqués en France. Aussi n'y avait-il pas lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice. L'arrêt ne précise pas cependant si la mesure relève de la première catégorie de la typologie issue des arrêts de 2009 ou d'un autre.

Les services.

Les articles 49 et 55 du TFUE prohibent les restrictions respectivement au droit d'établissement et à la libre prestation de services. Ils remettent potentiellement en cause toute règle nationale limitant l'exercice d'une activité ainsi que l'illustre le secteur de la santé[190]. Fournies contre rémunération, les prestations de santé sont des services au sens des articles 49 et 55 du TFUE, que les soins soient ou non dispensés dans un cadre hospitalier. Qu'il règle ou non directement les prestations, le patient a droit au remboursement par son État d'origine des soins délivrés dans un autre État membre. Ce droit peut être limité selon une jurisprudence fort riche, illustrée par l'arrêt du 5 octobre 2010 rejetant un recours en

[189] CE 22 juin 2010, req. n° 305133.

[190] Particulièrement riche, la jurisprudence relative aux jeux de hasard présente un intérêt limité depuis l'adoption de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard.

Copyleft – Ius Publicum

manquement visant la France[191]. En l'espèce, était contesté l'article R. 332-4 du Code de la sécurité sociale, qui soumet à autorisation préalable la prise en charge en France des soins programmés dans une structure non hospitalière d'un autre État membre et impliquant le recours à des équipements matériels lourds. Une autorisation préalable constitue une restriction à la libre prestation de services. En l'espèce, cette restriction est justifiée «par des impératifs de planification tenant, d'une part, à l'objectif de garantir sur le territoire de l'État membre concerné une accessibilité suffisante et permanente à une gamme équilibrée de soins de qualité et, d'autre part, à la volonté d'assurer une maîtrise des coûts et d'éviter autant que possible tout gaspillage de ressources financières, techniques et humaines»[192]. Le second moyen est également rejeté; la Commission n'a pas démontré que la France ne garantissait pas le «droit au remboursement complémentaire»[193]. On notera enfin que la jurisprudence conciliant droits du patient/intérêt de l'État parvenue à maturité, le temps de l'harmonisation est venu: une directive doit être adoptée en 2011[194].

[191] CJCE 5 oct. 2010, Commission c. France, aff. C-512/08, nep. Sur le droit dérivé relatif aux régimes de sécurité sociale des travailleurs salariés, v. CJCE 5 oct. 2010, Elchinov, aff. C-173/09, nep. V. not. CJCE 12 juil. 2001, Abdon Vanbraekel, aff. C-368/98, Rec. CJCE p. I-5363 ; 2 juill. 2001, Smits et Peerbooms, aff. C-157/99, Rec. CJCE p. I-5473 ; 18 mars 2004, Leichtle, aff. C-8/02, Rec. CJCE p. I-2641 ; 6 mai 2006, Watts, aff. C-372/04, Rec. CJCE p. I-4325 ; 19 avr. 2007, Stamatelaki, aff. C-444/05, Rec. CJCE p. I-3185 ; CJCE 15 juin 2010, Commission c. Espagne, aff. C-211/08, nep.

[192] CJCE Commission c. France, aff. C-512/08, préc., pt. 33.

[193] Tiré de la libre prestation de service, le « droit au remboursement complémentaire » est ainsi défini par le point 53 de l'arrêt Vanbraekel (aff. C-368/98, préc.) : si le remboursement de frais exposés pour des services hospitaliers fournis dans un État membre de séjour, qui résulte de l'application des règles en vigueur dans cet État, est inférieur à celui qui aurait résulté de l'application de la législation en vigueur dans l'État membre d'affiliation en cas d'hospitalisation dans ce dernier, un remboursement complémentaire correspondant à cette différence doit être accordé à l'assuré social par l'institution compétente.

[194] Proposition de directive, du Parlement européen et du Conseil, relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, COM/2008/0414 final.

Copyleft – Ius Publicum

Après les droits des patients, la création et l'implantation d'établissements dans le domaine de la santé ont été contrôlées par la Cour de justice. Dans l'arrêt Hartlauer de 2009, était en cause une législation autrichienne soumettant la création et l'exploitation de polycliniques à une autorisation dont l'octroi était tributaire de l'offre de soins au niveau du Land[195]. Estimant l'offre de soins dentaires suffisante sur son territoire, le Land de Vienne n'a pas autorisé M. Hartlauer à créer une polyclinique dentaire. La Cour de justice confirme qu'un régime d'autorisation préalable, même indistinctement applicable, est susceptible de gêner le droit d'établissement en empêchant l'exercice de l'activité professionnelle par l'intermédiaire d'un établissement stable[196]. M. Hartlauer ayant été privé de tout accès au marché des soins dentaires dans cet État membre, une restriction au sens de l'article 49 du TFUE est établie[197]. Elle n'est pas justifiée car le régime autrichien d'autorisation préalable n'est pas propre à garantir les objectifs de la protection de la santé publique[198]. À l'inverse, deux arrêts de la Cour ont affirmé la compatibilité avec le traité des législations allemande et italienne réservant l'exploitation des pharmacies aux titulaires d'un diplôme de pharmacien[199]. La restriction rapidement établie, le sort des mesures se joue sur le terrain des justifications.

[195] CJCE, gr. ch., 10 mars 2009, Hartlauer, aff. C-169/07, Rec. CJCE p. I-1721.

[196] Ibid., pt. 34. Est indistinctement applicable une mesure nationale qui s'applique aux ressortissants tant de l'État membre que des autres États membres.

[197] Ibid., pt. 38.

[198] Ibid., pt. 47 : d'une part, l'objectif visant à maintenir un service médical ou hospitalier de qualité, équilibré et accessible à tous et, d'autre part, l'objectif consistant à prévenir un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale.

[199] CJCE 19 mai 2009, Commission c. Italie, aff. C-503/06, Rec. CJCE p. I-141 (à rapprocher de CJCE, ord., 1er juil. 2010, Emanuela Sbarigia, aff. C-393/08); 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e. a., aff. C-171/07 et C-172/07, Rec. CJCE p. I-4171.

Copyleft – Ius Publicum

En l'espèce, au terme de longs développements, la Cour de justice estime que les restrictions sont justifiées par les objectifs de santé publique, parvenant ainsi à «un équilibre plutôt rassurant entre la logique de marché et les impératifs d'intérêt général»[200]. Appliquant ce raisonnement, le juge de l'Union a constaté en 2010 que les règles françaises régissant la composition du capital des sociétés de biologie médicale constituent une restriction au droit d'établissement justifiée par l'objectif de protection de la santé publique[201]. La démarche est pleinement intégrée par le Conseil d'État qui, en 2010, a constaté que les limites imposées aux médecins établis en France d'exercer sur plusieurs sites distincts sont une restriction justifiée par le motif d'intérêt général du maintien d'un service de soins de qualité, équilibré et accessible à tous, et sont proportionnées à l'objectif ainsi poursuivi[202]. Exclu du champ d'application de la directive sur les services dans le marché intérieur[203], le secteur de la santé diffère des autres services.

En attendant l'occurrence contentieuse de cette directive, désormais transposée en France[204], le juge administratif applique les dispositions du Traité en retenant l'acception extensive de la restriction[205], mais en opérant un contrôle de proportionnalité d'intensité

[200] D. Simon, Pharmacie, entre marché et santé publique, Europe, juin 2009, n° 6

[201] CJCE 16 déc. 2010, Commission c. France, aff. C-89/09, nep.

[202] CE 23 juil. 2010, n° 320390, Inédit. Était en cause l'article R. 4127-85 CSP.

[203] Directive 2006/123/CE, 12 déc. 2006, relative aux services dans le marché intérieur, JOUE n° L 376, 27 déc. 2006, p. 36; v. F. Picod, Le champ d'application de la directive n° 2006/123/CE, Europe, 6, 2006, p. 8.

[204] V. sur ce point SGAE, Directive n° 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur. Rapport de synthèse sur la transposition, 20 janvier 2010.

[205] Les arrêts cités par la suite reprennent la définition jurisprudentielle de la restriction. CJCE 5 juill. 1991, Säger, aff. C-76/90, Rec. CJCE p. I-4221 ; 31 mars 1993, Kraus, aff. C-19/92, Rec. CJCE p. I-1663 ; 30 nov. 2005, Gebhard, C-55/94, Rec. CJCE p. I-4165.

Copyleft – Ius Publicum

variable. Ainsi le Conseil d'État a confirmé l'arrêt Immaldi[206] selon lequel les règles d'urbanisme commercial constituent une restriction au droit d'établissement, néanmoins justifiée par des considérations d'intérêt général liées à la préservation des petites entreprises, à l'emploi et à l'aménagement du territoire[207].

La conclusion diffère de celle de la Commission européenne, qui avait engagé une procédure en manquement[208], la Cour de justice ayant jusqu'ici évité la question[209]. Le débat est à présent dépassé en raison de l'adoption de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie transposant sur ce point la directive «services». On ne saurait conclure à la mansuétude du juge administratif à l'égard des restrictions; celui-ci n'hésite pas à rejeter la justification par l'intérêt général. Ainsi, pour le Conseil d'État, l'article L. 3332-1-1 du Code de la santé publique comporte une restriction non justifiée en réservant l'organisation d'une formation obligatoire aux syndicats nationaux représentatifs de la profession d'exploitant de débit de boissons[210]. La cour administrative de Douai[211], était quant à elle confrontée à l'article 155 A du CGI, qui prévoyait qu'un prestataire de services établi en France, et se faisant rémunérer par l'intermédiaire d'une société qu'il contrôle, ne peut décider d'établir ou de transférer ladite société hors de France sans subir l'imposition

[206] CE 5 mars 2003, req. n° 225470.

[207] CE 19 nov. 2010, n° 314366, inédit.

[208] Commission européenne, Liberté d'établissement : procédures d'infraction à l'encontre de la France, communiqué de presse IP/06/1794, 13 déc. 2006 ; L. Idot, « Et si la loi Raffarin était contraire au droit communautaire? », in Propos impertinents de droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda, Dalloz, 2001, p. 161.

[209] En raison de la nature de situation purement interne. CJCE 8 déc. 1987, Gauchard, aff. 20/87, Rec. CJCE p. 4879; 20 avr. 1988, Bekaert, aff. 204/87, Rec. CJCE p. 2029.

[210] CE 2 déc. 2009, req. n° 307542.

[211] CAA Douai, 14 déc. 2010, n° 08DA01103.

Copyleft – Ius Publicum

en France des sommes versées à cette entité en contrepartie des services rendus dans ce pays, laquelle imposition s'ajoute à celle qui s'applique aux bénéfices de la société dans le pays d'établissement; un prestataire ayant établi la société qu'il contrôle hors de France, s'expose également à ce traitement fiscal s'il accomplit ses prestations sur le territoire français. Une restriction non justifiée est ici caractérisée en raison de l'effet dissuasif de la mesure fiscale sur le droit d'établissement et la libre prestation de services.

Après l'arrêt Vassilikiotis[212], une nouvelle affaire a concerné les guides-interprètes[213]. La Fédération nationale des guides-interprètes a intenté un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de l'article 7 de l'ordonnance n° 2008-507 du 30 mai 2008 transposant la directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005 sur la reconnaissance des qualifications professionnelles. Peut-être inspirée par l'arrêt sur les architectes des monuments historiques[214], elle contestait la rupture d'égalité caractérisée par le fait que les guides-interprètes établis ou souhaitant s'établir en France sont soumis à un régime plus strict de contrôle des qualifications professionnelles que ceux qui, établis dans un autre État, assurent des prestations de services temporaires et occasionnelles sur le territoire national. Pour le Conseil d'État, le principe d'égalité n'est pas méconnu; l'opérateur qui s'établit et le prestataire occasionnel de services ne sont pas dans une situation comparable. Le premier doit respecter le droit du pays d'établissement alors que le second est soumis aux règles de l'État d'origine. La distinction entre les deux est tributaire du caractère stable de l'installation nécessaire à l'exercice de l'activité[215].

[212] CE, ass., 29 juin 2001, req. n° 213229, Lebon p. 303; AJDA 2001. 1051, chron. M. Guyomar et P. Collin.

[213] CE 23 juill. 2010, n° 318932, Lebon T.

[214] CE 6 oct. 2008, Compagnie des architectes en chef des monuments historiques et autres et Association Architectes du patrimoine, req. n° 310146, Lebon p. 341 V. à ce sujet, A. Iliopoulou et A. Jauréguiberry, La première condamnation d'une discrimination à rebours, À propos de l'arrêt CE 6 oct. 2008, RFDA 2009. 132.

[215] CJCE 25 juill. 1991, Factortame e. a., aff. C-221/89, Rec. CJCE I-3905; Gebhard, aff. C-55/94, préc.

Copyleft – Ius Publicum

Les capitaux.

Le droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour de justice à l'occasion d'un renvoi préjudiciel s'impose à tous les États membres.

Ainsi l'article 35 de la loi de finances rectificative pour 2009 tire les conclusions de l'arrêt Persche dans lequel la Cour de justice a confronté fiscalité du don et libre circulation des capitaux[216].

L'État membre ne peut pas réserver un avantage fiscal aux dons destinés aux seuls organismes sans but lucratif établis sur son territoire. L'avantage doit être accordé aux dons effectués au profit des organismes établis sur le territoire d'un autre État membre, dès lors que ces organismes remplissent les conditions prévues par le droit national. L'arrêt Persche reconnaît à l'administration fiscale la faculté d'exiger du contribuable la preuve du respect des conditions de déductibilité (mission d'intérêt général, gestion de l'organisme, transparence des comptes…). Le législateur a ainsi modifié les articles 200 et 238 bis du CGI en prévoyant deux mécanismes: soit l'organisme étranger peut solliciter de l'État français son agrément; soit le contribuable produit les pièces justificatives attestant que cet organisme poursuit des objectifs et présente des caractéristiques similaires à ceux exigés des organismes établis en France. Le décret d'application de ces dispositions n'a toujours pas été adopté.

Ainsi que l'illustrent deux arrêts de cours administratives d'appel, l'efficacité des contrôles fiscaux et la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales sont souvent invoquées afin de justifier des restrictions à la libre circulation des capitaux. Dans une première affaire[217],

[216] Loi n° 2009-1674, 30 déc. 2009. CJCE 27 janv. 2009, Persche, aff. C-318/07, Rec. CJCE p. I-359. À rapprocher de la fiscalité des gains de loteries organisées par des organisations philanthropiques espagnoles, v. CJCE, 6 oct. 2009, Commission c. Espagne, aff. C-153/08, Rec. CJCE p. I-9735.

[217] CAA Paris, 24 juin 2010, n° 08PA01624.

Copyleft – Ius Publicum

une ressortissante italienne résidant au Liechtenstein a été assujettie à des impositions sur le revenu forfaitairement assises sur la valeur locative de la villa qu'elle détenait au Cap d'Ail. Fondée sur l'article 164 C du CGI, cette imposition a un effet dissuasif sur l'investissement immobilier et constitue, selon la cour administrative d'appel de Paris, une restriction aux mouvements de capitaux. Néanmoins, les États membres sont libres d'établir «une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis»[218]. Pour la Cour, un résident du Liechtenstein n'est pas dans une situation objectivement comparable à celle d'un résident français au regard de l'impôt sur le revenu. La différence de situation est tirée du fait que le Liechtenstein est lié à l'Union européenne et à la France par des accords ne prévoyant aucune coopération entre les administrations fiscales. Or l'article 164 C vise à faire échec à certaines formes d'évasion fiscale telles que la détention indirecte d'immeubles en France par les résidents d'États à fiscalité privilégiée. Dans une autre affaire, la cour administrative d'appel de Marseille a apprécié la compatibilité avec la libre circulation des capitaux, de l'obligation de déclaration préalable imposée aux personnes physiques transférant, depuis ou vers un État membre de l'UE, des sommes, titres ou valeurs, sans l'intermédiaire d'un établissement de crédit[219]. L'obligation de déclaration préalable est une restriction aux mouvements de capitaux[220].

Cette restriction est justifiée en l'espèce par la prévention de la fraude fiscale, le juge d'appel constatant l'application non discriminatoire du dispositif, son aptitude à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et sa nécessité au regard de cet objectif.

[218] Art. 65, § 1, a, TFUE.

[219] CAA de Marseille, 14 oct. 2010, n° 07MA03791. Était en cause l'article 1649 A quater, CGI, depuis abrogé, mais dont la substance est reprise par l'article L. 152-1 C. mon. fin.

[220] CJCE 1er juin 1999, Konle, aff. C-302/97, Rec. CJCE p. 3099.

Copyleft – Ius Publicum

4.2. La concurrence.

Outre l'applicabilité des règles de concurrence, les aides d'État ont retenu l'attention.

L'applicabilité.

Tributaire de la notion fonctionnelle d'entreprise, le droit de la concurrence a une prétention hégémonique[221]. Est une entreprise toute entité, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, exerçant une activité économique, c'est à-dire fournissant des biens et des services sur un marché[222]. Selon une jurisprudence bien établie, deux séries d'activités ne sont pas économiques par nature, ainsi que l'a rappelé la jurisprudence en 2009.

Dans l'arrêt Kattner Stahlbau, la Cour de justice a exclu du champ des règles de concurrence les mesures allemandes imposant l'affiliation des entreprises au régime de l'assurance légale contre les accidents du travail et les maladies professionnelles[223]. Selon une jurisprudence constante depuis l'arrêt Poucet et Pistre, les activités relevant d'une fonction exclusivement sociale échappent au champ d'application du droit de la concurrence lorsque deux critères sont remplis[224]. D'une part, l'organisme met en oeuvre le principe de solidarité, ce qui est établi lorsque le régime des cotisations fonctionne

[221] Conseil d'État, Rapport public 2002, EDCE, Paris, Doc. fr., n° 53, p. 385.

[222] CJCE 23 avr. 1991, Höfner et Elser, aff. C-41/90, Rec. CJCE p. I-1979, pt. 21; 18 juin 1998, Commission c. Italie, aff. C-35/96, Rec. CJCE p. I-3851 ; 12 sept. 2000, Pavlov e.a., aff. jtes C-180/98 à C-184/98, Rec. CJCE p. I-6451.

[223] CJCE 5 mars 2009, Kattner Stahlbau, aff. C-350/07, Rec. CJCE p. I-1513.

[224] CJCE 17 janv. 1993, Poucet et Pistre, aff. C-159 et C-169/91, Rec. CJCE p. I-637.

Copyleft – Ius Publicum

uniquement selon un mécanisme de répartition; en l'espèce, la condition est remplie, la Cour soulignant l'existence de surcroît d'une solidarité entre les caisses professionnelles par un système de compensation. D'autre part, l'organisme doit être contrôlé par l'État, ce qui est le cas en l'occurrence puisque les caisses fixent les prestations et des cotisations dans un cadre législatif. Dans un arrêt du 23 décembre 2010, le Conseil d'État reprend implicitement cette jurisprudence pour rejeter le moyen de violation de l'article 102 du TFUE invoqué à l'appui du recours pour excès de pouvoir intenté à l'encontre du décret d'application de l'article 22 bis du statut général des fonctionnaires[225]. Au terme d'une motivation insistant sur la solidarité, le Conseil d'État conclut que le décret n'a pas pour effet de placer par lui-même les organismes de référence en situation d'exploiter une position dominante de façon abusive. En effet, le décret prévoit les conditions de sélection par certains employeurs publics, des organismes de référence bénéficiaires d'une participation au financement des garanties de protection sociale complémentaire souscrites par les agents de ces personnes publiques. Il fixe les modalités du calcul et du versement de cette participation, qui ne peut excéder le montant des transferts de solidarité opérés. En contrepartie sont fixées les caractéristiques imposées aux garanties pour assurer la mise en oeuvre de dispositifs de solidarité entre leurs bénéficiaires.

Ne constitue pas une activité économique l'exercice de prérogatives de puissance publique, ainsi que l'a rappelé l'arrêt Selex dans la continuité de la décision Eurocontrol selon laquelle les activités de contrôle aérien échappent au droit de la concurrence[226]. L'arrêt de 2009 apporte quelques précisions. Il confirme la nécessité de dissocier l'appréciation des activités d'une même entité, les unes pouvant être économiques, les autres non. En l'espèce, les activités d'assistance aux administrations nationales de normalisation technique sont rattachées à l'exercice de prérogative de puissance publique.

[225] CE 23 déc. 2010, Mutuelle centrale des finances, req. n° 310775.

[226] CJCE 26 mars 2009, Selex Sistemi, aff. C-113/07, Rec. CJCE p. I-2207; 19 janv. 1994, Eurocontrol, aff. C-364/92, Rec. CJCE p. I-43.

Copyleft – Ius Publicum

N'est pas économique l'activité de recherche et de développement d'Eurocontrol, qui comprend l'acquisition de prototypes et le régime de droits de propriété intellectuelle. S'intégrant aux recherches financées par Eurocontrol, elle relève de la mission de promotion technique qui incombe à cette organisation.

Les aides d'État.

L'arrêt TF1 a apporté un éclaircissement utile sur l'articulation entre la jurisprudence Altmark[227] et l'article 106, paragraphe 2, du TFUE[228]. Lorsque les quatre critères de l'arrêt Altmark sont remplis, la compensation d'obligations de service ne constitue pas une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE. Dans le cas contraire, elle peut déroger, en application de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE, aux règles de concurrence dans la mesure nécessaire à l'accomplissement du service d'intérêt général qu'elle finance. Le paquet Altmark entretient la confusion applicabilité / régime. Il comprend la décision 2005/842/CE du 28 novembre 2005, qui exempte de notification les aides d'État versées sous forme de compensations d'obligation de service public d'un montant limité ou intervenant dans un secteur particulier[229]. Un arrêt du Conseil d'État de

[227] CJCE 24 juill. 2003, Altmark, aff. C-280/00, Rec. CJCE p. I-7747.

[228] TPICE 11 mars 2009, TF1, aff. T-354/05, Rec. CJCE p. I-2207. TF1 a intenté un recours en annulation à l'encontre de la décision constatant la compatibilité avec le marché intérieur du régime de la redevance au profit de France Télévisions au titre de l'article 106, paragraphe 2, TFUE. Le fond de l'affaire a perdu de son intérêt avec la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 qui prévoit la suppression progressive de la publicité sur les chaînes publiques.

[229] Pour le montant : une compensation, d'un montant annuel inférieur à 30 millions d'euros, octroyée à des entreprises dont le chiffre d'affaires annuel moyen hors taxes n'atteint pas 100 millions d'euros au cours des deux exercices. Pour le secteur : hôpitaux et logement social ; des règles spécifiques s'appliquent aux transports aériens et maritimes. En revanche, les transports terrestres sont soumis à un régime spécifique en application de l'article 93 du TFUE et de règlements, v. CJCE 7 mai 2009, Antrop, aff. C-504/07, Rec. CJCE p. I-3867.

Copyleft – Ius Publicum

2010 résume les difficultés[230]. Il constate tout d'abord que les conditions de l'arrêt Altmark sont respectées; en conséquence, la compensation n'est pas une aide d'État soumise à l'obligation de notification[231]. Toutefois, il ajoute que «d'ailleurs» les conditions de la décision 2005/842/CE sont remplies en l'espèce. Superfétatoire, la précision est erronée, la décision ne s'appliquant qu'aux aides d'État. La sélectivité, le critère de l'investisseur privé et la récupération sont les points saillants de la jurisprudence étudiée en matière d'aides d'État.

La sélectivité.

Au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, une aide d'État implique un avantage sélectif, c'est-à-dire «accordé à certaines entreprises ou certaines productions»[232].

[230] CE 7 juill. 2010, req. n° 327388. Était en cause la légalité de l'arrêté du 26 février 2009 du ministre de la santé fixant pour l'année 2009 l'objectif des dépenses d'assurance maladie mentionné à l'article L. 162-22-9 du Code de la sécurité sociale. Pour une application de la jurisprudence Altmark par le juge judiciaire après renvoi préjudiciel (conditions non remplies), v. CA Versailles, 2 sept. 2010, URSAFF c. Laboratoires Boiron; URSAFF c. Laboratoires Glaxosmithkline; URSAFF c. SARL BristolMyersSquib (3 arrêts).

[231] Ibid. L'arrêt constate que la compensation d'obligations de service public n'excède pas, au sens de la jurisprudence de la Cour de justice, «les coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et correctement équipée en moyens de transport, devrait exposer pour remplir ces obligations, majorés d'un bénéfice raisonnable».

[232] Pour un avantage indirect, v. TPICE 4 mars 2009, Italie c. Commission, aff. T-424/05; Associazione italiana del risparmio gestito, T-445/05, Rec. TPICE p. II-289. Sur un avantage découlant d'un processus de nationalisation, v. Trib., 1er juill. 2010, Italie c. Commission, aff. T-53/08; ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni, aff. T-62/08; Cementir Italia, aff. T-63/08; Nuova Terni Industrie Chimiche, aff. T-64/08, nep.

Copyleft – Ius Publicum

Dans deux affaires, le Conseil d'État a apprécié la sélectivité des mesures bénéficiant à un opérateur de téléphonie mobile[233].

Contestant la légalité de la procédure d'attribution de la 4e licence 3G à Free[234], les requérants ont notamment avancé le moyen selon lequel l'octroi à un quatrième opérateur (Free) d'une licence 3G dans des conditions financières différentes des trois autres licences constitue une aide d'État. Le Conseil d'État rejette ce moyen, car la différence financière ne va pas au-delà de qui est «nécessaire pour tenir compte de la différence de situation existant entre les opérateurs et pour assurer les conditions d'une plus grande concurrence»[235]. La sélectivité est ici appréciée en contrôlant, au terme d'une analyse économique complexe, le respect de l'égalité et l'exigence de concurrence. Le Conseil d'État a procédé d'une façon analogue lorsqu'il a statué sur la définition de l'encadrement tarifaire des prestations de terminaison d'appel vocal mobile de trois opérateurs[236].

L'appréciation de la sélectivité est plus délicate en matière fiscale. À l'instar du régime dérogatoire de taxe professionnelle appliqué à France Télécom de 1994 à 2002[237],

[233] Saisie de l'attribution de la troisième licence UMTS à Bouygues, la Cour de justice exclut une aide d'État car la mesure constituait la seule solution permettant de respecter le droit de l'Union. CJCE 2 avr. 2009, Bouygues SA, aff. C-437/07 P, Rec. CJCE p. I-153.

[234] CE 12 oct. 2010, n° 332393. Était attaqué le décret n° 2009-948, 29 juill. 2009.

[235] Après examen de la plainte des autres opérateurs, la Commission n'a pas ouvert de procédure. V. Mobile : l'Union européenne rejetterait les plaintes d'Orange, SFR et Bouygues contre Free, Lemonde.fr avec AFP, 23 août 2010. Dans ses fonctions consultatives, le Conseil d'État avait néanmoins soulevé la question de la qualification d'aide d'État. V. sect. travaux publics, 22 janv. 2008. Avis n° 381124.

[236] CE 24 juill. 2009, SFR, n° 324642.

[237] TPICE 30 nov. 2009, France et France Télécom c. Commission, aff. jtes T-427/04 et T-17/05, Rec. TPICE p. I-4315, pourvoi C-81/10 P.

Copyleft – Ius Publicum

est sélective la mesure réservée à une seule entreprise. À moins d'être justifiée par l'économie du système fiscal[238], la sélectivité est également établie lorsqu'une différence de traitement est fondée sur des éléments fonctionnels[239], temporels[240] ou géographiques. Dans ce dernier cas, selon la Cour de justice, le cadre juridique pertinent pour apprécier la sélectivité du régime fiscal d'une autorité infra-étatique peut être limité au territoire de la collectivité territoriale si trois critères sont remplis : la décision est prise par une autorité régionale ou locale disposant, sur le plan constitutionnel, d'un statut politique et administratif distinct de celui du gouvernement central; celui-ci ne peut intervenir directement sur le contenu de la décision; les conséquences financières ne sont pas compensées par des concours ou subventions des autres régions ou du gouvernement central[241]. En application de ces critères a été retenu le caractère sélectif de mesures fiscales

[238] V. par ex. Trib., 1er juill. 2010, BNP Paribas, aff. T-335/08, nep, pourvoi C-452/10 P.

[239] Sur des aides d'État accordées sous la forme d'une exonération fiscale et de prêts avantageux à des entreprises de services publics locaux, v. TPICE 11 juin 2009, Italie c. Commission, aff. T-222/04; Confservizi, aff. T-292/02; ACEA SpA, aff. T-297/02; AMGA, aff. T-300/02; AEM SpA, aff. T-301/02; Acegas-APS, SPA, aff. T-309/02; ASM Brescia SpA, aff. T-189/03, Rec. TPICE p. II-1831.

[240] Pour une mesure fiscale réservée aux sociétés nouvellement cotées en bourse, v. TPICE 4 sept. 2009, Italie c. Commission, aff. T-211/05, Rec. TPICE p. II-2777. Sur les régimes fiscaux de territoires basques retenus sélectifs car réservés à des entreprises nouvellement créées: TPICE 9 sept. 2009, T- 86/02 à T-88/02, Territorio Historico de Alava, aff. T-à T-32/01; Territorio Historico de Alava, aff. T-227/01 à T-229/01, T-265, T-266, T-270/01; Territorio Historico de Alava, aff. T-230/01 à T-232/01, T-267 à T-269/01, Rec. TPICE p. II-139, pourvois en cours, C-471/09, C-472/09, C-473/09, C-474/09, C-475/09 et C-476/09.

[241] CJCE 11 sept. 2008, Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) e.a., aff. jtes C-428/06 à C-434/06 ; 6 sept. 2006, Portugal c. Commission, aff. C-88/03, Rec. CJCE p. I-7115. V. C. Urraca Caviedes, «La sélectivité régionale», in Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea, La Haye, Kluwer Law International, 2008, p. 125.

Copyleft – Ius Publicum

régionales portugaises[242] et italiennes[243]. En France, la sélectivité était au cœur de la seconde phase du contentieux de la taxe sur les achats de viande finançant le service public de l'équarrissage. Créée en 1997, cette taxe a été qualifiée d'aide d'État car son produit était affecté à un fonds spécial[244]. C'est pourquoi la loi de finances rectificative du 30 décembre 2000 a modifié ce régime en affectant le produit de la taxe au budget de l'État et en supprimant le fonds spécial. Le nouveau régime a donné lieu à un contentieux de masse auquel le Conseil d'État a mis un terme en 2009 en appliquant la jurisprudence de la Cour de justice[245]. Une taxe est exclue du champ d'application des articles 107 et 108 du TFUE à moins de constituer le mode de financement d'une mesure d'aide dont elle fait partie intégrante; cela implique que le produit de la taxe soit nécessairement affecté au financement de l'aide du fait d'un lien d'affectation juridiquement contraignant entre la taxe et l'aide. En se fondant sur le «principe à valeur constitutionnelle d'universalité budgétaire» tiré de l'ordonnance du 2 janvier 1959, le Conseil d'État exclut tout lien d'affectation contraignant entre la taxe sur les achats de viande et le service public de l'équarrissage; aucune aide d'État n'est donc caractérisée.

L'investisseur privé en économie de marché. Le critère de l'investisseur privé en économie de marché permet d'apprécier si le comportement d'une collectivité publique

[242] TPICE 10 sept. 2009, Banco comercial dos Açores c. Commission, aff. T-75/03, Rec. TPICE p. I-7115.

[243] CJCE 17 nov. 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri, aff. C-169/08, Rec. CJCE p. I-10821.

[244] CJCE 20 nov. 2003, GEMO, aff. C-126/03, Rec. CJCE p. I-13769; CE 15 juill. 2004, SA Gemo, n° 264494, concl. Goulard, RJF 2004. 726.

[245] CE 27 juill. 2009, Société Boucherie du marché, n° 312098, JurisData n° 2009-081536, Droit fisc. 2009, n° 43 p. 27, concl. C. Legras et note A. Maitrot de la Motte ; Société Montaudis, n° 313502, JurisData n° 2009-081538, AJDA 2009. 2071, note F. Lichère. V. CAA de Paris, 10 déc. 2009, n° 07PA00079.

Copyleft – Ius Publicum

en sa qualité d'actionnaire d'une entreprise est une aide d'État[246]. Deux décisions de la Commission ont été annulées pour erreur de droit dans la mise en oeuvre de ce critère[247].

La première affaire concernait le projet d'avance d'actionnaire de l'État français dans le capital de France Télécom en 2002. Pour la Commission, il ne s'agissait pas d'un comportement normal d'investisseur privé en économie de marché car il a été précédé de déclarations publiques du gouvernement français qui ont permis à France Télécom d'améliorer sa position sur les marchés financiers[248]. Le Tribunal censure cette lecture extensive du critère d'investisseur privé; si les déclarations ont permis à l'entreprise de bénéficier d'un avantage financier par un financement du marché à taux favorables, elles n'ont pas engagé des ressources publiques et ne sont donc pas une aide d'État[249]. Dans la seconde affaire, l'État français, seul actionnaire d'Électricité de France (EDF) en 1997, avait procédé à la recapitalisation de cette entreprise en renonçant à une créance fiscale détenue à son encontre.

Pour la Commission, il avait agi en qualité de puissance publique et non d'actionnaire, de sorte que le critère de l'investisseur privé n'était pas satisfait. Confirmant la conception extensive de l'actionnaire retenue dans l'affaire Ryanair[250], le Tribunal a

[246] Pour une application de ce critère à des apports tacites de Länder à une Landesbank, v. Trib. UE, 3 mars 2010, Bundesverband deutscher Banken, aff. T-163/05 et aff. T-36/06, nep.

[247] TPICE 21 mai 2010, République française, France Télécom SA, Bouygues SA, Bouygues Télécom SA et Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications, T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04, nep; 15 déc. 2009, EDF c. Commission, T-156/04, Rec. TPICE p. II-4503.

[248] Décision de la Commission, 2 août 2004, concernant l'aide d'État mise à exécution par la France en faveur de France Télécom, C(2004)3060, non publiée, pt. 191.

[249] TPICE 21 mai 2010, préc.

[250] TPICE 17 déc. 2008, Ryanair Ltd, T-196/04, Rec. CJCE p. II-3643. Le Tribunal a censuré l'erreur de droit de la Commission pour ne pas avoir appliqué le critère de l'investisseur privé à la région wallonne, qui avait octroyé des

Copyleft – Ius Publicum

censuré l'erreur de droit de la Commission, qui n'a pas recherché l'objectif poursuivi par l'État en renonçant à la créance fiscale. Si l'objectif est économique (c'est-à-dire peut être poursuivi par un investisseur privé), l'État intervient en tant qu'opérateur économique.

En revanche, la comparaison avec l'opérateur privé est exclue lorsque l'État poursuit un objectif d'intérêt public, car il agit alors en tant que puissance publique. Dans les deux affaires, la position de la Cour de justice est attendue; d'autant plus que la lecture téléologique des mesures et le raisonnement tautologique retenus par le Tribunal sont peu convaincants.

On notera enfin la publication de la décision concernant La Poste, dont la transformation en société anonyme par le législateur français a permis de mettre fin à la garantie illimitée bénéficiant aux établissements publics[251]. La Commission considère une telle garantie constitutive d'une aide d'État, ce qui explique la lettre adressée aux autorités françaises demandant que la Société nationale des chemins de fer (SNCF) soit transformée en société anonyme[252].

La récupération. La Commission doit ordonner la restitution des aides incompatibles[253]. Le juge national est tenu de faire droit à la demande de récupération d'une aide d'État illégale, c'est-à-dire versée en violation de l'obligation de notification et de

aides fiscales à Ryanair pour le lancement de lignes aériennes à l'aéroport de Charleroi, celui-ci étant géré par une société au capital de laquelle la région wallonne participe.

[251] Déc. n° 2010/605/UE, 26 janv. 2010, concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, JOUE n° L 274, 19 oct. 2010, p. 1.

[252] Ass. Nat., Question au gouvernement de M. J.-C. Guibal, Statut de la SNCF, 2 juin 2010.

[253] Art. 14, § 1, règlement (CE) n° 639/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 93 du TCE (108 TFUE), JOUE L 83, 27 mars 1999, p. 1.

Copyleft – Ius Publicum

suspension[254]. Selon la formule consacrée par le Conseil d'État, «ressortit à la compétence exclusive de la Commission européenne de décider, sous le contrôle de la Cour de justice [...], si une aide de la nature de celles mentionnées à l'article [107] du Traité est ou non, compte tenu des dérogations prévues par ce Traité, compatible avec le marché commun»; «il incombe, en revanche, aux juridictions nationales de sanctionner, le cas échéant, l'invalidité de dispositions de droit national qui auraient institué ou modifié une telle aide en méconnaissance de l'obligation [...] d'en notifier à la Commission, préalablement à toute mise à exécution, le projet»[255]. Trois affaires soulignent la délicate articulation entre obligation de récupération et contrôle juridictionnel[256].

Les aides illégales pour défaut de notification, mais déclarées compatibles par la Commission, ne doivent pas être récupérées[257], ce qui soulève des difficultés illustrées par le nouvel épisode de la « saga » Centre d'exportation du livre français (CELF)[258].

Contribuant à la francophonie, le CELF a bénéficié depuis 1980 d'une subvention ministérielle. Illégale à défaut d'avoir été notifiée, cette aide d'État a été autorisée par trois

[254] Imposée par l'article 108, § 3, TFUE. D'effet direct, cette disposition engendre, en faveur des justiciables, des droits que les juridictions nationales sont tenues de sauvegarder. CJCE 11 déc. 1973, Lorenz, aff. 120/73, Rec. CJCE p. 1471.

[255] CE 23 déc. 2010, Mutuelle centrale des finances, n° 310775; CE 26 nov. 2009, Société Sotresco, n° 313397; Société Cannecar, n° 313404; CE 27 juil. 2009, Société Boucherie du marché, n° 312098; Société Montaudis, n° 313502; CAA Lyon, 16 nov. 2010, Association Canol c. Communauté urbaine de Lyon, n° 09LY02028.

[256] Lorsque l'aide incompatible a été versée à une entreprise en situation de faillite, les autorités nationales doivent inscrire au passif leur créance. TPICE, 1er juill. 2009, Kg Holding, aff. T-81 à 83/07, Rec. p. II-2411.

[257] CJCE, 21 nov. 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e.a. c. France, aff. C-354/90, Rec. p. I-5505, pt 14.

[258] CJUE, 11 mars 2010, CELF (centre d'exportation du livre français), aff. C-1/09, nep.

Copyleft – Ius Publicum

décisions de la Commission, toutes annulées par le Tribunal[259]. À l'occasion du contentieux national de récupération de ces aides, le Conseil d'État a posé une seconde question préjudicielle à la Cour de justice, qui a donné deux précisions[260]. D'une part, le juge national ne peut surseoir à statuer sur la restitution d'une aide illégale en attendant que la Commission européenne, dont une première décision a été annulée par le juge, se prononce à nouveau sur la compatibilité de la mesure. D'autre part, le fait que le Tribunal ait annulé à trois reprises des décisions de la Commission ne constitue pas une situation exceptionnelle justifiant une limitation de l'obligation de récupération[261]. Cette interprétation stricte est fondée sur l'effet utile de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE, qui confère des droits aux particuliers dont le juge national assure la protection effective.

Ces précisions interviennent alors que le contentieux des aides d'État s'intensifie[262], ainsi que l'affaire Scott – autre « saga jurisprudentielle » française – le montre à un double titre. D'une part, le 2 septembre 2010, la Cour de justice a annulé l'arrêt du Tribunal au motif que le contrôle opéré sur la décision de la Commission était entaché d'erreurs[263]. D'autre part, le 20 mai 2010, elle a précisé les limites apportées par le principe

[259] TPICE, 15 avr. 2008, CELF, aff. T-348/04, Rec. p. II-625.

[260] Le premier arrêt préjudiciel précisait que le juge national, en cas de récupération d'une aide illégale déclarée compatible par la Commission, doit ordonner uniquement le paiement d'intérêts pour la période écoulée entre la mise à exécution de l'aide illégale et la décision de compatibilité. Si celle-ci est annulée par le juge de l'Union, il doit tirer les conséquences de l'illégalité pour la période écoulée entre la décision de compatibilité et l'arrêt annulant celle-ci. CJCE, 12 févr. 2008, CELF, aff. C-199/06, Rec. p. I-469.

[261] Le bénéficiaire des aides illégalement mises à exécution peut faire échec à l'obligation de récupération en invoquant des circonstances exceptionnelles, qui ont légitimement pu fonder sa confiance dans leur caractère régulier. CJCE 20 sept. 1990, Commission c. Allemagne, aff. C-5/89, Rec. CJCE p. I-3437.

[262] Pour des illustrations d'irrecevabilité, v. pour une association Trib. UE, 18 mars 2010, Forum 187 ASBL c. Commission, aff. T-189/08, nep.

[263] CJUE 2 sept. 2010, Commission c. Scott, aff. C-290/07 P, nep.

Copyleft – Ius Publicum

d'effectivité à l'autonomie procédurale[264]. Celle-ci implique que les autorités nationales sont libres de choisir les moyens pour récupérer l'aide d'État. Le juge national peut éprouver des difficultés à mettre en oeuvre les voies de droit interne, à l'instar de la cour administrative d'appel de Nantes. Celle-ci, confrontée à l'illégalité formelle de titres de perception émis pour la récupération des aides indûment perçues, a posé une question préjudicielle sur l'interprétation de l'article 14, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 659/1999[265]. Pour la Cour de justice, le juge administratif peut annuler pour vice de forme les titres de recette émis afin de récupérer une aide illégale lorsque le droit national permet de régulariser le vice de forme; le maintien des conditions normales de concurrence interdit tout nouveau versement, ne serait-ce que provisoire, au bénéficiaire. L'obligation de récupération, destinée à rétablir les conditions normales de concurrence faussées par le versement de l'aide illégale, est conciliée avec le principe général de protection juridictionnelle effective, dont le contrôle par le juge national de la légalité formelle d'un titre de recettes est la manifestation[266]. Le 31 août 2010, en se fondant sur le principe d'effectivité, la cour administrative d'appel a rejeté les conclusions tendant au remboursement des créances de la collectivité correspondant à l'obligation de récupération de l'aide d'État illégale, nonobstant l'annulation des titres de recettes pour vice de forme[267].

L'obligation de récupération peut se heurter à l'autorité de la chose jugée. Ce moyen a été avancé en défense par la Slovaquie pour contester un manquement. Était reprochée à cet État la nonrécupération d'une aide illégale constituée par l'annulation d'une

[264] CJUE 20 mai 2010, Scott, aff. C-210/09, nep. Pour une illustration en droit allemand, v. Trib. 7 oct. 2010, DHL Aviation, aff. T-452/08, nep.

[265] Selon un premier arrêt, cette disposition impose l'obligation de récupération immédiate et effective qui s'oppose à l'effet suspensif des recours introduits contre ces titres de perception. CJCE 5 oct. 2006, Commission c. France (Scott c. Kimberly), aff. C-232/05, Rec. CJCE p. I-10071.

[266] Pts. 22 et 25.

[267] CAA Nantes, 31 août 2010, n° 07NT00572.

Copyleft – Ius Publicum

dette fiscale. Or cette annulation était fondée sur un concordat approuvé par une décision de justice dotée de la force de chose jugée[268]. À la différence de l'arrêt Lucchini, en l'espèce la décision de justice était antérieure à toute décision de la Commission ordonnant la récupération. L'arrêt Lucchini a en effet affirmé que le principe de l'autorité de la chose jugée ne peut faire obstacle à la récupération d'une aide dont l'incompatibilité a été constatée par une décision de la Commission devenue définitive[269]. La Cour admet que l'autorité de la chose jugée puisse faire obstacle à la récupération[270]; en l'espèce cependant, la Slovaquie a manqué à ses obligations car elle disposait d'autres moyens pour obtenir la récupération de l'aide. La procédure en manquement est ainsi utilisée par la Commission afin de garantir l'effectivité de l'obligation de récupération. Si l'arrêt constatant le manquement a un effet déclaratoire, sa non-exécution peut conduire à la condamnation de l'État en application de l'article 260 du TFUE. En 2009, la Grèce a ainsi été condamnée au paiement d'une astreinte et d'une somme forfaitaire pour non-exécution d'un arrêt constatant le défaut de récupération d'une aide[271].

[268] CJUE 22 déc. 2010, Commission c. Slovaquie, C-507/08, nep.

[269] CJCE 18 juil. 2007, Lucchini SpA, aff. C-119/05, Rec. CJCE p. I-6199.

[270] CJUE Commission c. Slovaquie, C-507/08, préc., pts. 59-60. Le droit de l'Union «n'impose pas dans tous les cas à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant force de chose jugée à une décision juridictionnelle, même si cela permettrait de remédier à une violation du droit de l'Union par la décision en cause». «En vue de garantir aussi bien la stabilité du droit et des relations juridiques qu'une bonne administration de la justice, il importe que les décisions juridictionnelles devenues définitives après épuisement des voies de recours disponibles ou après expiration des délais prévus pour ces recours ne puissent plus être remises en cause».

[271] CJCE GC, 7 juil. 2009, aff. C-369/07, Commission c. Grèce, Rec. CJCE p. I-5703.

Copyleft – Ius Publicum

4.3 La commande publique.

Alors que la Commission a présenté un « livre vert » sur la modernisation des règles relatives aux marchés publics dans l'Union[272], les directives relatives aux marchés publics ont donné lieu à quelques affaires intéressantes[273]. Elles ne s'appliquent cependant pas aux concessions de services, lesquelles relèvent d'un régime jurisprudentiel construit depuis l'arrêt Telaustria autour du principe de non-discrimination et de l'exigence de transparence[274]. D'effet direct[275], ces règles fondamentales sont a fortiori invocables aux fins d'une interprétation conforme du droit national[276]. La combinaison dedirectives « marchés » et principes jurisprudentiels forme ainsi le droit de l'Union de la commande publique, auquel échappent deux séries de relations.

[272] 18 oct. 2010, COM(2010) 571 final.

[273] Directive « secteurs exclus » 2004/17/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JOUE n° L 134, 30 avr. 2004, p. 1; directive «classique» 2004/18/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE n° L 134, 30 avr. 2004, p. 114.

[274] CJCE 7 déc. 2000, Telaustria et Telefonadress, aff. C-324/98, Rec. CJCE p. I-10745 ; 21 juill. 2005, Coname, aff. C-231/03, Rec. CJCE p. I-7287 ; 13 oct. 2005, Parking Brixen, aff. C-458/03, Rec. CJCE p. I-8585 ; 6 avr. 2006, ANAV, aff. C-410/04, Rec. CJCE p. I-3303 ; 13 sept. 2007, Commission c. Italie, aff. C-260/04, Rec. CJCE p. I-7083.

[275] V. par ex. CJ, GC, 13 avr. 2010, Wall AG c. Ville de Francfort-sur-le-Main, et Frankfurter Entsorgungs-und Service (FES) GmbH, aff. C-91/08, pts. 68 et 71.

[276] Comme le Conseil d'État l'a expressément affirmé, v. CE 1er avr. 2009, CUB et Sté Kéolis, n° 323585 et n° 323593, AJDA 2009. 1889, note F. Train ; RFDA 2009. 937, note D. Dubois et C. Raux..

Copyleft – Ius Publicum

Les exclusions.

Depuis l'arrêt Teckal[277], les règles de la commande publique ne s'imposent pas aux contrats conclus entre une collectivité publique et une entité juridiquement distincte de celle-ci lorsque deux conditions sont remplies[278]: d'une part, la collectivité exerce sur l'entité un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services; d'autre part, cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient[279]. Un arrêt a précisé la mise en oeuvre du critère de contrôle lorsque l'entité cocontractante prend la forme d'une société de capital[280]. Le contrôle analogue est exclu lorsqu'une personne privée détient une partie même minoritaire du capital de l'entité[281]. Encore faut-il que la participation des investisseurs privés soit effective: une mixité hypothétique du capital ne suffit pas à exclure la condition du contrôle en l'absence de tout indice concret d'une ouverture prochaine du capital à des actionnaires privés[282]. Le capital de l'entité doit donc être entièrement et effectivement public, le contrôle pouvant être exercé en commun par

[277] CJCE 18 nov. 1999, Teckal, aff. C-107/98, Rec. CJCE p. I-8121 ; 11 janv. 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, aff. C-26/03, Rec. CJCE p. I-1 ; 13 oct. 2005, Parking Brixen, aff. C-458/03, Rec. CJCE p. I-8585.

[278] Cette exclusion concerne aussi bien les directives « marchés publics » que les principes de non-discrimination et de transparence. V. pour rappel : CJCE 10 sept. 2009, Sea Srl, aff. C-573/07, Rec. CJCE p. I-8127.

[279] CJCE 18 nov. 1999, Teckal, aff. C-107/98, Rec. CJCE p. I-8121.

[280] Ibid., pt. 41.

[281] CJCE GC, 9 juin 2009, Commission c. Allemagne, aff. C-480/06, Rec. CJCE p. I-4747, pt. 3; 15 oct. 2009, Acoset, aff. C-196/08, Rec. CJCE p. I-9913 ; CJCE 22 déc. 2010, Mehiläinen Oy, aff. C-215/09, nep, pt. 32. V. égal. Stadt Halle et RPL Lochau, aff. C-26/03, préc., pt. 49 ; 13 nov. 2008, Coditel Brabant, aff. C-324/07, Rec. CJCE p. I-8457, pt. 30.

[282] CJCE Sea Srl, aff. C-573/07, préc., pt. 51.

Copyleft – Ius Publicum

plusieurs collectivités publiques[283]. La jurisprudence Teckal est désormais bien intégrée dans l'ordre juridique français. Outre la consécration législative des sociétés publiques locales[284], le juge administratif se réfère aux contrats de quasi-régie, comme l'a fait la cour administrative d'appel de Paris dans une affaire concernant un bail emphytéotique[285].

La coopération intercommunale fait-elle échec aux règles de la commande publique? L'arrêt Coditel avait admis la délégation sans appel à concurrence d'un service public à une société coopérative intercommunale, car les conditions d'une relation in house étaient établies[286]. L'arrêt du 9 juin 2009 relatif à un contrat conclu entre la ville de Hambourg et quatre Landkreise afin de mutualiser le traitement de déchets[287] admet aussi que ce contrat échappe aux règles de la commande publique en tant qu'aboutissement d'une coopération intercommunale destinée à exécuter une mission de service public. Il s'agit d'un arrêt d'espèce, la Cour se montrant sensible au fait qu'il ne s'est pas agi de contourner les règles relatives aux marchés publics, mais de permettre l'élimination des déchets conformément aux objectifs imposés par la directive 75/442/CEE relative aux déchets[288]. Une marge de manoeuvre est ainsi laissée aux collectivités territoriales, au prix d'une insécurité juridique, une appréciation subjective de l'intention des parties étant nécessaire.

[283] Ibid., pt. 58. V. CJCE 19 avr. 2007, Asemfo, aff. C-295/05, Rec. CJCE p. I-2999, pt. 57; Coditel Brabant, aff. C-324/07, préc., pt. 49.

[284] L. n° 2010-559, 28 mai 2010.

[285] CAA Paris, 30 juin 2009, n° 07PA02380, Lebon T.

[286] Coditel Brabant, aff. C-324/07, préc., pt. 41.

[287] CJCE Commission c. Allemagne, aff. C-480/06, préc., pts. 35-36.

[288] Ibid., pts. 47-48.

Copyleft – Ius Publicum

Les directives.

Le champ d'application des directives a connu trois séries de précisions. Ratione temporae, la Cour a tiré du principe de sécurité juridique la conclusion que les marchés conclus avant la date d'expiration du délai de transposition de la directive 2004/18/CE, relèvent de la directive 93/37/CEE[289]. Ratione personae, a été retenue une acception extensive de la notion d'opérateur économique à propos d'un groupement italien constitué d'universités et de ministères (CoNISMa), exclu d'un marché public au motif que le droit italien n'autorise pas ces entités à présenter des offres[290]. Pour la Cour, même s'il ne poursuit pas un but lucratif et n'intervient pas régulièrement sur le marché, CoNISMa est un opérateur économique[291]. Contrairement à la solution retenue en 2007[292], la notion d'opérateur économique pour le droit de la commande publique ne s'épuise donc pas avec celle d'entreprise pour celui de la concurrence[293]. La Cour invite dès lors le juge national à interpréter le droit interne conformément au texte et à la finalité de la directive 2004/18/CE[294]. Ratione materiae, la Cour de justice a refusé d'appliquer la dérogation prévue par les articles 51 et 62 TFUE pour les activités participant à l'exercice de l'autorité publique[295]. Cette dérogation avait été invoquée par des Länder allemands ayant passé sans appels d'offres des marchés relatifs à des services publics de transport sanitaire. Sans

[289] CJCE 15 oct. 2009, Hochtief et Linde-Kca-Dresden, aff. C-138/08, Rec. CJCE p. I-9889.

[290] CJUE 23 déc. 2009, CoNISMA, aff. C-305/08, nep.

[291] Ibid., pts. 19-23.

[292] CJCE 29 nov. 2007, Commission c. Italie, aff. C-119/06, Rec. CJCE p. I-168.

[293] Sur la comparaison entre notions d'opérateur économique et d'entreprise, v. concl. aff. C-305/08, pts. 28-30.

[294] CJUE CoNISMA, aff. C-305/08, préc., pt 50.

[295] CJUE 29 avr. 2010, Commission c. Allemagne, aff. C-160/08, nep.

Copyleft – Ius Publicum

surprise[296], la Cour de justice af firme que la fourniture de ces services publics ne participe pas à l'exercice de l'autorité publique. La qualification de marché au sens de la directive 2004/18/CE implique que les travaux soient exécutés pour satisfaire les besoins de la collectivité[297], c'est-à-dire dans l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur[298]. Pour la Cour, un tel intérêt n'est pas établi lorsque l'État vend un terrain sur lequel l'acquéreur privé exécute ultérieurement des travaux répondant à des objectifs de développement urbanistique fixés par une collectivité locale; celle-ci ne satisfait pas ses besoins, mais exerce ses compétences en matière d'urbanisme[299]. Un autre montage contractuel posait une difficulté de qualification résolue par un arrêt du 22 décembre 2010[300]. Un pouvoir adjudicateur municipal avait conclu, avec une société privée indépendante de lui, un contrat comportant deux volets. D'une part, les parties ont créé Une société anonyme dont elles se sont partagé à parts égales le capital et le pouvoir de contrôle. D'autre part, le pouvoir adjudicateur municipal s'est engagé à acquérir auprès de cette société les services de santé et de bien-être au travail. Pour la Cour de justice, détachable du contrat constituant la société, cet engagement du pouvoir adjudicateur est un marché de services relevant de

[296] La Cour a ainsi refusé de rattacher à l'exercice de l'autorité publique les activités suivantes : avocat, CJCE 21 juin 1974, Reyners, aff. 2/74, Rec. CJCE p. 631; enseignement ou direction de centres privés d'enseignement, CJCE 15 mars 1988, Commission c. Grèce, aff. 147/86 ; services informatiques pour le compte de l'administration publique, CJCE 5 déc. 1989, Commission c. Italie, aff. C-3/88, Rec. CJCE p. 4035; commissaire agréé auprès des entreprises d'assurance, CJCE 13 juill. 1993, Thijssen, aff. C-42/92, Rec. CJCE p. I-4047; vente de paris et loteries, 26 avr. 1994, Commission c. Italie, aff. C-272/91, Rec. CJCE p. I-1409 ; services de sécurité privée, CJCE 22 oct. 1998, Commission c. Espagne, aff. C-114/97, Rec. CJCE p. I-6717 ; organismes de contrôle des produits de l'agriculture biologique (CJCE 29 nov. 2007, Commission c. Allemagne, aff. C-404/05, Rec. CJCE p. I-10239).

[297] Art. 1er, § 2, b, de la directive 2004/18, préc.

[298] V. CJCE 18 janv. 2007, Auroux e. a., aff. C-220/05, Rec. CJCE p. I-385, pts. 13, 17, 18 et 45.

[299] CJUE 25 mars 2010, Helmut Müller GmbH, aff. C-451/08, nep.

[300] CJUE C-215/09, Mehiläinen et Terveystalo Healthcare, préc.

Copyleft – Ius Publicum

l'annexe II B de la directive 2004/18/CE. Au titre des manquements aux directives, deux arrêts retiennent l'attention. Concernant la France, la Cour a constaté l'incompatibilité avec les articles 2 et 28 de la directive 2004/18/CE des articles 73 et 74-IV du Code des marchés publics relatifs aux marchés de définitions, désormais abrogés[301]. La directive 2004/18/CE s'oppose à l'attribution par un pouvoir adjudicateur d'un marché d'exécution à l'un des titulaires des marchés de définition initiaux avec une mise en concurrence limitée à ces titulaires[302]. Dans l'affaire des services publics de transport sanitaire, la Cour a rejeté la justification avancée par l'Allemagne sur le fondement de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE, estimant ne pas voir en quoi « l'obligation d'assurer la publicité des résultats de l'attribution du marché concerné serait de nature à faire échec à l'accomplissement» d'un service d'intérêt économique général[303].

[301] CJUE 10 déc. 2009, Commission c. France, aff. C-299/08, Rec. CJUE p. I-11587. Dispositions abrogées par l'article 40 du décret n° 2010-406 du 26 avril 2010, relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique. Dans une autre affaire (CJCE 11 juin 2009, aff. C-327/08, Commission c. France, Rec. CJCE p. I-102), la Cour a constaté l'incompatibilité de l'ancienne version de l'article 1441-1 du nouveau Code de procédure civile avec les dispositions de la directive 89/665/CEE, (première directive recours). Afin de transposer la directive 2007/66/CE améliorant l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, le décret n° 2009-1456, 27 nov. 2009 a modifié l'article 1441-1.

[302] À rapprocher de CJCE, 14 oct. 2004, Commission c. France, aff. C-340/02, Rec. CJCE p. I-9845. Commission, 27 juin 2007, Marchés publics: procédures d'infraction à l'encontre de la France, Comm. presse IP/07/922. Pour d'autres manquements, v. CJCE 23 avr. 2009, Commission c. Belgique, aff. C-292/07, Rec. CJCE p. I-59 ; 2 avr. 2010, Commission c. Espagne, aff. C-423/07 ; 8 nov. 2010, Commission c. Irlande, aff. C-226/09, nep.

[303] Commission c. Allemagne, aff. C-160/08, préc., pt. 129. À rapprocher de CJCE 25 oct. 2001, Glöckner, aff. C-475/99, Rec. CJCE p. I-8089.

Copyleft – Ius Publicum

Les principes jurisprudentiels.

Par un jeu de vases communicants, les principes de l'arrêt Telaustria s'appliquent dans les interstices matériels qui n'ont pas été harmonisés par les directives « marchés ». Deux arrêts illustrent cette complémentarité. Dans l'affaire Assitur Srl, était en cause l'interprétation de la liste, établie par la directive[304], des causes justifiant l'exclusion par le pouvoir adjudicateur des candidats à un marché. Pour la Cour, des causes non prévues par la directive peuvent être introduites afin de garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence. Dans un autre arrêt, il s'est agi d'un marché de services d'interprétation qui, en application de la directive 2004/18/CE, n'est soumis qu'à des obligaobligations de publicité et de mise en concurrence allégées. Néanmoins, estime la Cour, ce type de marché n'échappe pas totalement au droit de l'Union; pour les questions non couvertes par la directive, les principes généraux s'appliquent[305].

Dans l'arrêt Eurawasser, la Cour de justice a rappelé que la différence entre un marché de services et une concession de services réside dans la contrepartie de la prestation[306]. Pour le marché, la contrepartie est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire; pour la concession, la contrepartie consiste dans le droit d'exploiter le service, soit seul, soit assorti d'un prix[307]. Néanmoins, souligne l'arrêt, la rémunération de l'opérateur par des tiers n'est pas en soi un critère de distinction, mais

[304] CJCE 19 mai 2009, Assitur Srl, aff. C-538/07, Rec. CJCE p. I-4219. Était en cause l'article 29, alinéa 1er, de la directive 92/50/CEE, dont la substance est reprise par l'article 45, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE.

[305] CJUE 18 nov. 2010, Commission c. Irlande, aff. C-226/09, nep. Sont applicables à ces marchés uniquement les articles 23 et 35, § 4, de la directive.

[306] CJCE 10 sept. 2009, WAZV Gotha c. Eurawasser, aff. C-206/08, Rec. CJCE p. I-8377. Pour un contrat aisément qualifié de concession de service eu égard au transfert clair de risque, v. CJUE Wall AG, aff. C-91/08, préc.

[307] CJCE, WAZV Gotha c. Eurawasser, aff. C-206/08, préc.

Copyleft – Ius Publicum

uniquement un indice de la prise en charge par le prestataire du risque lié à l'exploitation des services[308]. Lorsque l'opérateur se rémunère par sa propre prestation, il prend nécessairement en charge ce risque. La distinction entre marché public et concession de service est bien fondée sur le critère de la charge du risque lié à l'exploitation du service[309]. Si ce risque pèse sur l'opérateur, il y a concession de service; en cas contraire, le contrat est un marché puisque l'entité adjudicatrice assume l'aléa économique. Peu importe que le risque encouru par le pouvoir adjudicateur soit très limité ; seul est déterminant le transfert par le pouvoir adjudicateur au concessionnaire de l'intégralité ou, au moins, d'une part significative du risque d'exploitation qu'il encourt[310]. Alors que les directives « marchés » publics définissent les notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice, l'applicabilité ratione personae de la jurisprudence Telaustria n'est pas précisée. Ainsi, un arrêt du 13 avril 2010 a précisé les conditions dans lesquelles une société d'économie mixte est assimilée à une autorité publique et donc soumise au principe d'égalité de traitement et à l'exigence de transparence[311]. En s'inspirant de la notion de «pouvoir adjudicateur» donnée par la directive 2004/18/CE, la Cour dégage deux conditions: d'une part, l'entreprise est sous le contrôle effectif d'une autorité publique[312]; d'autre part, elle n'opère pas en situation de concurrence sur le marché.

[308] Ibid., pt. 59.

[309] V. aussi CJCE, Parking Brixen, aff. C-458/03, préc., pt. 40.

[310] CJCE WAZV Gotha c. Eurawasser, aff. C-206/08, préc., pt. 77. En l'espèce, le risque était financièrement limité du fait d'une réglementation spécifique régissant le secteur de l'eau.

[311] CJUE Wall AG, aff. C-91/08, préc.

[312] Ce contrôle s'apprécie en fonction de la composition des organes dirigeants de l'entreprise, de la détention des voix au sein des organes de direction ainsi que de son financement.

Copyleft – Ius Publicum

Alors que le marché public est un contrat conclu à titre onéreux[313], les principes issus de l'arrêt Telaustria sont invocables à l'encontre de «tout acte, qu'il soit contractuel ou unilatéral, par lequel une entité publique confie la prestation d'une activité économique à un tiers»[314]. Ainsi, dans deux arrêts de 2010, la Cour de justice a appliqué les principes jurisprudentiels à des actes unilatéraux portant dévolution par l'autorité publique à un opérateur privé, de l'activité de jeux de hasard. Dans l'affaire relative au système hollandais d'agrément fermé pour l'organisation de ces jeux, la Cour a affirmé que l'obligation de transparence est «une condition préalable obligatoire du droit d'un État membre d'attribuer des autorisations d'exploitation des établissements de jeux, quel que soit le mode de sélection des opérateurs»[315]. Dans l'arrêt concernant les concessions d'exploitation des établissements de jeux en Autriche, la Cour souligne le nécessaire respect du principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence lors de l'octroi d'une autorisation administrative[316]. Si le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence n'impliquent pas nécessairement un appel d'offres, l'autorité doit garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture à la concurrence ainsi que l'impartialité des procédures d'attribution[317]. Un arrêt du 13 avril 2010 a précisé que l'exigence de publicité peut impliquer une nouvelle procédure de mise en concurrence[318]. En l'espèce, était en cause un contrat de concession conclu par la ville de Francfort au cours de l'exécution duquel un changement de sous-traitant a été autorisé par

[313] Art. 1er, § 2, dir. 2004/18/CE, préc.

[314] Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM(2004) 327 final, pt. 8.

[315] CJUNE, Sporting Exchange Ltd dit Betfair, aff. C-203/08, préc., pt. 53.

[316] CJUE, Ernst Engelmann, aff. C-64/08, préc.

[317] CJUE, Sporting Exchange, aff. C-203/08, préc., pts. 40 et 41.

[318] CJUE, Wall AG, aff. C-91/08, préc.

Copyleft – Ius Publicum

l'autorité concédante. Selon l'arrêt, une nouvelle procédure est nécessaire lorsque les stipulations « présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du contrat de concession initial [...] de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essenessentiels de ce contrat ». Une modification substantielle est notamment établie lorsque la collectivité a autorisé le changement d'un sous-traitant, dont la présence – déterminante pour la conclusion du contrat – a conduit à ne pas retenir d'autres candidatures. Inédite pour les concessions de services, la solution avait déjà été appliquée en matière de marchés[319]. Selon un autre arrêt, le principe de non-discrimination et l'exigence de transparence n'imposent pas l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs de procéder à la pondération des critères de sélection dès l'avis de marché; ces critères ne doivent pas en revanche être modifiés au cours de la procédure[320].

Quelles sont les conséquences de la violation de l'obligation de transparence sur l'office du juge national? Il était ainsi demandé à la Cour de justice si cette violation implique l'obligation pour les autorités publiques de résilier le contrat et d'accorder au candidat non retenu le droit d'obtenir une injonction pour prévenir ou faire cesser la violation[321]. La Cour de justice se contente d'affirmer qu'en vertu du principe d'autonomie procédurale, le juge national se fonde sur le droit national pour tirer les conséquences sur le contrat, de la violation des principes dans le respect des exigences d'équivalence et d'effectivité. Le principe d'autonomie procédurale se révèle cette fois un moyen pour la Cour de justice d'éviter de s'immiscer dans l'organisation des voies de recours.

[319] CJCE 5 oct. 2000, Commission c. France, aff. C-337/98, Rec. CJCE p. I-8377; 19 juin 2008, Pressetext Nachrichtenagentur, aff. C-454/06, Rec. CJCE p. I-4401.

[320] CJUE Commission c. Irlande, aff. C-226/09, préc.

[321] CJUE Wall AG, aff. C-91/08, préc.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

IL DIRITTO URBANISTICO NELLA DECRETAZIONE D'URGENZA ITALIANA (E NON SOLO) SULLA CRISI ECONOMICA

REPORT ANNUALE - 2012 - ITALIA

(Novembre 2012)

Antonio BARTOLINI

INDICE

1. PREMESSA

2. DIRITTO URBANISTICO E RILANCIO DELL'ATTIVITÀ EDILIZIA

2.1 Semplificazione delle procedure urbanistiche

2.2 L'impatto delle liberalizzazioni sulla disciplina urbanistica

2.3 Abolizione di regole pro concorrenziali

3. MISURE DI DEPIANIFICAZIONE ED ISTITUTI DI DEROGA URBANISTICA

4. LA DISCIPLINA DEI DIRITTI EDIFICATORI

5. IL DISEGNO DI LEGGE SUL CONSUMO DI SUOLO

6. CONCLUSIONI

7. BIBLIOGRAFIA

Copyleft – Ius Publicum

1. PREMESSA

L'oggetto della presente comunicazione riguarda l'evoluzione della legislazione urbanistica statale emersa a seguito del *crack* di Lehman Brothers del settembre 2008.

Si tratta di una legislazione disordinata, adottata essenzialmente in via d'urgenza, ai fini del rilancio dell'economia. E' un settore nevralgico della depressione economica in atto, poiché, come noto, la crisi finanziaria è direttamente collegata al *market failure* dell'attività edilizia, derivante da un eccesso di offerta rispetto alla domanda. Non ci si può, difatti, dimenticare che la crisi statunitense, riprodottasi specularmente nei nostri paesi, è derivata dal fatto che la domanda di abitazione veniva drogata dalla concessione piuttosto facile dei mutui *sub-prime*. Analoghe forme di mercato drogato si sono presentate in Spagna ed in misura ridotta, ma comunque significativa, in Italia.

Dal punto di vista metodologico, anziché seguire una ricostruzione in chiave di successione cronologica, si cercherà di collocare le norme urbanistiche che si sono susseguite negli ultimi cinque anni secondo le principali misure di politica e economica e giuridica che stanno contrassegnando la decretazione emergenziale italiana, ovvero semplificazioni, liberalizzazioni, *deregulation*, apertura progressiva alla concorrenza, accanto a misure derivanti dal *fiscal compact*, quali la valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico, o l'aumento della leva fiscale. Da ultimo si stanno affacciando misure che collocherei nell'ambito del c.d. sviluppo sostenibile.

La finalità della comunicazione è quella di vedere se le misure intraprese, attraverso l'introduzione di disposizioni in campo urbanistico, abbiano raggiunto o stiano raggiungendo le finalità attese, ovvero il rilancio dell'economia.

Copyleft – Ius Publicum

2. DIRITTO URBANISTICO E RILANCIO DELL'ATTIVITÀ EDILIZIA

E' noto che il comparto dell'edilizia occupa all'interno del PIL di ogni paese una posizione significativa e molto importante; ed è altrettanto noto che, secondo l'economia politica classica, in momenti di crisi il comparto dell'edilizia viene individuato come un settore trainante per uscire dalla recessione.

Il legislatore italiano ha sentito, pertanto, la necessità di introdurre una serie di disposizioni di rilancio dell'attività edilizia, partendo dall'eliminazione di alcuni aspetti regolativi che rallentano i procedimenti urbanistici o che, comunque, pongono degli ostacoli al libero esercizio dell'attività imprenditoriale: si tratta di problematiche - direi ataviche - che colpiscono il diritto urbanistico e dell'edilizia, ed in genere la pubblica amministrazione, in Italia, quali la complicazione delle procedure, gli eccessivi pesi ed oneri amministrativi gravanti sulle imprese private (e non conformi al principio di proporzionalità), i limiti alla libertà di concorrenza, l'*iper* regolazione, etc. Orbene, nel prosieguo verranno affrontate partitamente queste problematiche, partendo dalle politiche di semplificazione amministrativa.

2.1 Semplificazione delle procedure urbanistiche

Come anticipato, una prima direzione in cui si è mosso il legislatore è stato quello di semplificare i procedimenti urbanistici, eliminando oneri impropri od accelerando le procedure amministrative.

Omettendo i numerosi tentativi che si sono avuti nell'ultimo ventennio, si passerà all'esame delle semplificazioni intercorse negli ultimi cinque anni. I

Sotto questo profilo, in primo luogo, si è proceduto a trasferire la competenza, nell'approvazione dei piani attuativi conformi al piano regolatore (prg) , dal Consiglio alla Giunta comunale: a tal fine, si è, infatti, disposto che "*i piani attuativi, come denominati*

Copyleft – Ius Publicum

dalla legislazione regionale, conformi allo strumento urbanistico generale vigente, sono approvati dalla giunta comunale" (art. 5, comma 13, lett. b), d.l. 13 maggio 2011, n. 70, conv. in l. 12 luglio 2011, n. 106). Come noto, nella disciplina previgente il piano attuativo veniva approvato dal Consiglio comunale (l'assemblea titolare del potere normativo nei comuni) e non dalla Giunta (organo esecutivo del Comune), così rallentando notevolmente il procedimento di approvazione, in quanto sottoposto al dialogo tra maggioranza ed opposizione: il trasferimento della competenza alla Giunta dovrebbe semplificare e facilitare l'approvazione del piano, visto che all'interno dell'esecutivo vi dovrebbe essere una maggiore compattezza e coesione politica.

In secondo luogo, vanno segnalate alcune misure di semplificazione con cui si cerca di accelerare le procedure di variante ai piani urbanistici: la più rilevante riguarda il piano di alienazione e valorizzazione immobiliare (PAVI). In particolare il PAVI, consiste in un piano con cui gli enti locali procedono alla valorizzazione dei propri beni immobili, tramite la possibilità di variare sia l'edificabilità che la destinazione d'uso di tali immobili, prima di cederli nel mercato privato o conferirli in fondi immobiliari. Al fine di accelerare la procedura valorizzativa, si è stabilito che le regioni debbano introdurre delle procedure di variante semplificata; laddove le regioni rimangano inerti è, comunque, previsto che il PAVI sia trasmesso dal Comune all'autorità preposta all'approvazione (regione o provincia, a seconda della legge regionale), la quale è tenuta ad esprimere il proprio avviso nel termine perentorio di 120 giorni, altrimenti, in caso d'inerzia si forma il silenzio assenso (art. 58, comma 2, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, come modificato dall'art. 27, comma 1, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214).

Ulteriore semplificazione si è avuta per la VAS (Valutazione ambientale strategica di cui alla direttiva 2001/42/CE), essendo stato previsto che le varianti agli strumenti urbanistici a "francobollo", cioè di carattere puntuale, non necessitano di essere sottoposte alla predetta valutazione: viene, infatti, disposto che "*per le modifiche dei piani e dei programmi elaborati per la pianificazione territoriale o della destinazione dei suoli conseguenti a provvedimenti di autorizzazione di opere singole che hanno per legge l'effetto di variante ai suddetti piani e programmi … la valutazione ambientale strategica*

Copyleft – Ius Publicum

non è necessaria per la localizzazione delle singole opere" (art. 6, comma 12, d.lgs. 152/2010, come introdotto dall'art. 2, comma 3, lett. h, d.lgs. 29 giugno 2010, n. 128). Più di recente è stato stabilito che i piani attuativi non devono essere sottoposti a Vas, laddove il piano gerarchicamente superiore sia stato previamente sottoposto a valutazione; nel caso in cui il piano attuativo sia in variante al prg, la Vas deve riguardare esclusivamente gli aspetti che non sono stati oggetto di valutazione sui piani sovraordinati (art. 16, l. 17 agosto 1942, n. 1150, così come modificato dall'art. 5, comma 8, d.l. 70/2011).

2.2 L'impatto delle liberalizzazioni sulla disciplina urbanistica

L'attività di liberalizzazione - insistentemente (e, forse, vanamente) cercata dal Governo Monti - ha coinvolto anche il diritto urbanistico, essendo stata affermata la necessità di abrogare le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale che sono di ostacolo alla piena esplicazione del principio di concorrenza (art. 1, comma 1, lett. *b)*, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27). Il compito di abrogazione è stato affidato a Comuni, Province e Regioni, che nell'ambito delle proprie attribuzioni, sono tenuti ad abrogare – per via amministrativa - le predette disposizioni nel termine del 31 dicembre 2012 (comma 3); nel caso di mancata ottemperanza a questo obbligo, è previsto, da un lato, l'esercizio del potere sostitutivo da parte dello Stato, e, dall'altro, la penalizzazione sotto il profilo dei trasferimenti erariali, per non aver raggiunto il parametro della virtuosità (sempre il comma 3). La liberalizzazione deve avvenire tenendo conto che l'abrogazione delle prescrizioni (urbanistiche) anticoncorrenziali trova un limite nell'esigenza di salvaguardare i c.d. interessi costituzionalmente forti: a tal fine, il comma 3, individua come limite all'abrogazione amministrativa la necessità di salvaguardare "*i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica*".

Copyleft – Ius Publicum

Si tratta di un disegno ambizioso che, tuttavia, troverà significativi ostacoli alla sua attuazione nei gruppi d'interesse particolari, *lobbies* e corporazioni, come dimostra il travagliato *iter* del medesimo d.l. liberalizzazioni.

Di portata autoapplicativa e, quindi, di immediata vigenza è, invece, la disposizione che ha liberalizzato le destinazioni d'uso relative ai locali d'impresa: è stato, infatti, disposto che possono essere eseguiti senza titolo abilitativo "*le modifiche della destinazione d'uso dei locali adibiti ad esercizio d'impresa*" (art. 6, comma 2, lett. e-bis), d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 - t.u. edilizia -, così come introdotto dall'art. 13 della l. 7 agosto 2012, n. 134 di conv. del d.l. 22 giugno 2012, n. 83). Si tratta di una disposizione che non ha valenza solamente edilizia, poiché la liberalizzazione delle destinazioni d'uso comporta la neutralizzazione e la vanificazione della zonizzazione funzionale prevista dal prg. Prevale, dunque, la logica della *deregulation*, anche se limitata agli immobili delle imprese.

2.3 Abolizione di regole pro concorrenziali

In direzione opposta alle regole pro-concorrenziali e liberistiche introdotte negli ultimi mesi, il Governo Monti (in apparente contraddizione) ha stabilito che le opere di urbanizzazione primaria di valore inferiore alla soglia comunitaria (c.d. appalti sotto soglia), ed a scomputo degli oneri di urbanizzazione, non sono soggette alla disciplina di evidenza pubblica del Codice dei contratti (d.lgs. 163/2006): sicché le opere di urbanizzazione primaria (strade pubbliche, reti elettriche, telefoniche e del gas, parcheggi, etc.) a scomputo possono essere realizzate direttamente dall'attuatore (art. 16, comma 2-*bis*, t.u. edilizia, così come introdotto dall'art. 45, comma 1, d.l. 16 dicembre 2011, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214). In tal modo è venuto l'obbligo, per tali opere di urbanizzazione, di svolgere una procedura negoziata (conforme ai principi europei) con invito ad almeno cinque operatori economici.

Si tratta di una scelta di *deregulation* sicuramente corretta dal punto di vista del diritto europeo, in quanto già da tempo la Corte di giustizia aveva chiarito che tale tipo di

Copyleft – Ius Publicum

opere sono soggette all'obbligo dell'evidenza pubblica solo quando hanno un interesse transfrontaliero certo (Corte giust. CE, 21 febbraio 2008, C-412/04, *Commissione c. Repubblica italiana*). Come, del resto, dubbi sull'esigenza di estendere le regole concorrenziali a questo tipo di opere erano stati espressi anche in letteratura.

3. MISURE DI DEPIANIFICAZIONE ED ISTITUTI DI DEROGA URBANISTICA

Sempre in un'ottica di *deregulation* vanno evidenziate quelle misure che mirano ad introdurre disposizioni in deroga alla pianificazione urbanistica.

In primo luogo, al fine d'incentivare gli interventi di recupero del patrimonio edilizio esistente (c.d. riqualificazione incentivata delle aree urbane) si è prevista - laddove le Regioni rimangano inerti – la possibilità di ottenere permessi di costruire in deroga allo strumento urbanistico, consentendo un aumento volumetrico – pure in contrasto col prg - non superiore al venti per cento per gli edifici residenziali o al dieci per cento per quelli non residenziali, come è consentito di ottenere il mutamento di destinazione in deroga al prg. Tuttavia, le deroghe urbanistiche – di carattere volumetrico e di destinazione d'uso - non operano nei centri storici e nelle aree ad inedificabilità assoluta, e non possono riguardare edifici abusivi e fermo restando il rispetto della normativa posta a tutela degli interessi costituzionalmente forti, quali il paesaggio, i beni culturali, l'ambiente, la sicurezza sismica, e l'igiene (art. 5, commi 9, 10 e 14, d.l. 70/2010).

In secondo luogo, viene, comunque, prevista la possibilità di richiedere permessi di costruire volti ad ottenere mutamenti d'uso in deroga anche senza nuove opere, purchè il cambio di destinazione sia compatibile o complementare a quello previsto dal prg (art. 5, comma 13, lett. b), d.l. 70/2011).

Da ultimo va ricordato il c.d. piano casa: si tratta di una misura volta ad incentivare l'attività edilizia, questa volta regolata con un accordo Stato – Regioni del 1 aprile 2009. In detto accordo le regioni si sono impegnate ad introdurre con propria legge

Copyleft – Ius Publicum

regionale – l'urbanistica è infatti materia di legislazione concorrente tra Stato e Regioni – delle disposizioni che incrementino le ristrutturazioni edilizie mediante il riconoscimento di un credito volumetrico pari al 20% della volumetria esistente. Nel caso, poi, in cui si proceda a demolizione e ricostruzione dell'immobile è riconosciuto un aumento volumetrico del 35 % rispetto a quello demolito. L'aumento naturalmente è in deroga al dimensionamento previsto dal prg. La gran parte delle regioni hanno attuato con proprie leggi regionali i contenuti dell'accordo.

4. LA DISCIPLINA DEI DIRITTI EDIFICATORI

Novità di grande rilievo contenuta nel d.l. n. 70/2011 è il riconoscimento esplicito da parte del legislatore statale dei c.d. diritti edificatori, veri e propri "mostruosi ircocervi giuridici". I diritti edificatori, *grosso modo*, hanno ad oggetto, come bene della vita, quelle quantità di cubatura, riconosciute tramite la perequazione urbanistica ed il sistema delle premialità e compensazioni, che decollate da un fondo vengono fatte atterrare in altro fondo, potendo circolare all'interno del territorio comunale (e quando in volo anche oltre).

E' stato, difatti, previsto, che i contratti volti a negoziare i diritti edificatori debbono essere necessariamente trascritti, disponendo che "*per garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori*", "*i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale*" (art. 2643, comma 2-bis, cod. civ., così come introdotto dall'art. 5, comma 3, d.l. 70/2011).

La disposizione in esame è l'unica che merita, tra quelle fino ad ora esaminate, un qualche minimo apprezzamento, poiché ha il merito di avere carattere sistematico, risolvendo un'annosa *querelle* sulla legittimità costituzionale dei diritti edificatori.

E' noto che la circolazione dei diritti edificatori è nata in via di prassi senza una copertura legislativa statale: sicchè la migliore dottrina ha ritenuto, nel recente passato, che

Copyleft – Ius Publicum

il sistema fosse radicalmente incostituzionale, atteso che la materia della disciplina della proprietà privata (ordinamento civile) appartiene alla potestà esclusiva statale.

Con la modifica del Codice civile, lo Stato, dunque, riconosce il sistema dei diritti edificatori "*previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale",* dandogli una copertura costituzionale.

Resta, peraltro, il fatto che un simile sistema meriterebbe - come da tempo auspica la dottrina giuridica unitamente a quella urbanistica - almeno una cornice di principi legislativi statali che rendano la circolazione dei diritti edificatori, oltre che certa, anche trasparente ed imparziale.

5. IL DISEGNO DI LEGGE SUL CONSUMO DI SUOLO

In chiara controtendenza con tutti gli interventi microsettoriali degli ultimi cinque anni, il 14 settembre di quest'anno il Governo Monti ha approvato un ambizioso disegno di legge sul consumo del suolo. Si tratta di un intervento che s'inserisce nell'ambito delle attuali politiche comunitarie dirette a limitare il consumo di suolo (Commissione Europea 12.4.2012 SWD (2012) 101 final – *Guidelines on best practice to limit, mitigate or compensate soil sealing*), sulla scorta di alcune esperienze europee, tra cui anche quella dell'Andalusia. Difatti, il consumo di suolo agricolo, derivante dalla crescente e non controllata edificazione dei terreni, sta diminuendo la capacità produttiva agricola dell'intera Europa (rischiando di perdere l'autosufficienza alimentare) e crea dei danni incalcolabili sia dal punto di vista paesaggistico, che da quello dell'assetto idrogeologico.

Ragion per cui, il ddl si propone di tutelare il suolo come risorsa fondamentale, non solo dal punto di vista agro-alimentare, ma anche sotto quello paesaggistico ed ambientale. In particolare, viene introdotto il principio di introdurre una limitazione al numero massimo di superfice agricola edificabile, limitando i 'terreni la cui destinazione può essere modificata dagli strumenti urbanistici al fine di consentire un'utilizzazione edificatoria'. Tale programmazione viene demandata ad un decreto interministeriale,

Copyleft – Ius Publicum

mentre la ripartizione delle quantità edificabili tra le Regioni è demandata alla Conferenza Stato - Regioni.

L'obiettivo del disegno di legge è ambizioso, valorizzando il principio di sviluppo sostenibile: non si è, però, facili profeti a preconizzare che il ddl troverà significativi ostacoli fuori e dentro il Parlamento.

6. CONCLUSIONI

Al termine della disamina del *puzzle* normativo si possono trarre le seguenti conclusioni.

L'ordinamento giuridico ha ritenuto che un'efficace risposta alla crisi dell'edilizia fosse quella di attuare un'ampia politica di *deregulation* e, quindi, di depianificazione, peraltro, con una strumentazione episodica e disorganica.

Il risultato è fallimentare, in quanto la fase recessiva è pienamente in atto e la stagnazione riguarda principalmente il comparto dell'edilizia.

L'eccesso di offerta immobiliare, il credit *crunch*, il *fiscal compact* sono delle dighe insormontabili. Ed interventi come il recente piano città, in cui sono stati stanziati poco più di 200 milioni di euro per far ripartire alcuni importanti progetti di riqualificazione urbana (art. 12, d.l. 83/2012)[1], sembrano come un'aspirina gettata nello stagno.

[1] Con il piano-città viene prevista la stipula di Contratti di valorizzazione urbana costituiti da un insieme coordinato di interventi con riferimento ad aree urbane degradate, indicando:a) la descrizione, le caratteristiche e l'ambito urbano oggetto di trasformazione e valorizzazione; b) gli investimenti ed i finanziamenti necessari, sia pubblici che privati, comprensivi dell'eventuale cofinanziamento del comune proponente;c) i soggetti interessati;d) le eventuali premialità; e) il programma temporale degli interventi da attivare;f) la fattibilità

Copyleft – Ius Publicum

Una politica economica credibile dovrebbe, invece: calmierare l'eccesso di offerta di edifici tramite misure regolative e di contenimento delle volumetrie, come quella proposta dal disegno di legge sul consumo del suolo; mettere in campo misure economiche di sostegno più consistenti volte alla valorizzazione della città esistente alla luce del principio dello sviluppo sostenibile, in modo da sostenere ed incentivare le nuove economie come quelle la *green economy*, o l'economia della cultura; disporre regole certe, mediante una riscrittura organica della disciplina del governo del territorio.

Insomma più che una cattiva deregolazione urbanistica, occorrerebbe, al contrario, una buona, illuminata, non complicata regolamentazione urbanistica.

7. BIBLIOGRAFIA

Sulle politiche di semplificazione in materia urbanistica alla luce della più recente decretazione emergenziale v. E. Boscolo, *Le novità in materia urbanistico edilizia introdotte dall'art. 5 del decreto sviluppo,* in *Urb. e appalti*, 2011, 1051 ss. Per le politiche di liberalizzazione contenute sempre nella recente decretazione d'urgenza cfr. ancora E. Boscolo, *La liberalizzazione delle attività economiche e la riduzione dei* compliance cost: *la difficile strada verso la giusta misura di controllo*, in *Urb. e appalti*, 2012, 506 ss.; mentre per la liberalizzazione delle destinazione d'uso v. S. Villamena, *La liberalizzazione dei mutamenti d'uso (indicazioni metodologiche)*, in *Riv. giur. urb*., 2012, 117 ss. (si tratta peraltro di uno scritto precedente alla liberalizzazione della destinazione d'uso per gli impianti industriali). Sulle problematiche relative al rapporto tra concorrenza ed opere di urbanizzazione cfr. F. Pellizzer, *Le opere di urbanizzazione tra concorrenza e organizzazione del territorio*, in *Riv. giur. urb*., 2012, 59 ss. Per una seria critica agli istituti in deroga ed alle misure di depianificazione si v. P. Stella Richter, *Relazione generale*, in

tecnico-amministrativa.

Copyleft – Ius Publicum

Atti del XVII Convegno Nazionale Aidu – Pianificazione e depianificazione, Macerata 28-29 settembre 2012, dattiloscritto (in corso di stampa). Sulle novità introdotte dal d.l. n. 70/2011 in materia di trascrivibilità dei diritti edificatori v. il fondamentale saggio di F. Gazzoni, *Cessione di cubatura, volo e trascrizione*, in *Giust. civ*., 2012, 101 ss. , da cui è mutuata la metafora del "mostruoso ircocervo giuridico". La migliore dottrina che in passato ha espresso dubbi di costituzionalità in materia di diritti edificatori è ascrivibile a G. Morbidelli, *Presentazione*, in A. Bartolini, A. Maltoni (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori*, Napoli, 2009, 11 ss. e P. Stella Richter, *Contributo alla legge quadro sul territorio*, in *Scritti in onore di L. Mazzarolli*, III, Padova, 2007, 505 ss.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

URBAN LAW IN THE ITALIAN EMERGENCY DECREE: THE ECONOMIC CRISIS AND BEYOND

ANNUAL REPORT - 2012 - ITALY

(November 2012)

Antonio BARTOLINI

INDEX

1. INTRODUCTION
2. URBAN LAW AND RECOVERY IN THE CONSTRUCTION INDUSTRY
2.1 The simplification of urban planning procedures
2.2 The impact of liberalization on planning regulations
2.3 The abolition of rules favouring competition
3. UNPLANNING MEASURES AND URBAN DEROGATION INSTITUTIONS
4. DEVELOPMENT RIGHTS REGULATION
5. THE DRAFT LAW ON SOIL CONSUMPTION
6. CONCLUSIONS
7. BIBLIOGRAPHY

1. INTRODUCTION

Copyleft – Ius Publicum

The object of this paper is to undertake a study of recent developments in state planning legislation, dealing with measures taken following the collapse of Lehman Brothers in September 2008.

This disorganized legislation was essentially adopted as a matter of urgency, in an attempt to revive the economy. The construction industry is a crucial sector in the current economic depression, as the financial crisis is directly related to market failure in the building industry, stemming from an excess of supply over demand. It should not be forgotten that the U.S. crisis, as mirrored in Europe, derived from the fact that the demand for housing was spiked by the ease with which sub-prime mortgages were granted. Analogous forms of market interference occurred in Spain, and to a lesser, but still significant extent, in Italy.

From a methodological point of view, rather than following a strictly chronological reconstruction of events, the attempt will be to categorise the urban planning regulations that have come into play over the last five years according to the principal political, economic, and legal measures evident in the Italian emergency decrees. These decree laws have as their object simplification, liberalization, deregulation, and a gradual opening up to competition, alongside measures arising from the fiscal compact, such as the valorisation of public property, and an increase in taxation. The latter can be seen to lead to measures that may be categorised as sustainable development.

The purpose of this paper is therefore to verify if the measures taken, through the introduction of urban planning provisions, have reached, or are capable of reaching, their expected goal of helping to stimulate economic recovery.

Copyleft – Ius Publicum

2. URBAN LAW AND RECOVERY IN THE CONSTRUCTION INDUSTRY

It is well known that the construction sector occupies a significant position internationally, in terms of GDP, and it is also common knowledge that, according to classical political economy, in times of crisis, the construction sector is identified as a driving sector in leading a country out of recession.

The Italian legislature has felt, therefore, the need to introduce a series of measures to revive the construction industry, starting with the elimination of some regulatory aspects that slow down planning processes, or which pose obstacles to the free exercise of entrepreneurial activity: these are problems - one could say of an atavistic nature - that affect urban law and construction, and the public administration in Italy in general, such as overly complicated procedures, the excessive administrative burden on private companies (which does not comply with the principle of proportionality), limits to freedom of competition, hyper-regulation, etc. These issues will be addressed in depth, beginning with the policy of administrative simplification.

2.1 Semplificazione delle procedure urbanistiche

As noted, one of the first steps taken by the government was to simplify the planning process, by eliminating improper charges and speeding up administrative procedures.

Overlooking the numerous previous attempts that have taken place during the last twenty years, this paper will examine the simplification that has occurred over the last five years.

In this regard, it was firstly decided to transfer the competence for the approval of implementation plans, in accordance with the regulatory plan, to the Municipal Board of the local council: to this end, it is provided that "*the implementation of plans, as referred to*

Copyleft – Ius Publicum

by regional legislation, in accordance with the general planning regulations in force, shall be approved by the Municipal Board" (art. 5, subsection 13, letter. b), Decree Law May 13, 2011, n. 70, conv. in l. July 12, 2011, n. 106). In the previous legislation implementation plans were approved by the Municipal Council (the assembly that holds legislative power in municipalities), and not by the Municipal Board (the executive body of the municipality), which slowed the approval process down significantly, as it was subject to the interplay between the majority and opposition: the transfer of responsibility to the Board should as a result simplify and facilitate the approval of plans, given that, within the executive at least, there should be a greater compactness and political cohesion.

Secondly, some measures which are intended to simplify and speed up the process of urban planning variants should also be noted: the most important regards the plan for alienation and real estate valorisation (PAVI). In particular, PAVI consists of a plan by which local authorities carry out the valorisation of their real estate by making it possible to vary both building rights and the intended use of such property, before giving them over to the private market, or conferring them in real estate funds. In order to accelerate the valorisation procedure, it was established that the regions should introduce simplified variation procedures; in the case where a region remains inert it is, in any case, expected that PAVI be transmitted by the municipality to the authority responsible for its approval (which may be a region or province, depending on the regional law). This authority is required to offer its opinion within a period of 120 days, or else, in the case of inertia, silent assent is assumed (art. 58, subsection 2, of Decree Law June 25, 2008, n. 112 conv. in l. August 6, 2008, n. 133, as amended by art. 27, subsection 1, Decree Law December 6, 2011, n. 201, converted with amendments by the Law December 22, 2011, n. 214).

Further simplification has been provided for by the SEA (Strategic Environmental Assessment under Directive 2001/42/EC), which provides that ad hoc variants to urban planning procedures do not need to be submitted to the above appraisal: it is, in fact, provided that "*for the modification of existing plans and programs prepared for territorial planning, or land use, resulting from measures to authorize individual works, which by law have the effect of variant of such plans and programs ... strategic environmental assessment is not necessary for the localization of individual works*" (art. 6, subsection 12, Legislative

Copyleft – Ius Publicum

Decree no. 152/2010, as stated in art. 2, subsection 3, letter. h, leg. Jun. 29, 2010, n. 128). More recently it has been established that implementation plans should not be subjected to Strategic Environmental Assessment, in the case where the higher level in the hierarchy has been subjected to evaluation; in the event that the implementation plan is a General Development Plan variant, the Strategic Environmental Assessment should only cover those aspects that were not already subject to evaluation in higher-level plans (art. 16, l. August 17, 1942, n. 1150, as amended by art. 5, subsection 8, of Decree Law 70/2011).

2.2 The impact of liberalization on planning regulations

The liberalization that the Monti government consistently (and perhaps in vain) sought to introduce also involved urban law. This was affirmed by the need to abrogate the provisions for planning and territorial planning that are an obstacle to the full realization of the principle of competition (art. 1, subsection 1, lett. b), Decree Law January 24, 2012, n. 1, conv. in l. March 24, 2012, n. 27th). The task of abrogation has been entrusted to Municipalities, Provinces and Regions. As part of their responsibilities, they are obliged to repeal - through administrative channels - the above provisions by December 31, 2012 (subsection 3); a failure to comply with this obligation is expected, on the one hand, to result in the exercise of substitutive power by the state, and on the other, penalisation in terms of revenue transfers, for failing to reach the parameter of virtue (subsection 3). Liberalisation should take place taking into account that the removal of anti-competitive urban planning regulations is limited by the need to preserve perceived constitutionally strong interests: to this end, subsection 3 identifies as a limit to administrative abrogation the need to safeguard "*the limits, programs and controls that are necessary to prevent possible damage to health, the environment, the landscape, artistic and cultural heritage, security, freedom, human dignity, and possible conflicts with social utility, with public order, the tax system, and the EU and international obligations of the Republic*".

This is an ambitious plan that will, however, no doubt encounter significant obstacles to its implementation, in the form of special interest groups, lobbyists and

Copyleft – Ius Publicum

corporations, as evidenced by the troubled course already taken by the Legislative Decree regarding liberalization.

The provision that has liberalized intended use, with regard to local business, is auto-applicative in nature, and therefore of immediate validity: it provides that "*changes in the intended use of the rooms used for business operations*" can be performed without the requirement of a qualifying title (art. 6, subsection 2, lett. e-bis), Presidential Decree June 6, 2001, n. 380 - t.u. construction - as introduced by art. 13 of l. August 7, 2012, n. 134 Conv. of Decree Law June 22, 2012, n. 83). This provision applies only to construction, since the liberalization of intended use involves the neutralization of functional zoning as provided for in General Development Plan. The logic of deregulation therefore prevails, even if limited to real estate held by companies.

2.3 The abolition of rules favouring competition

In contrast with the liberalizing pro-competition rules introduced in the previous months, and in an apparent contradiction, the Monti government stated that primary urbanization works that have a value below the EU threshold (known as "below the threshold contracts"), and which are set up against urbanization charges, are not subject to the discipline of public evidence of the contracts code (Leg. 163/2006): in order that primary urbanization works (public roads, electricity, telephone and gas networks, car parks, etc.) can be carried out in settlement by the actuator (art. 16, subsection 2-bis t.u. construction, as introduced by art. 45, paragraph 1 of Decree Law December 16, 2011, conv. in l. December 22, 2011, n. 214). This lead to the requirement that such urbanization works be carried out using a negotiating procedure (in accordance with European principles) open by invitation to at least five economic operators.

This deregulation decision is certainly correct in terms of European law, as The Court of Justice has long since made it clear that such works are subject to the obligation of public evidence only when they have a clear cross-border interest (EU Court of Justice, 21 February 2008, C-412/04, *Commission v. Italian Republic*). Doubts as to the need to extend

Copyleft – Ius Publicum

the rules of competition regarding this kind of works had also been expressed in the literature.

3. UNPLANNING MEASURES AND URBAN DEROGATION INSTITUTIONS

Some measures, which aim to make deregulation provisions at variance with urban planning law, should be highlighted.

In the first place, in order to incentivize the renovation of the existing building heritage (known as the stimulated redevelopment of urban areas), the possibility to obtain building permits in derogation of urban planning instruments is provided, in a case where the regions remain inert, allowing for an increase in volume – also in contrast with the General Development Plan – of above twenty per cent for residential buildings, or ten per cent for non-residential buildings, as it is possible to obtain a change of use, notwithstanding the General Development Plan. All things considered, such derogations – in terms of both volume and intended use - do not apply in urban areas and in areas where building is absolutely forbidden, can not cover illegal buildings, and remains subject to compliance with the regulations for the protection of constitutionally strong interests, such as the landscape, cultural heritage, the environment, seismic safety, and hygiene (art. 5, subsections 9, 10 and 14, Decree Law 70/2010).

Secondly follows the possibility to apply for building permits with the aim of achieving by means of derogation changes in use, even without new works taking place, provided that the change of intended use is compatible or complementary to that provided for by the General Development Plan (art. 5, subsection 13, letter. b), Decree Law 70/2011).

Finally, what is known as the "piano casa" housing plan must be taken into account: This was a measure intended to stimulate activity in the construction sector, this time regulated by an agreement between the State and the Regions of April 1, 2009. In said

Copyleft – Ius Publicum

agreement the regions committed to introduce, with their own regional law, as Italian urban law is in fact an area of concurrent legislation between the State and the Regions, which encourages the renovation of buildings through the recognition of a volumetric credit equal to 20% of existing volume. In the case of the demolition and reconstruction of a property, there is a recognized increase in volume of 35% on the demolished building. This increase is of course in derogation of the dimensions provided for by the General Development Plan. The vast majority of regions have implemented the content of this agreement with their own regional laws.

4. DEVELOPMENT RIGHTS REGULATION

An innovation of great importance contained in Decree Law n. 70/2011 is an explicit recognition by the state legislature of what are known as development rights, a veritable "monstrous legal chimera." Development rights, broadly speaking, have as their object, as essential assets, the amount of cubic volume, recognized through development rights and the system of rewards and compensation, which can be moved from fund to fund, and may circulate inside the municipal area and beyond.

It was, in fact, provided for that contracts intended to negotiate development rights must necessarily be transcribed, "*to ensure certainty in the circulation of development rights*", "*contracts that transfer, constitute or modify development rights, however denominated, provided by state or regional regulations, or by territorial planning instruments*" (art. 2643, subsection 2-bis, cod. civ., as introduced by art. 5, paragraph 3, of Decree Law 70/2011).

The provision in question is the first among those so far examined that deserves some minimal degree of appreciation, since it has the merit of being systemic in nature, and resolves a long-standing controversy on the constitutional legitimacy of development rights.

Copyleft – Ius Publicum

It is to be noted that the circulation of development rights was born by way of ordinary practice, without the protection of state legislation: therefore the best doctrine held, in the recent past, that the system was fundamentally unconstitutional, given that the matter of the discipline of private property (in the civil code) is the exclusive responsibility of the State.

With the amendment of the Civil Code, the State, therefore, recognizes the system of development rights "*provided for by government or regional regulations, or better, by territorial planning instruments*", thus providing them with constitutional protection cover.

There remains, however, the fact that such a system would merit, as long advocated by legal doctrine, together with that of urban doctrine, at least one framework of state principles of law that would make the circulation of development rights, not only certain, but also transparent and impartial.

5. THE DRAFT LAW ON SOIL CONSUMPTION

In clear contrast with all other interventions in the sector over the past five years, on September 14 2012 the Monti government approved an ambitious bill on soil consumption. This initiative falls within the context of current EU policies aimed at limiting the consumption of soil (European Commission 12.4.2012 SWD (2012) 101 final – *Guidelines on best practice to limit, mitigate or compensate soil sealing*), on the basis of some European experiences, including that of Andalusia. In fact, the consumption of agricultural land, as a result of increasing and uncontrolled construction, is decreasing the agricultural production capacity of Europe (running the risk of losing self-sufficiency), and creates untold damage, in both landscape and hydrogeological terms.

For this reason, the bill aims to protect the soil as a vital resource, not only from the standpoint of the agro-food industry, but also in terms of the environment and landscape. In particular, it introduces the principle of a maximum limit on surface agricultural building, limiting the "land which can be amended by planning instruments in

Copyleft – Ius Publicum

order to permit an construction use". Such planning is delegated to a ministerial decree, while the allocation of limits in terms of building permission among regions is handled by the State - Regions Conference.

The aim of the bill is ambitious, highlighting the principle of sustainable development: it is not, however, difficult to imagine that the bill will encounter significant obstacles, both inside and outside the Parliament.

6. CONCLUSIONS

After a careful examination of this complex legal puzzle the following conclusions can be drawn.

The legal system believed that the implementation of a comprehensive policy of deregulation would be an effective response to the construction crisis, alongside a simplification of the planning process, which was implemented in an episodic and uncoordinated manner.

The result is a failure, because the recession is still in full effect, and the building industry remains stagnant.

The excessive supply in real estate, the credit crunch, and the fiscal compact remain insurmountable obstacles. And interventions such as the recent city plan, which has been allocated just over €200 million to jump-start several major urban renewal projects (Article 12 dl 83/2012), (art. 12, d.l. 83/2012)[1], appear to be as effective as an aspirin dropped into a stagnant pond.

[1] The city plan is expected to provide for the stipulation of urban development contracts consisting of a set of coordinated interventions, with reference to degraded urban areas, indicating: a) the description, the

Copyleft – Ius Publicum

In reality, a credible economic policy should; moderate the oversupply of buildings, through regulatory measures and the containment of volume, as suggested in the draft law on soil consumption; put in place more substantial supporting economic measures, with the aim of the valorisation of the existing city, in the light of the principle of sustainable development, in order to support and develop new economies, such as the green economy, or the cultural economy; provide clear and transparent rules, by means of a rewriting of the regulations governing local government.

In conclusion, more than a haphazard deregulation of urban law, what should be introduced, on the contrary, is a worthy, enlightened, and uncomplicated regulation of urban law.

7. BIBLIOGRAPHY

On simplification policies in urban development, in the light of the most recent emergency decree, see E. Boscolo, *Le novità in materia urbanistico edilizia introdotte dall'art. 5 del decreto sviluppo,* in *Urb. e appalti*, 2011, 1051 ss. For more on the liberalization policies also set out in the recent emergency decree see E. Boscolo, *La liberalizzazione delle attività economiche e la riduzione dei compliance cost*: *la difficile strada verso la giusta misura di controllo,* in *Urb. e appalti*, 2012, 506 ss.; while for the liberalization of intended use, see S. Villamena, *La liberalizzazione dei mutamenti d'uso (indicazioni metodologiche)*, in *Riv. giur. urb*., 2012, 117 ss. (this was however written prior to the liberalization of intended use for industrial plants). On issues related to the relationship between competition and urbanization cf. F. Pellizzer, *Le opere di urbanizzazione tra concorrenza e organizzazione*

characteristics, and the subject of urban transformation and development, b) investments and the necessary funding, both public and private, inclusive of any co-financing with the proposing municipality c) relevant stakeholders d) any possible rewards e) the time scale of the interventions to be undertaken f) technical and administrative feasibility.

Copyleft – Ius Publicum

del territorio, in *Riv. giur. urb*., 2012, 59 ss. For a serious critique of institutional derogation and the measures taken to simplify planning see P. Stella Richter, *Relazione generale*, in *Atti del XVII Convegno Nazionale Aidu – Pianificazione e depianificazione*, Macerata 28-29 settembre 2012, (awaiting publication). On the changes introduced by Decree Law n. 70/2011 on the transcription of development rights, see the fundamental work of F. Gazzoni, *Cessione di cubatura, volo e trascrizione*, in *Giust. civ*., 2012, 101 ss., from which the metaphor of the "monstrous legal chimera" is borrowed. For an expression of doubts on the constitutionality of development rights in the past see G. Morbidelli, *Presentazione*, in A. Bartolini, A. Maltoni (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori*, Napoli, 2009, 11 ss. e P. Stella Richter, *Contributo alla legge quadro sul territorio*, in *Scritti in onore di L. Mazzarolli*, III, Padova, 2007, 505 ss.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

INFORME ANUAL - 2012 - ESPAÑA

(Abril 2012)

Prof. Luis ORTEGA ÁLVAREZ

Prof. Isaac MARTÍN DELGADO

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

2. SIMPLIFICACIÓN, REDUCCIÓN Y SUPRESIÓN DE ESTRUCTURAS ADMINISTRATIVAS

2.1 Simplificación

2.2 Reducción

2.3 Supresión de órganos administrativos e instituciones

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS COMPETENCIAS DE GESTIÓN DE LAS AGUAS DEL GUADALQUIVIR

1. INTRODUCCIÓN

Toda crónica jurídica tiene por objeto realizar una descripción de los hechos más destacados que se han sucedido durante un determinado periodo de tiempo. Ello exige concisión y brevedad. En nuestro caso, pretendemos ofrecer una exposición de las novedades normativas más significativas que se han producido en 2011 en relación con la

Copyleft – Ius Publicum

organización de las Administraciones Públicas españolas, sin ningún tipo de pretensión doctrinal ni valorativa de las mismas.

En este intervalo temporal no ha sido aprobada ninguna Ley que afecte directamente a la organización administrativa. Culminada la oleada de reformas de los Estatutos y paralizada la proyectada reforma de la Administración Local, son pocas las normas que han incidido en la organización administrativa. Sin embargo, sí se han elaborado planes y disposiciones y se han proyectado algunas reformas que están incidiendo e incidirán indirectamente en la realidad organizativa de las diferentes Administraciones Públicas y que apuntan hacia una vuelta al Derecho Administrativo –como consecuencia de la eliminación de órganos, entidades y sociedades públicas y de la contención del gasto público– y hacia la opción por un modelo de Administración eficaz y eficiente –basado en el uso de las nuevas tecnologías, en la transparencia en la gestión y en el mejor aprovechamiento de los recursos públicos–.

2. SIMPLIFICACIÓN, REDUCCIÓN Y SUPRESIÓN DE ESTRUCTURAS ADMINISTRATIVAS

Las escasas novedades producidas en 2011 en materia de organización administrativa se han centrado en el objetivo de la racionalización del sector público. La crisis económica que está atravesando España y las exigencias impuestas desde la Unión Europea han llevado a los diferentes niveles territoriales –sobre todo con el cambio político producido tras las elecciones municipales y regionales celebradas en mayo de 2011 y tras las elecciones generales de octubre de ese mismo año– a centrar su atención en la simplificación, reducción y supresión de estructuras administrativas.

Copyleft – Ius Publicum

2.1 Simplificación; en especial, el caso de los organismos reguladores

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible ha incorporado algunas novedades importantes en materia de organización administrativa.

Claramente pretenciosa en cuanto a su objeto (introducir en el ordenamiento jurídico las reformas estructurales necesarias para crear condiciones que favorezcan un desarrollo económico sostenible) consagra entre los principios que han de guiar la acción de los poderes públicos el de racionalización de las Administraciones Públicas. Este principio se concreta en la obligación de adoptar medidas de simplificación y sostenibilidad de la estructura administrativa y de acceso directo de los ciudadanos a los servicios y prestaciones públicas, garantizando una actuación ética, eficaz, eficiente y transparente. De este modo, se lleva al ámbito de los principios con efectos jurídicos vinculantes una exigencia que hasta el momento estaba únicamente en la esfera de la voluntad política.

La propia Ley procede a concretar esta obligación de simplificación respecto de algunos de los llamados organismos reguladores, esto es, las personificaciones jurídico-públicas que tienen por objeto velar por el correcto funcionamiento de determinados sectores de la actividad económica. Lo hace introduciendo un marco jurídico común para todos ellos, del que destaca especialmente la reducción de su número de miembros y los mecanismos de rendición de cuentas y de planificación de su actuación. También las obligaciones de cooperación interinstitucional entre estos organismos y con sus homólogos de los restantes Estados Miembros de la Unión Europea, que se materializan en reuniones periódicas para el intercambio de experiencias.

Esta regulación afecta a la Comisión Nacional de la Energía, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a la Comisión Nacional del Sector Postal y, parcialmente, a la Comisión Nacional de la Competencia. Con posterioridad, a través de sendas reformas, se han añadido al listado la Comisión Nacional del Juego y la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria.

El nuevo Gobierno ha puesto en marcha una reforma de estos organismos de mayor alcance. Efectivamente, está en proceso de elaboración un Anteproyecto de Ley de

Copyleft – Ius Publicum

reforma de los organismos supervisores, que fusionará en un sólo órgano los diferentes organismos hasta ahora existentes. De este modo, para el ejercicio de las funciones de supervisión de la actividad económica, se creará la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que aglutinará a la Comisión Nacional de la Energía, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a la Comisión Nacional del Sector Postal, a la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, al Comité de Regulación Ferroviaria y a la Comisión Nacional de la Competencia e, incluso, al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (cuya creación estaba prevista por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, y que, a pesar de reiterados intentos y anuncios de puesta en funcionamiento, finalmente no se ha llegado a crear). Las funciones de registro de operadores e inspección de su actividad, así como el resto de tareas propiamente administrativas se llevarán a cabo por los órganos de los diferentes Departamentos Ministeriales implicados.

En este apartado relativo a la simplificación de estructuras administrativas ha de destacarse también el Real Decreto 776/2011, de 3 de junio, por el que se suprimen determinados órganos colegiados y se establecen criterios para la normalización en la creación de órganos colegiados en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos. Esta norma contiene los criterios que han de seguir todos los Departamentos Ministeriales en la creación de nuevos órganos colegiados con el fin de coadyuvar a la racionalización organizativa y reducir el gasto público. Así, tras proclamar genéricamente que en toda disposición de creación de órganos colegiados se atenderá a criterios de racionalización, economía en el gasto público y eficacia, obliga a evitar la duplicidad de funciones con otros órganos y unidades administrativas, así como a la refundición de órganos existentes y a hacer uso en su funcionamiento de los medios electrónicos. Junto con ello, la norma de creación no contenga referencia a indemnizaciones por razón del servicio de sus miembros y haga constar expresamente que su funcionamiento se llevará a cabo con los medios personales, técnicos y económicos del órgano superior en el que se encuentren integrados.

Copyleft – Ius Publicum

2.2 Reducción

Una de las tendencias generalizadas que se ha repetido en los diferentes gobiernos territoriales y en el Gobierno estatal tras las respectivas elecciones ha sido la reducción de altos cargos. Es patente el menor número de consejerías en los Gobiernos Autonómicos y de Ministerios en el Gobierno de España, como no menos evidente resulta la supresión de muchos órganos directivos, cuyas funciones han sido agrupadas y encomendadas a un único centro.

Así puede apreciarse en el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, y en los sucesivos Reales Decretos que regulan la estructura de los Ministerios.

Junto con lo anterior, una de las primeras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros ha sido la aprobación de un Plan de Restructuración y Racionalización del Sector Público Estatal, que tiene por objeto suprimir determinadas sociedades mercantiles estatales (un total de 24) y vender acciones públicas de otras sociedades participadas –mayoritaria o minoritariamente– por la Administración General del Estado.

La oleada de recortes está comenzando a apreciarse igualmente en el nivel autonómico. Es la finalidad de los trabajos del Consejo para el Impulso y la Ordenación de la Reforma de la Administración que se ha creado en Cataluña por medio del Decreto 309/2011, de 12 de abril. Su principal función es doble: de un lado, evaluar la situación del conjunto de la Administración autonómica con criterios de simplificación y eficiencia de los recursos materiales y personales; de otro, definir y planificar actuaciones para racionalizar y optimizar recursos. En línea con esta idea, muy significativa es la Ley 11/2011, de 29 de diciembre, de reestructuración del sector público de Cataluña para agilizar la actividad administrativa –más pretenciosa en el título que en el contenido– por la que se disuelven dos entidades con personalidad jurídica propia (encomendando sus funciones al departamento competente en materia de industria), y se lleva a cabo una reordenación administrativa que afecta a la composición y organización de los órganos de dirección de determinadas entidades del sector público y a la estructura organizativa de otras entidades.

Copyleft – Ius Publicum

2.3 Supresión de órganos administrativos e instituciones

En aplicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 2010 sobre racionalización de las estructuras de la Administración General del Estado, reducción de altos cargos y reordenación del sector público empresarial, se aprobó el ya mencionado Real Decreto 776/2011, de 3 de junio, por el que se suprimen determinados órganos colegiados y se establecen criterios para la normalización en la creación de órganos colegiados en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos.

Con esta disposición se lleva a cabo la supresión de más de 180 órganos colegiados de diferentes Departamentos Ministeriales, de muy variada naturaleza, por razones de inactividad prolongada, inadecuación con la evolución de las estructuras administrativas o, incluso, duplicidad de funciones. La inmensa mayoría de los mismos son comisiones –ministeriales o interministeriales– creadas en aplicación de normativa sectorial de los años ochenta y noventa, tales como las Comisiones Calificadoras de Documentos Administrativos, las Comisiones de Retribuciones, las Comisiones Asesoras de Publicaciones, las Comisiones de Información Administrativa, las Comisiones Presupuestarias o las Comisiones de Estadística. Algunos de los órganos suprimidos se correspondían, incluso, con Ministerios extintos (es el caso de los pertenecientes al anterior Ministerio de Vivienda, que continuaban formalmente creados), si bien también se suprimen otros de reciente creación.

Mayor impacto han tenido –tanto en el ámbito administrativo como a nivel de opinión pública– la supresión del Consejo Económico y Social y del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha llevada a cabo, respectivamente, por las Leyes 12/2011 y 13/2011, de 3 de noviembre.

La supresión del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha se justifica en la Exposición de Motivos de la Ley por razones de eficacia, al considerarse que sus funciones son concurrentes con las del Defensor del Pueblo de España, con lo que resulta innecesaria la institución autonómica. Se llega a afirmar literalmente que "la multiplicidad de instituciones autonómicas, supone, sin duda, un ataque a la eficiencia administrativa y una

Copyleft – Ius Publicum

duplicidad de gastos de difícil justificación". Como dato justificativo, se añade que el volumen de quejas que recibe el Defensor del Pueblo estatal procedentes de Castilla-La Mancha es muy similar a las quejas que los castellano-manchegos dirigen al Defensor autonómico. De este modo, Castilla-La Mancha se ha convertido en la primera Comunidad Autónoma en eliminar esta institución (no existente en las 17 Comunidades), supresión que se ha visto facilitada por el hecho de no estar expresamente regulada en el Estatuto de Autonomía castellano-manchego.

Por su parte, la supresión del Consejo Económico y Social (tampoco prevista en el Estatuto), se justifica únicamente por motivos de racionalización y eficiencia en el uso de los recursos públicos, al entender que la participación de los agentes sociales y económicos en la toma de decisiones públicas puede canalizarse por otras vías (que, sin embargo, no se concretan).

Otras Comunidades Autónomas están planteándose sumarse a esta iniciativa; de hecho, el Partido Popular debatirá sobre esta cuestión en su próxima cumbre de presidentes autonómicos y UPyD ha hecho de ello una de sus reivindicaciones más visibles.

Para concluir este epígrafe, ha de hacerse mención al debate abierto en España sobre la supresión de las Diputaciones Provinciales, órganos de Gobierno y administración de las Provincias, que en nuestro país tienen personalidad jurídica propia como entidades locales. Reguladas en el art. 141 CE y desarrolladas en los arts. 31 y siguientes de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las Diputaciones Pronvinciales actúan fundamentalmente como órganos de asistencia a los municipios y de garantía de la solidaridad y equilibrio intermunicipal.

Se trata de un debate jurídico que viene de largo y que ha llegado también al ámbito político, hasta el punto de formar parte del programa electoral del PSOE en las últimas elecciones generales. No es éste el lugar para analizar esta cuestión. Nos remitimos al Libro Verde sobre los Gobiernos Locales Intermedios en España fue publicado en 2011 por la Fundación Democracia y Gobierno Local, que aborda el tema desde una perspectiva

Copyleft – Ius Publicum

multidisciplinar y se muestra partidario de reforzar su papel en el marco del Estado autonómico[1].

2.4 Otras iniciativas que afectan a la organización administrativa

Las medidas de racionalización de las estructuras administrativas que están implementándose en nuestro país desde el año 2010 han venido acompañadas de medidas de contención del gasto público. El ejemplo más ilustrativo de esta realidad es el hecho de que, en los últimos años, están proliferando en las diferentes normas reglamentarias las Disposiciones Finales en las que se indica que la aprobación de la norma no supone incremento del gasto público (incluso en los casos en los que se prevé la creación de nuevos órganos).

Más allá de esta realidad, debe hacerse mención a la reforma del art. 135 de la Constitución Española y al Proyecto de Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

El mes de agosto sorprendió a todos con el anuncio por parte del Presidente del Gobierno de una reforma constitucional, que se culminó en un brevísimo periodo de tiempo y fue publicada el 27 de septiembre. La justificación de la misma se centra en la necesidad de reforzar el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria con el fin de cumplir con los compromisos derivados de la pertenencia a la Unión Europea, y se concreta en el reconocimiento constitucional del mencionado principio y en la especificación de una serie de reglas que habrán de cumplirse en la emisión de deuda pública, con remisión a una

[1] El texto completo de este informe se encuentra disponible en http://www.gobiernolocal.es/publicaciones/monografias/2011/02/07/11

Copyleft – Ius Publicum

futura Ley Orgánica de los procedimientos para hacer cumplir las previsiones constitucionales.

Anunciado a finales de 2011 y presentado a las Cortes Generales en el mes de marzo de 2012, el Proyecto de Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera procede a incorporar la sostenibilidad financiera como principio rector de la actuación de todas las Administraciones Públicas españolas, con obligación de que éstas presenten equilibrio o superávit en sus presupuestos y prohibición de incurrir en déficit estructural, regulando mecanismos preventivos y correctivos para los supuestos de incumplimiento.

Igualmente destacable es el Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, prometido en los programas electorales de los principales partidos políticos españoles y recientemente aprobado por el Consejo de Ministros. Se trata de una norma que obligará a las diferentes Administraciones afectadas a reorganizarse internamente con el fin de poder cumplir con la obligación de publicar de oficio determinada información institucional y organizativa y para hacer posible el ejercicio del derecho de acceso a la información pública que se reconoce a los ciudadanos, con una especial exigencia de uso de los medios electrónico en uno y otro caso.

Esta norma prevé, además, la creación de la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, como órgano encargado de conocer de las reclamaciones de los ciudadanos frente a las resoluciones (expresas o presuntas) de sus peticiones de información e, incluso, de los recursos administrativos que se hayan podido interponer frente a estas últimas.

Finalmente, incorpora toda una serie de principios éticos y de actuación aplicables a los altos cargos de la Administración General del Estado y las entidades integrantes del sector público estatal y un catálogo de infracciones y sanciones para los casos de incumplimiento.

También en la línea de la buena administración y el buen gobierno, la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de buena administración y gobierno de Illes Balears, contiene toda una

Copyleft – Ius Publicum

serie de principios generales y disposiciones concretas que pretenden garantizar a los ciudadanos los derechos a la información y al uso de los medios electrónicos en sus relaciones con la Administración autonómica, así como fomentar el buen gobierno, la transparencia y la mejora de la calidad de los servicios, todo lo cual afecta indudablemente a la organización administrativa.

Por último, no deben olvidarse las iniciativas que están surgiendo para la fusión de municipios, posibilidad existente en nuestro ordenamiento jurídico (que se llevó a cabo en los años 70 pero que ha quedado inédita con posterioridad), y actualmente contemplada en la Ley de Bases de Régimen Local y regulada en las diferentes leyes autonómicas de régimen local. Es el caso de Galicia, donde ha comenzado a tramitarse la fusión de dos municipios.

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA CUENCA HIDROGRÁFICA DEL GUADALQUIVIR

Para concluir esta breve crónica, queda hacer mención a una cuestión muy concreta de carácter práctico relacionada con el traspaso de competencias entre Administraciones Públicas, cuyo análisis resulta de interés. Se trata de las consecuencias derivadas de la declaración de inconstitucionalidad del art. 51 del Estatuto de Autonomía de Andalucía efectuada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 30/2011, de 16 de marzo, que ha conducido a la anulación de la transferencia de las competencias de gestión de las aguas del Guadalquivir realizada por la Administración General del Estado en favor de la Comunidad andaluza.

El Consejo de Gobierno de Extremadura presentó recurso de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, por entender que la asunción por parte de esta Comunidad Autónoma de la competencia, con carácter de exclusiva, sobre las aguas del Guadalquivir que discurren únicamente por su territorio resultaba contraria al art. 149.1.22ª CE, que

Copyleft – Ius Publicum

atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma.

Efectivamente, el art. 51 del EA Andalucía disponía que "La Comunidad Autónoma de Andalucía ostenta competencias exclusivas sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma", añadiendo la fórmula "sin perjuicio de la planificación general del ciclo hidrológico, de las normas básicas sobre protección del medio ambiente, de las obras hidráulicas de interés general y de lo previsto en el artículo 149.1.22ª de la Constitución".

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 16 de marzo, realiza un examen del precepto impugnado desde una doble perspectiva. Desde una perspectiva material, reitera las consideraciones efectuadas en su Sentencia 227/1988, de 29 de diciembre, en la que consideró que el principio de unidad de gestión de cuenca hidrográfica que preveía la Ley de Aguas como criterio de delimitación territorial de competencias es conforme con la Constitución. Sobre la base de las mismas, llega a la conclusión de que al atribuir el art. 51 EA Andalucía competencias exclusivas sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir a la Comunidad Autónoma de Andalucía se separa tanto de lo establecido en el art. 149.1.22ª CE como del criterio de la Ley de Aguas, por optar por un modelo de gestión fragmentada de aguas que pertenecen a una misma cuenca hidrográfica de carácter intercomunitario, lo que rompe con la necesaria homogeneidad de la gestión de intereses que superan a los de la Comunidad Autónoma. Desde una perspectiva formal, entiende el Tribunal Constitucional que un Estatuto de Autonomía, aún siendo norma estatal, no puede configurase como norma atributiva de competencias del Estado ni como norma para el ejercicio de las competencias que el art. 149.1 CE reserva a éste. Sólo le está permitido realizar precisiones sobre el alcance de las competencias estatales, en el marco de las competencias que se atribuyen a la Comunidad Autónoma en cuestión, función que sobrepasa con creces el art. 51 EA Andalucía al definir el criterio territorial determinante de la delimitación de las competencias que el art. 149.1.22ª CE atribuye al Estado e impedir, de facto, el ejercicio de las mismas. De este modo, considera que cualquier concreción de los criterios territoriales sobre las competencias en materia de aguas ha de ser realizada por el legislador estatal en

Copyleft – Ius Publicum

materia de aguas, pues sólo de este modo puede garantizarse la unidad de la gestión de aquellas aguas que discurren por el territorio de más de una Comunidad Autónoma.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad y nulidad del art. 51 EA Andalucía. La consecuencia natural de esta declaración es la nulidad del Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma, que ha sido declarada formalmente por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 13 y 14 de junio de 2011. De este modo, las competencias relacionadas con el agua del Guadalquivir (y las funciones y servicios derivadas de las mismas) debían volver a los órganos estatales que las tenían encomendadas originariamente: la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y el Ministerio de Medio Ambiente, Rural y Marino.

Con carácter provisional, y en aplicación de lo previsto en el art. 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el 7 de abril del mismo año se firmó un Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino y la Comunidad Autónoma de Andalucía por el que se encomienda a ésta la gestión en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio andaluz en el que, por un periodo de seis meses, se encomendaban a Andalucía la realización de toda una serie de actividades materiales relativas a la gestión de recursos y aprovechamientos hidráulicos sobre las aguas indicadas. Un examen de las actuaciones que constituyen el objeto de la encomienda permite comprobar que las mismas no son simplemente "de carácter material, técnico o de servicios" como exige el art. 15, sino que afectan también a aspectos sustantivos tales como autorizaciones.

En cualquier caso, en ejecución de las citadas Sentencias del Tribunal Supremo, se aprobó el Real Decreto 1498/2011, de 21 de octubre, por el que se integran en la Administración General del Estado los medios personales y materiales traspasados a la

Copyleft – Ius Publicum

Comunidad Autónoma de Andalucía por el Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, con lo cual todas las competencias en su momento traspasadas han vuelto a ser ejercidas tanto por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente como por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir.

Ha de destacarse que el Parlamento Andaluz elaboró en septiembre de 2011 una Proposición de Ley Orgánica de delegación de competencias sobre las aguas del Guadalquivir que transcurren íntegramente por el territorio andaluz, a tramitar por el Congreso de los Diputados, a través de la cual –y en aplicación del art. 150.2 CE– se delegarían en la Comunidad Autónoma de Andalucía el ejercicio de algunas de las competencias ejecutivas de la Administración General del Estado en relación con estas aguas. La proposición ha sido ya presentada ante el Congreso de los Diputados y publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales con fecha de 13 de enero de 2012 y se encuentra actualmente en fase de tramitación.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E LA SEMPLIFICAZIONE

REPORT ANNUALE- 2013 - ITALIA

(Febbraio 2013)

Maria Alessandra SANDULLI

INDICE

1. L'ESIGENZA DI SEMPLIFICAZIONE

2. GLI ISTITUTI DELLA SEMPLIFICAZIONE PROCEDIMENTALE

2.1 I termini procedimentali

2.2 Il silenzio-facoltativo ed il silenzio-devolutivo

2.3 La conferenza di servizi

2.4 Gli accordi

2.5 L'autocertificazione

2.6 Il silenzio-assenso

2.7 La SCIA

3. ALTRI INTERVENTI DI SEMPLIFICAZIONE

3.1 L'uso della telematica

3.2 Lo sportello unico

Copyleft – Ius Publicum

1. L'ESIGENZA DI SEMPLIFICAZIONE

L'esigenza di semplificazione accompagna da tempo l'agire dell'amministrazione, che nell'esperienza delle numerose funzioni pubbliche esercitate e dei servizi pubblici erogati ha registrato un eccessivo impiego di tempo e di risorse che ha sovente finito per pregiudicare gli stessi interessi alla cui cura è rivolto l'apparato pubblico[1].

A questa caratteristica disfunzione del sistema – talvolta connaturata alle dimensioni che ha assunto l'amministrazione pubblica in proporzione al moltiplicarsi degli interessi chiamata a soddisfare[2] – l'ordinamento ha giustapposto da un lato una serie di principi cui devono essere informate l'organizzazione e l'attività della pubblica amministrazione diretti a rafforzare il parametro dell'efficienza dell'azione amministrativa in modo che essa non diventi diseconomica ed inefficace, e dall'altro, in applicazione di tali principi, una serie di strumenti specificamente deputati al contenimento dei tempi del procedimento amministrativo e a facilitare la realizzazione degli interessi dei privati[3].

[1] "Come ha ricordato di recente Yves Meny, già Tocqueville mise in evidenza, nella magistrale descrizione dello Stato francese alla vigilia della Rivoluzione del 1789, la complessità del sistema amministrativo e delle procedure all'epoca adottate", M. CLARICH, *Gli strumenti di semplificazione della burocrazia: deregolamentazione, decentramento, sportello unico, nuove forme di organizzazione amministrativa e nuovi modelli procedimentali*, *www.giustamm.it*. Sullo "stato dell'arte" della semplificazione in Italia l'indagine condotta da Formez PA, "*Le nuove politiche di semplificazione. Un'indagine nelle regioni*", *www.formez.it*. Si veda anche A. CELOTTO, M.A. SANDULLI, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: un " nodo di gordio"*, *www.giustamm.it*.

[2] M.S. GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, Padova, 1988; G. ROSSI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 2005, 37 ss..

[3] Cfr. *infra* par. 2.

Copyleft – Ius Publicum

Sul versante dei principi non si può dubitare che la semplificazione rappresenti una doverosa reazione ad un agire della p.A. contrario al paradigma di buona amministrazione (di cui all'art. 97 Cost.)[4]. Un'azione oltre misura complessa, infatti, risulta spesso latrice di interventi intempestivi e poco inclini ad ottenere una valutazione positiva dal raffronto tra le risorse impiegate e i risultati conseguiti (nonché, altrettanto spesso, tra obiettivi programmati e risultati conseguiti). Per tale ragione il taglio dei tempi del procedimento può in certo senso considerarsi un'originaria declinazione del principio di buon andamento, il quale conta senz'altro tra i suoi componenti il criterio di celerità con cui la p.A. è tenuta a misurarsi nella conduzione dell'attività autoritativa. In tale ottica c'è chi ha affermato l'esistenza di un generale principio di semplificazione, in particolare collegato all'intervenuta esigenza di delegificazione, ossia l'esigenza di trasferire alla potestà regolamentare i procedimenti già disciplinati dalla legge, in modo da rendere a sua volta più agevole l'operazione di semplificazione (cfr. art. 20 della legge n. 59 del 1997 s.m.i.)[5].

In connessione con i principi di economicità ed efficacia l'esigenza di semplificazione dell'azione amministrativa è entrata nella legge sul procedimento

[4] Sul contenuto della nozione di buon andamento e la sua evoluzione, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 35 ss..; A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia, efficienza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010; A. SERIO, *Il principio di buona amministrazione procedurale: contributo allo studio del buon andamento nel contesto europeo*, Napoli, 2008.

[5] Per un'analisi dell'argomento, S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 703 ss.; F. MANGANARO, *Semplificazione dell'attività amministrativa e principio di legalità*, Reggio Calabria, 1999; V. CERULLI IRELLI, F. LUCANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, *Dir. amm.*, 2000, 633 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La "fabbrica delle leggi" e la qualità della normazione in Italia*, *Dir. amm.*, 2000, 97 ss.; G. CIAGLIA, *La semplificazione dell'attività dell'amministrazione. La semplificazione normativa*, *www.giustamm.it.*; M.A. SANDULLI (a cura di) *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005.

Copyleft – Ius Publicum

amministrativo (l. n. 241 del 1990), che ha dedicato l'intero Capo IV proprio alla semplificazione.

Si è giunti, in tal modo, alla previsione di specifici istituti "attuativi" della semplificazione, in qualche occasione già contemplati da alcune normative di settore, cui il legislatore ha dedicato ampio spazio in ragione dei vantaggi prodotti dall'applicazione di essi soprattutto in chiave acceleratoria. In tal senso va messo in evidenza come, fin dalla genesi della legge con cui si è procedimentalizzata in via generale l'azione amministrativa. il legislatore abbia avvertito l'esigenza di abbinare alle altre regole sul procedimento una serie di misure immediatamente semplificatrici dello stesso, ciò che dà l'idea dell'attenzione rivolta alla necessità di rendere più conciso l'*iter* naturalmente destinato a sfociare nella determinazione della p.A., e addirittura alla opportunità di rinunciare – in determinati casi – all'*iter* stesso, potendo il provvedimento essere sostituito da una condotta giuridicamente rilevante.

La semplificazione è così passata dal costituire un generico programma di sburocratizzazione del fare dell'amministrazione (in linea con i propositi costituzionali) a costituire un vero e proprio insieme di tecniche e strumenti giuridici, ulteriormente alimentati dalle indicazioni provenienti dall'Unione Europea finalizzate alla tutela del mercato, concretamente inciso dalle complessità e dalle tempistiche che contraddistinguono il sistema amministrativo di un Paese membro[6].

Nell'insieme degli istituti di semplificazione che attengono all'azione amministrativa, ed in particolare all'incremento della sua efficacia, si possono allora

[6] M.A. SANDULLI, G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein*, in corso di pubblicazione.

Copyleft – Ius Publicum

individuare una serie di strumenti a dimensione procedimentale, incentrati sullo snellimento del modulo tipico dell'esercizio del potere amministrativo, ossia del procedimento[7].

Tra questi è anzitutto possibile distinguere due categorie, a seconda del tipo di semplificazione promossa: una semplificazione procedimentale in senso stretto, mirata alla riduzione delle fasi attraverso le quali si giunge all'adozione e all'approvazione del provvedimento finale e, più in generale, alla accelerazione nella definizione del procedimento (in cui rientrano le misure di razionalizzazione dei tempi del procedimento, la conferenza di servizi, gli accordi); e una semplificazione intesa più latamente come facilitazione del privato nelle modalità di accesso a talune attività soggette al potere, quanto meno di "controllo", delle autorità amministrative, anche con l'obiettivo di una riduzione degli oneri posti a suo carico (in cui rientrano istituti come l'autocertificazione e il silenzio-assenso), fino a tradursi in forme di sostanziale liberalizzazione delle attività stesse con la sostituzione dei controlli preventivi in controlli meramente successivi (in cui rientra oggi la s.c.i.a.).

[7] Sul tema si tenga presente l'analisi di R. GAROFOLI, *Semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa nel contesto del riformismo amministrativo italiano degli ultimi decenni*, *www.giustizia-amministrativa.it*, per cui "il nesso tra semplificazione procedimentale e disegno complessivo di modernizzazione dell'amministrazione risulta con una certa evidenza se si considera il rischio che la semplificazione del procedimento amministrativo e taluni istituti attraverso il cui potenziamento si è inteso realizzarla rechi con sé una deprecabile deresponsabilizzazione dell'amministrazione e dei suoi agenti, e, per l'effetto, un abbattimento della capacità degli apparati pubblici di assolvere adeguatamente i propri compiti"; M.A. SANDULLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione: modelli europei a confronto*, Milano, 2000 e 2001; S. PAPARO, *Per una semplificazione di risultato*, *www.astrid-online.it*; S. TOSCHEI, *Obiettivo tempestività e certezza dell'azione*, *Guida dir*., n. 27/2009. Per un inquadramento generale, G. ROEHRSSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Disciplina generale del procedimento amministrativo*. Atti del XXXII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna – Villa Monastero, 18-20 settembre 1986.

Copyleft – Ius Publicum

In questa Sezione verrà fornita una sintetica ricostruzione degli strumenti riconducibili alla c.d. semplificazione procedimentale, e delle maggiori novità che assistono gli istituti al tal fine messi a punto dal legislatore italiano.

2. GLI ISTITUTI DELLA SEMPLIFICAZIONE PROCEDIMENTALE

L'importanza degli strumenti di semplificazione procedimentale è stata particolarmente riconosciuta dal legislatore, il quale ha operato sulla legge n. 241 del 1990 un'ampia serie di modifiche volte ad implementarne e perfezionarne la portata[8].

Le più recenti novità in ordine alla semplificazione dell'azione amministrativa sono state introdotte con la legge n. 69 del 2009 e, da ultimo, con la legge n. 122 del 2010.

Proprio con il fine di ottimizzare il procedimento amministrativo i citati provvedimenti normativi si sono mossi in una duplice direzione: hanno razionalizzato, a monte, i tempi del procedimento (nonché le conseguenze del loro mancato rispetto) e hanno previsto, nello specifico, una serie di modifiche ai più rilevanti istituti compresi nel Capo IV della legge n. 241 del 1990, intervenendo - la l. n. 69/2009 - in modo incisivo sulla disciplina della conferenza di servizi, nonché sull'istituto della dichiarazione/denuncia di inizio di attività (d.i.a.) e del silenzio, e sostituendo - la l. n. 122/2010 - la d.i.a. con la segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.).

In particolare, con riferimento alle nuove regole sul tempo del procedimento, va segnalato che il legislatore ha inteso ulteriormente accelerare la sequenza procedimentale

[8] Per un'analisi generale sulle regole dell'azione amministrativa alla luce della legge n. 241 del 1990 e successive modificazioni e integrazioni, si veda M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit.

Copyleft – Ius Publicum

stabilendo un termine suppletivo di trenta giorni entro il quale le amministrazioni statali e gli enti pubblici nazionali devono concludere il procedimento in mancanza di un diverso termine previsto dalla legge o dalle amministrazioni medesime[9]. Per i procedimenti regolati dalle amministrazioni regionali e dagli enti locali, la novellata formulazione dell'art. 29 della legge n. 241 del 1990 – che ha incluso nell'orbita dei livelli essenziali delle prestazioni, affidati dall'art. 117 Cost. alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, anche le disposizioni concernenti l'obbligo di conclusione del procedimento entro un termine prefissato – ha fatto sì che tale tipologia di disposizioni possa essere modificata da provvedimenti normativi di enti locali solo allo scopo di offrire ai cittadini un incremento di tutela, e ha in tal modo arginato la potenziale sperequazione creatasi tra procedimenti di competenza di amministrazioni centrali e quelli di amministrazioni periferiche[10].

2.1 I termini procedimentali

Si è detto che un aspetto centrale della semplificazione è rappresentato dalla tempistica procedimentale, tema che ha visto con gli anni una sempre maggiore attenzione da parte del legislatore, volta a garantire una progressiva riduzione del termine per l'adozione del provvedimento finale[11].

[9] G. MARI, *La responsabilità della p.a. per danno da ritardo*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 263 ss..

[10] A. CELOTTO, *Il riscritto art. 29, l. n. 241/1990*, in R. GAROFOLI, *La nuova disciplina*, cit.; E. LAMARQUE, *L'ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1234 ss..

[11] F. GOGGIAMANI, *La doverosità amministrativa*, Torino, 2005; F. FIGORILLI, S. FANTINI, *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento amministrativo*, *Urb. e app.*, 2009, 916 ss.; A.

Copyleft – Ius Publicum

Prima dell'avvento della legge generale sul procedimento amministrativo mancava del tutto nel nostro ordinamento una norma che sanzionasse positivamente l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, entro un termine prefissato[12]. Nel silenzio della legge la giurisprudenza subordinava l'esperimento del ricorso contro l'inerzia della p.A. alla previa diffida da parte del privato nei confronti dell'amministrazione inadempiente, invocando quale disposizione applicabile in via analogica l'art. 25 del T.U. degli impiegati civili dello Stato, n. 3 del 1957[13].

La lacuna legislativa venne colmata dalla legge n. 241 del 1990 il cui articolo 2 intervenne a sancire per la prima volta il principio di certezza temporale dell'azione amministrativa: nell'originaria formulazione l'articolo si limitava a stabilire in via generalizzata il dovere per la pubblica Amministrazione di concludere il procedimento

---

POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 228 ss..

[12] In realtà esisteva qualche raro caso in cui l'Amministrazione aveva l'obbligo di pronunciarsi entro un certo termine, come ad esempio nel caso del nullaosta regionale per l'apertura delle grandi strutture di vendita per cui la l. n. 426 del 1971 prevedeva che la relativa decisione dovesse essere adottata entro sessanta giorni dalla data di ricezione della richiesta.

[13] Costituiva peraltro oggetto di discussione l'individuazione del termine di proposizione del ricorso: secondo alcuni doveva applicarsi il termine decadenziale di sessanta giorni stabilito dalla legge per l'impugnazione del provvedimento illegittimo, in ragione della natura di interesse legittimo della posizione giuridica dedotta; secondo altri l'ordinario termine di prescrizione decennale in quanto la posizione giuridica dell'interessato corrispondeva a un vero e proprio diritto soggettivo, autonomo rispetto all'interesse sotteso al provvedimento omesso; autorevole dottrina reputava la sostanziale perpetuità del termine, destinato a rinnovarsi *de die in diem*, finchè perdura l'inadempimento. In tal senso A.M. SANDULLI, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in AA.VV., *Il silenzio della Pubblica Amministrazione. Aspetti sostanziali e processuali* (Atti del XXVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 23-25 settembre 1982).

Copyleft – Ius Publicum

mediante l'adozione di un provvedimento espresso entro il termine determinato dall'Amministrazione stessa per ciascun tipo di procedimento, in quanto non disposto direttamente per legge o per regolamento, ovvero, in subordine, nel termine suppletivo di trenta giorni.

Con la legge n. 80 del 2005 è stata modificata la disciplina del termine per provvedere, sia in relazione alle modalità di determinazione da parte della p.A. – da effettuarsi, per le amministrazioni statali, con regolamento ai sensi della legge n. 400 del 1988 e per gli enti pubblici nazionali secondo i rispettivi regolamenti – sia con riferimento al termine sussidiario che è stato elevato da trenta a novanta giorni.

La disposizione di cui all'art. 2 l. n. 241/90 è stata nuovamente riscritta ad opera dell'art. 7 della legge n. 69 del 2009 che, con l'obiettivo di ulteriormente semplificare ed ottimizzare l'azione amministrativa, ha ristabilito il termine suppletivo entro il quale le amministrazioni devono concludere il procedimento, fissandolo in trenta giorni dall'avvio, secondo quanto già stabilito dal vecchio comma 3 dell'art. 2, prima della richiamata modifica del 2005; e, significativamente, ha ricollocato la norma relativa al termine suppletivo, che ora precede anziché seguire la disciplina della fissazione del termine da parte delle singoli amministrazioni[14].

Le modifiche introdotte con la legge n. 69 del 2009 fanno emergere la volontà del legislatore di garantire la celerità del procedimento. Le amministrazioni, comunque, possono con regolamento individuare termini più lunghi di conclusione dei procedimenti di loro competenza rispetto ai trenta giorni indicati. Peraltro, per scongiurare che le singole amministrazioni prevedano termini eccessivamente lunghi per la conclusione dei procedimenti, come già accaduto più volte in passato, il legislatore del 2009 ha riscritto l'art. 2 indicando dei termini massimi. Così attualmente, il comma terzo dell'art. 2 cit.

[14] D. RUSSO, *La nuova disciplina dei termini e della responsabilità per danno da ritardo*, in R. GAROFOLI, *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo*, Roma, 2009

Copyleft – Ius Publicum

dispone che i termini di conclusione dei procedimenti delle amministrazioni statali devono essere contenuti in novanta giorni. Detti termini vanno individuati con decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (non più dunque con regolamento), su proposta dei Ministri competenti e di concerto con i Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione amministrativa. Gli enti pubblici nazionali stabiliscono i termini secondo i loro ordinamenti.

Soltanto nelle ipotesi in cui si rendono effettivamente necessari termini più lunghi (tenendo conto della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento), si possono superare i novanta giorni. In ogni caso, i termini procedimentali non possono andare oltre i centottanta giorni. Inoltre, i decreti per individuare termini superiori ai novanta giorni devono essere adottati attraverso un procedimento "rinforzato" e cioè anche su proposta dei Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri[15].

Il tetto dei centottanta giorni può essere superato esclusivamente nelle ipotesi di procedimenti relativi all'acquisto della cittadinanza italiana e per quelli riguardanti l'immigrazione (art. 2, comma 3, legge n. 241/1990).

Quindi, rispetto al passato il legislatore del 2009 ha aggiunto al meccanismo teso ad eludere una eventuale inerzia della p.A. (applicazione della norma sui termini per default), anche precise previsioni di carattere temporale, che limitano la discrezionalità dell'amministrazione nell'indicare la durata dei procedimenti. Poiché i termini non potranno superare i centottanta giorni (tranne le ipotesi relative alla cittadinanza e all'immigrazione), si configura in capo alle amministrazioni l'onere di rideterminare la

[15] C. CALVIERI, *Commento all'art. 29*, in BARTOLINI-FANTINI-FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 757 ss..

Copyleft – Ius Publicum

durata dei loro procedimenti rendendoli meno gravosi e più snelli. Di conseguenza, non ci si potrà più trovare nella situazione paradossale del passato dove la fissazione da parte delle amministrazioni di termini molto lunghi (si arrivava in alcun casi a migliaia di giorni) ha finito col rendere la nuova normativa addirittura peggiorativa rispetto alla situazione precedente fondata sul meccanismo del silenzio-rifiuto ex art. 25 del d.P.R. n. 3 del 1957[16].

La legge n. 69 del 2009, all'art. 7 comma 4°, prevede una deroga espressa per i procedimenti in materia ambientale e per i "procedimenti di verifica o autorizzativi concernenti i beni storici, architettonici, culturali, archeologici, artistici e paesaggistici", per i quali si applicano rispettivamente i termini previsti da disposizioni di legge e di regolamento vigenti in materia ambientale e quelli stabiliti dal Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lg. n. 42 del 2004). Una disciplina derogatoria è prevista anche per i procedimenti di competenza delle Autorità di garanzia e di vigilanza, i cui termini procedimentali devono essere disciplinati in conformità ai loro ordinamenti, fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative (art. 2, comma 5, legge n. 241/1990).

Quanto alla sospensione e interruzione dei termini merita di essere segnalato che con la novella del 2009 è stato opportunamente eliminato il controverso riferimento alle valutazioni tecniche introdotto dalla riforma del 2005. Rimangono le altre ipotesi di sospensione, non superiori però a trenta giorni, concernenti l'acquisizione di informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione o non direttamente acquisibili presso altre p.A.; nonché il ricorso alla conferenza di servizi. Altra ipotesi rimasta intatta è quella dettata dall'art. 10-bis della legge 241 del 1990, che interrompe, e non si limita quindi a sospendere, il termine del procedimento.

Proprio alla luce delle citate modifiche, il tempo nel quale il procedimento deve concludersi va considerato un elemento fondamentale per valutare non solo l'efficienza ma

[16] S. CIMINI, *Semplificazione amministrativa e termine procedimentale*, *Not. Giur. Reg.*, 1998, 163 ss..

Copyleft – Ius Publicum

anche la legittimità dell'azione amministrativa in concreto, e le capacità della stessa di soddisfare gli interessi e i bisogni dei cittadini.

Tempi lunghi – specie per quanto concerne le posizioni giuridiche di chi aspira ad ottenere dalla p.a. un provvedimento ampliativo come un'autorizzazione o una concessione – spesso vanificano ogni utilità del privato, e possono risultare idonei a eludere l'obbligo per la p.a. di concludere il procedimento[17].

In quest'ottica la doverosità dell'attività amministrativa deve essere intesa non solo come obbligo per la p.a. di adottare un provvedimento espresso, ma anche come obbligo di adottarlo in tempi certi[18]. Detta doverosità rappresenta una peculiare declinazione del principio di legalità, in quanto investe non soltanto la legalità "negativa", quale strumento indispensabile al cittadino per arginare un esercizio del potere arbitrario, ma anche quella "positiva", quale affermazione in positivo dell'obbligo di esercitare quel potere e di esercitarlo in tempo utile per il cittadino-compartecipe della funzione pubblica[19].

[17] M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 259 ss.; S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, *www.giustamm.it*.

[18] Secondo la più recente dottrina il "contenuto minimo" della doverosità amministrativa si articola su tre livelli: come doverosità di inizio o di avvio della cura di determinati interessi pubblici da parte dei soggetti titolari del potere; doverosità nella consumazione del potere e quindi nell'assunzione di decisione o decisioni in relazione a situazioni e interessi controversi; doverosità di soddisfazione delle situazioni giuridiche soggettive degli amministrati; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica Amministrazione*, Milano, 2005.

[19] La legalità, quindi, oltre che essere garanzia esterna o vincolo esterno all'esercizio del potere, può essere collegata alla doverosità dell'azione amministrativa nel tempo, in relazione alla quale, appunto, il cittadino si pone come soggetto interlocutore dell'amministrazione sulla base di un rapporto che è fondato su doveri e obblighi reciproci. Si vedano a proposito: F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra*

Copyleft – Ius Publicum

La considerazione sottesa agli interventi legislativi avvicendatisi dal 1990 ad oggi è, infatti, quella secondo cui la pubblica Amministrazione è preordinata alla cura di un interesse pubblico, di pertinenza di tutti i cittadini, che devono poter confidare nella certezza della qualità e tempestività dell'azione amministrativa, si atteggi la stessa come risposta alle istanze di parte o come intervento autoritativo.

La previsione dell'art. 2, comma 1, della legge n. 241 del 1990, colora quindi di illegittimità il mancato esercizio del potere entro i termini previsti, cioè il silenzio-inadempimento serbato dall'Amministrazione pubblica. Lo spirare del termine senza che l'Amministrazione abbia adottato alcun provvedimento espresso non determina – se non in particolari casi in cui il silenzio assume una dimensione significativa – l'esaurirsi del potere in capo all'Amministrazione, ma abilita l'interessato a rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenere l'adozione del provvedimento[20]. Questa soluzione[21], nata più di un secolo fa grazie all'opera della giurisprudenza amministrativa che si è ispirata alle riflessioni della dottrina (cfr. la nota pronuncia del Consiglio di Stato, sez. IV, 22 agosto

libertà garantita e libertà attiva, Venezia, 1994; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1912; A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007.

[20] Come ha osservato A. TRAVI, *Commento all'art. 2*, in A. TRAVI (a cura di) *Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso sarebbe del tutto inutile se l'amministrazione potesse emanare l'atto conclusivo a suo piacimento. La doverosità dell'esercizio del potere, in altri termini, è tale proprio in quanto (e solo in quanto) esiste un termine oltre il quale a fronte del dovere di provvedere si consolida (almeno) una situazione giuridica soggettiva di pretesa assistita da idonea garanzia giurisdizionale.

[21] Non facile da individuare in un sistema che faceva ruotare la tutela intorno all'impugnazione di un atto: se il provvedimento mancava, perché l'amministrazione rimaneva silente, il sistema di tutela amministrativa entrava in crisi mostrando tutta la sua debolezza, dal momento che non c'era nulla da impugnare.

Copyleft – Ius Publicum

1902) ha risolto il problema di trovare un meccanismo in grado di garantire al privato la tutela nelle ipotesi in cui vi è un'inerzia (e quindi una violazione dell'obbligo di provvedere) dell'amministrazione[22].

[22] Sebbene non formi oggetto del presente scritto, sembra utile illustrare (molto sinteticamente) che la violazione può determinare una serie di conseguenze, oltre che in ambito amministrativo, anche civile, penale e contabile. In primo luogo si è detto che il mancato rispetto della tempistica procedimentale può essere contrastata mediante ricorso all'autorità giudiziaria amministrativa al fine di far valere l'inadempimento della p.A. (azione disciplinata oggi dall'art. 31 del nuovo Codice del processo amministrativo, d.lgs. n. 104 del 2010); in questa sede, se non si tratta dell'esercizio di un potere discrezionale, il giudice amministrativo può anche conoscere della fondatezza dell'istanza, condannando l'amministrazione all'adozione del provvedimento spettante. In secondo luogo il privato può agire, in presenza di ulteriori presupposti, con un'azione di risarcimento del danno del privato per lesione della sua posizione soggettiva (art. 2043 c.c. e art. 30 c.p.a.). È tuttavia ancora discusso nella dottrina e giurisprudenza italiana se il solo mancato rispetto della tempistica procedimentale possa rappresentare di per sé, in assenza di una valutazione sulla probabile spettanza del provvedimento favorevole, un danno nella sfera del privato . Se dovesse prevalere l'opzione per la configurabilità del "danno da ritardo mero", certamente verrebbe affermato un principio di diritto di grande rilevanza e impulso alla semplificazione, ovvero quello secondo cui il cittadino ha una vera e propria pretesa giuridicamente tutelata al rispetto dei tempi procedimentali, indipendentemente dal fatto che sia o meno legittimato ad ottenere un provvedimento favorevole. L'inerzia colpevole dell'amministrazione, inoltre, è una fattispecie che può condurre ad un'imputazione di responsabilità personale per il soggetto responsabile del procedimento (art. 7 l. n. 241/90) di tipo contabile (in caso di dolo o colpa grave) e addirittura penale (art. 378 c.p. rubricato "omissione di atti d'ufficio"). Sul tema, M.A. SANDULLI (a cura di), *L'amministrativista. Nuovo processo amministrativo*, Milano, 2010; R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Milano, 2010; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010; P. QUINTO, *Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l'incertezza del legislatore*, *www.giustamm.it*; G. MARI, *La responsabilità della p.a. per danno da ritardo*, cit..

Copyleft – Ius Publicum

2.2 I pareri e le valutazioni tecniche

Strettamente connessa al rispetto della tempistica procedimentale è anche la disciplina della fase consultiva – contenuta negli artt. 16 e 17 della legge sul procedimento amministrativo –, ovvero quella attività istruttoria che coinvolge uffici ed organi, di norma collegiali, distinti rispetto a quelli che svolgono attività di amministrazione attiva e dotati di particolari preparazione e competenza tecnica[23].

La funzione amministrativa di natura consultiva si esplica in un'attività valutativa che si manifesta attraverso il rilascio di pareri ed è volta a fornire consiglio alle autorità chiamate a provvedere. Si tratta di valutazioni di opportunità o tecniche, svolgenti una funzione ausiliaria rispetto all'attività provvedimentale. Gli organi consultivi non sono portatori nel procedimento di interessi propri, distinti da quelli dell'autorità procedente, essendo chiamati unicamente a fornire all'autorità decidente elementi per la cura degli interessi ad essa affidati. La funzione consultiva, sotto questo profilo, può dunque definirsi "neutra", "disinteressata", in quanto non riflette le prerogative, gli interessi propri dell'organo da cui promana, essendo indirizzata a soddisfare il migliore contemperamento dell'interesse funzionale dell'amministrazione richiedente il parere.

La disciplina relativa all'attività consultiva risponde anzitutto a una logica partecipazionistica in quanto prevede che alcuni soggetti debbano essere sentiti in ordine all'adozione di un determinato atto. La rilevanza dell'esigenza semplificativa emerge nella circostanza per cui sarebbe vanificato l'intento di rendere più celere l'attività di un'amministrazione se, qualora debbano essere coinvolti altri interessi rispetto a quelli considerati direttamente dall'autorità procedente da esaminare nel corso dell'istruttoria, la valutazione di questi potesse rallentare o bloccare l'azione della p.A..

[23] Sul tema, V. PARISIO, *L'attività consultiva*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 695 ss.; N. AICARDI, *Le valutazioni tecniche*, *ibidem*, 715 ss..

Copyleft – Ius Publicum

A tal fine, nell'art. 16, comma 1, l .n. 241/90 si stabilisce che gli organi consultivi delle pubbliche amministrazioni elencate nell'art. 1 comma 2 del d.lg. n. 29 del 1993[24] debbono rilasciare i pareri a loro obbligatoriamente richiesti entro venti giorni dal ricevimento della richiesta[25].

Nell'ipotesi di richiesta di pareri facoltativi, invece, le amministrazioni citate debbono comunicare il termine entro il quale gli atti consultivi saranno resi. Tale termine non potrà essere superiore a venti giorni decorrenti dal ricevimento della richiesta[26].

[24] A mente dell'art. 1 comma 2 del d.lg. n. 29 del 1993 "*Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le regioni, le provincie, i comuni, le comunità montane, e loro consorzi ed associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale*".

[25] Non è del tutto chiaro se per «organi consultivi» debbano intendersi i soli organi svolgenti la funzione consultiva in modo esclusivo. In assenza di ulteriori indicazioni, non si vede perché interpretare l'art. 16 in modo restrittivo, considerando che ciò che preme al legislatore è unicamente l'esercizio oggettivo di una attività preparatoria, "neutra", a nulla rilevando il fatto che tale funzione sia svolta in modo esclusivo od accessorio.

[26] I pareri si distinguono in facoltativi ed obbligatori, a seconda che per l'autorità decidente sia facoltativo o doveroso il richiederli, non il rilasciarli. La facoltatività di un parere comporta che l'amministrazione procedente non è per legge obbligata a richiederlo, fermo restando che se decide di farlo, una volta ottenutolo, deve prenderlo in considerazione, ed è altresì tenuta a motivare le ragioni per le quali eventualmente ritenga di discostarsene. Come si evince dal combinato disposto degli artt. 1 e 16 della l. n. 241 del 1990, l'ordinamento si muove disincentivando sempre più la richiesta di pareri facoltativi, considerati spesso quale un modo per eludere o ripartire la responsabilità, in quanto danno vita ad un aggravio procedimentale. I pareri obbligatori debbono invece essere necessariamente richiesti all'organo consultivo, pena l'illegittimità per violazione di legge del provvedimento finale. Anche in questo caso, la

Copyleft – Ius Publicum

È prevista (art. 16, comma 4) l'interruzione del termine (venti giorni) nelle ipotesi in cui l'organo chiamato a rilasciare il parere abbia, motivando adeguatamente, rappresentato esigenze di carattere istruttorio. L'interruzione (che presuppone un nuovo decorso per intero del termine originario) può avvenire una sola volta e, in ogni caso, il parere dovrà essere definitivamente reso entro quindici giorni dal ricevimento degli elementi istruttori integrativi richiesti.

L'inutile decorrenza del termine o la mancata richiesta di integrazioni istruttorie, fanno sorgere in capo all'amministrazione deliberante la facoltà di procedere anche in assenza del parere, solo in relazione ai pareri obbligatori, con l'eccezione dei pareri adottati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini, come meglio si preciserà.

La facoltà di proseguire comunque il procedimento costituisce la chiara trasposizione nell'ambito degli atti endoprocedimentali del principio di accelerazione dell'azione amministrativa che permea l'intera legge n. 241/1990. Senza dubbio nella prospettiva della celerità dello svolgimento dell'azione amministrativa tale scelta è condivisibile, anche se non si possono ignorare i costi che si pagano per la sua realizzazione: la possibile incompletezza dell'istruttoria procedimentale, luogo di emersione di fatti e interessi all'interno del procedimento, e dunque garante della qualità dell'atto conclusivo del procedimento. Il legislatore ha preferito lasciare all'amministrazione il peso della scelta tra la prosecuzione del procedimento e l'attesa del parere tardivo, dando vita così ad un sistema di maggiore flessibilità, di cui il responsabile del procedimento diventerà l'interprete, assumendo le decisioni più adatte alle specifiche circostanze di fatto. Il legislatore, dunque, sembra non aver ignorato i rischi connessi alla "mutilazione" procedimentale cui si addiverrebbe in assenza del parere, come dimostra la circostanza che esso ben avrebbe potuto stabilire un obbligo – anziché la facoltà – di

mancata conformazione ad essi deve essere adeguatamente motivata da parte dell'amministrazione procedente.

Copyleft – Ius Publicum

procedere in assenza del parere non rilasciato nei termini. Tra l'altro, la scelta tra la prosecuzione del procedimento e l'attesa del parere tardivo attiene alla sfera della discrezionalità, dunque sarà sindacabile dal giudice amministrativo solo sotto il profilo di una sua palese irragionevolezza.

Si consolida, invece, un vero e proprio obbligo di procedere nelle ipotesi di mancato rilascio nel termine massimo di venti giorni dei pareri facoltativi, sempre fatta salva l'eccezione costituita dai pareri rilasciati dalle amministrazioni chiamate a tutelare "interessi forti" (ambiente, paesaggio, territorio, salute) per i quali l'esigenza semplificativa cede il passo alla necessità di un controllo concreto ed efficace da parte delle amministrazioni coinvolte. A tal proposito va precisato che ciò che rileva per stabilire l'ambito di operatività dell'eccezione non è la competenza in via esclusiva dell'organo che emana i pareri, ma il loro essere oggettivamente (e non soggettivamente) volti a salvaguardare i già ricordati valori.

I pareri che insistono nelle materie citate risulteranno disciplinati dalla normativa di settore, se presente, in cui potrà essere previsto anche un termine più lungo di quello di venti giorni[27]. In assenza di normativa di settore applicabile in qualità di *lex specialis*, stante l'impossibilità di prescindere dalla mancata adozione dei pareri o, nell'ipotesi dell'art. 17, di adire altri organi o enti in via surrogatoria, nelle materie in esame, non si potrà far altro che attendere l'emanazione dell'atto consultivo (tardivo), considerato evidentemente infungibile, sia dal punto di vista oggettivo (del suo contenuto) che soggettivo (dell'autorità che lo emana). In ogni caso, nelle ipotesi di silenzio dell'autorità

[27] È quanto si verifica, ad es., per il parere della Soprintendenza nel procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica previsto dall'art. 146 del Codice dei beni culturali e ambientali, d.lg. n. 42 del 2004 e s.m.i. Tale parere va comunicato nel termine perentorio di 60 gg., e qualora non venga reso, l'autorità richiedente può procedere in sua assenza (qualora sia avvenuto l'adeguamento degli strumenti urbanistici comunali ai nuovi piani paesaggistici formati d'accordo con il Ministero per i beni e le attività culturali).

Copyleft – Ius Publicum

consultiva, il rischio di un arresto procedimentale *sine die* è fortissimo. Per rimediare a tale inconveniente, il responsabile del procedimento, esercitando le competenze spettantigli, in assenza di previsioni provvedimentali, potrebbe fissare un termine, ritenuto congruo entro cui l'organo consultivo deve emanare il parere, indispensabile per il corretto svolgimento del procedimento.

Il regime giuridico dei pareri (obbligatori e facoltativi) è distinto rispetto a quello delle valutazioni tecniche. Per le valutazioni tecniche, l'art. 17 della l. n. 241 del 1990, in caso di inerzia dei soggetti tenuti a rilasciarle, pone l'obbligo (e non la facoltà) in capo al responsabile del procedimento, di richiederle ad altri enti o organi, dotati di qualificazione e capacità tecniche equipollenti ovvero ad istituti universitari, che si surrogano a quelli rimasti silenti, (c.d. silenzio devolutivo)[28]. Anche in questo caso viene quindi data alla p.A. procedente la possibilità di superare l'inerzia dell'organo consultivo, sebbene non in modo assoluto, data la necessità in ogni caso di acquisire la suddetta valutazione da altri enti dotati dello stesso livello di specializzazione: a garanzia del buon andamento dell'azione amministrativa, appare indispensabile salvaguardare l'apporto neutrale della tecnica rispetto a quello politico-discrezionale proprio dell'organo politico.

Gli atti consultivi di cui all'art. 16 della l. n. 241 del 1990 si identificano con i pareri attinenti, anche in maniera non esclusiva, ai profili di mera convenienza amministrativa dell'emanando provvedimento, mentre gli atti consultivi aventi solamente contenuto tecnico - siano essi accertamenti semplici o accertamenti non disgiunti da discrezionalità tecnica - vanno ricondotti al regime surrogatorio previsto dall'art. 17 della l. n. 241 del 1990 per le valutazioni tecniche[29].

[28] F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, *Dir. amm.*, 2008, 791 ss..

[29] Bisogna cioè verificare se si è in presenza di un procedimento principale il cui esito è un provvedimento da assumere sulla base (anche) di un apprezzamento di tipo tecnico in relazione al quale la normativa prevede l'apertura di un apposito sub-procedimento affidato ad un organo diverso

Copyleft – Ius Publicum

Il parere disciplinato nell'art.16 attiene all'oggetto del procedimento, mentre la valutazione tecnica di cui all'art.17 riguarda i singoli fatti che debbono essere conosciuti ed apprezzati nella fase istruttoria. La valutazione tecnica, dunque, si configura come parte integrante dell'istruttoria in senso stretto, attiene alla fase dell'acquisizione degli elementi di fatto rilevanti per la decisione e, pertanto, va necessariamente ottenuta prima della chiusura dell'istruttoria (non a caso, nell'art. 17, comma 1, si usa l'avverbio "preventivamente"). I pareri, invece, intervengono ad istruttoria conclusa, allorché siano stati raccolti tutti i dati fattuali effettivamente rilevanti, perché solo in questo momento diventa possibile delineare un esito del procedimento[30].

Anche per l'art. 17, la sua effettiva applicabilità va attuata raffrontando la disposizione con le norme di settore. Se tali norme già contemplano meccanismi di superamento dell'inerzia degli enti o organi interrogati sulla valutazione tecnica, detti meccanismi sono da reputare prevalenti su quello regolato in via generale dallo stesso articolo. Peraltro, si deve ritenere che la prevalenza della norma speciale operi anche

da quello procedente nel procedimento principale in cui detto organo è chiamato ad emettere un giudizio espresso alla luce di conoscenze tecniche. Sul punto, G. CORSO – F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991.

[30] A. TRAVI, *Parere* (nel diritto amministrativo), *Dig. Disc. Pubbl.*, X, 616. Utili criteri per la distinzione tra pareri e valutazioni tecniche provengono dalla giurisprudenza amministrativa, ove si afferma che la qualificazione di un apprezzamento endoprocedimentale come parere e non come valutazione tecnica si fonda su alcuni indici sintomatici quali: gli apporti di carattere discrezionale o "consigli" non perentori sul futuro contenuto del provvedimento conclusivo non si conciliano con il carattere tecnico del parere; la significativa presenza di componenti non qualificati tecnicamente esclude che l'attività consultiva possa avere carattere tecnico; la "ratio" dell'intervento consultivo può essere talora quella di assicurare omogeneità a decisioni affidate ad amministrazioni diverse; qualora il parere ripercorra tutte le fasi procedimentali esprimendo in relazione ad esse una valutazione di carattere generale, la valutazione deve considerarsi un parere "puro" (cfr. Cons. St., Comm. spec., parere 5 novembre 2001 n. 480/00, FI, 2001, III, 236 ss.)

Copyleft – Ius Publicum

laddove tali meccanismi non mantengano la terziatà dell'organo cui la valutazione tecnica viene rimessa in via suppletiva ovvero riguardino sub-procedimenti di valutazione tecnica di competenza di organi preposti agli interessi sensibili, esonerati dal procedimento generale. E ciò in quanto l'obiettivo primario assicurato dall'art. 17 nell'ottica dell'amministrato è l'accelerazione procedimentale e non la garanzia della riserva di valutazione tecnica in capo ad un organo distinto rispetto alla p.A. procedente o, nel caso di interessi sensibili, in capo ai soli organi preposti a tali interessi[31].

2.3 La conferenza di servizi

La conferenza di servizi costituisce un modello partecipativo e semplificativo che, introdotto sul finire degli anni ottanta con alcune normative di settore, è stato poi generalizzato dalla legge n. 241 del 1990, venendo successivamente più volte ritoccato sul piano funzionale e strutturale (in particolare con la l. n. 24 del 2000, l. n. 15 del 2005 e – da ultimo – con la l. n. 122 del 2010)[32].

L'istituto sicuramente semplifica ed accelera il procedimento, perché contestualizza e rende contemporanei adempimenti che, diversamente, sarebbero per legge

[31] Secondo un indirizzo prevalente i principi espressi dagli artt. 16 e 17, essendo funzionali alla conclusione del procedimento amministrativo entro il termine prefissato, sono da qualificare come principi attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) Cost. ai sensi e per gli effetti dell'art. 29, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990.

[32] Secondo parte della dottrina il quadro legislativo ancora oggi, dopo le recentissime novelle del 2009 e del 2010, risulta imperfetto ed insoddisfacente in quanto la legge non ha la portata di una vera e propria legge generale limitandosi a disciplinare l'istituto della conferenza di servizi senza occuparsi dell'incidenza che la stessa ha sul modello dell'azione amministrativa, sul procedimento, sull'esercizio della funzione, e sulla discrezionalità.

Copyleft – Ius Publicum

successivi tra loro e allungherebbero i tempi di conclusione del procedimento. In questo modo si rende possibile il confronto diretto tra gli organi e gli enti per legge competenti a definire, con funzioni diverse e attraverso distinti ed autonomi atti o provvedimenti, una determinata fattispecie.

La conferenza è così il luogo in cui si effettua un coordinamento di interessi pubblici appartenenti ad amministrazioni differenti, permettendo di riunire ad un unico tavolo la valutazione degli stessi e consentendo – a certe condizioni – il superamento del dissenso manifestato dalle diverse amministrazioni coinvolte. In tal modo, da un lato, il processo di adozione del provvedimento non rischia di bloccarsi a seguito dei contrasti pur fisiologici fra le amministrazioni e, dall'altro, si evitano le lungaggini connesse a più procedimenti separati[33].

La legge n. 241 del 1990 disciplina due tipi di conferenze di servizi: quella istruttoria, cui si riferiscono i commi 1 e 3 dell'art.14 l. n. 241/90, volta all'espletamento contestuale degli adempimenti istruttori e, in specie, al confronto degli interessi pubblici; e quella decisoria, contemplata dai commi 2 e 4 del medesimo art. 14, che consente di pervenire alla "decisione procedimentale", cioè la definizione del contenuto dei provvedimenti emanandi con effetti tendenzialmente vincolanti le le amministrazioni invitate alla conferenza.

Accanto a queste due figure, peraltro, va aggiunta la fattispecie delineata e disciplinata dall'art. 14-bis, cioè la conferenza dei servizi preliminare, che la dottrina classifica come "predecisoria": una fattispecie peculiare perché finalizzata a verificare,

[33] G. SCIULLO, *Gli istituti generali di semplificazione: la conferenza di servizi*, in G. VESPERINI, *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Milano, 2006; S. AMOROSINO, *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative alla disciplina generale del procedimento*, *FA-TAR*, 2005, 2635 ss.; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002.

Copyleft – Ius Publicum

anteriormente all'avvio del procedimento o dei procedimenti autorizzatori, o preventivamente rispetto al momento procedimentale a ciò deputato, la sussistenza delle condizioni per la positiva conclusione dei procedimenti medesimi, fino ad individuare le misure correttive per l'emanazione di un provvedimento "positivo".

La conferenza istruttoria è a sua volta distinta in due fattispecie: la conferenza dei servizi uniprocedimentale o monoprocedimentale o interna e la conferenza dei servizi pluriprocedimentale o interprocedimentale o esterna.

La prima fattispecie è caratterizzata dal fatto che la conferenza viene indetta dalla p.A. titolare del procedimento, nel quale la conferenza medesima è destinata ad inserirsi, e non ha, quantomeno sul piano giuridico-formale, né interferenza né incidenza su altri distinti procedimenti destinati all'emanazione di provvedimenti riguardanti la stessa questione, di cui si occupa l'autorità procedente che ha indetto la conferenza medesima.

La seconda fattispecie, al contrario, presuppone la pendenza di più procedimenti amministrativi connessi e, per quanto indetta dalla p.A. titolare dell'interesse pubblico prevalente, si inserisce in tutti i predetti procedimenti connessi.

Entrambe assolvono a una funzione istruttoria essendo inequivocabilmente deputate all'"esame contestuale" degli interessi pubblici coinvolti o nel singolo procedimento (art. 14, comma 1) o nei procedimenti connessi (art. 14, comma 3), e hanno la loro *ratio* nell'"opportunità" dell'esame contestuale dei diversi interessi in gioco, consentendo ai partecipanti di essere ascoltati senza prender parte alla fase di valutazione che conduce alla decisione[34].

[34] Il riferimento all'opportunità è contenuto nel primo comma dell'art. 14 (e deve considerarsi implicito nel comma terzo), così che il ricorso alla conferenza appare il frutto di una scelta discrezionale della p.A. e non costituisce un atto dovuto, sebbene emerga un *favor* del legislatore per il ricorso alla conferenza di servizi (Cons. St., sez. V, 8 maggio 2007, n. 2107). Vigente la novella del 2009 questa conclusione non era condivisa da chi riteneva che l'inciso "di regola" stesse ad indicare

Copyleft – Ius Publicum

Trattandosi di un modello il cui inserimento nei procedimenti amministrativi rimane eventuale e rimesso alle scelte discrezionali dell'amministrazione competente, si deve ritenere che la conferenza di servizi istruttoria si muove nell'ottica del risultato (o del merito amministrativo del provvedimento finale) più che su quello della legalità formale, e si appalesa come una competenza, riconosciuta dalla legge alla p.A., di modifica – limitata e parziale – del modello procedimentale prefigurato per legge in presenza di ragioni oggettive per introdurre nell'attività istruttoria un'occasione di esame congiunto degli interessi pubblici.

La portata dell'esame contestuale rimane, comunque, diversa, a seconda che si faccia mente locale alla conferenza "uniprocedimentale" o a quella "pluriprocedimentale". Nel primo caso, infatti, vi è una sola amministrazione titolare di una competenza di amministrazione attiva e dovrà esserci un'unica decisione da parte di quest'ultima, mentre le altre pubbliche amministrazioni, titolari degli altri interessi pubblici coinvolti, parteciperanno al procedimento non con competenze decisionali, ma necessariamente consultive, informative o tecniche. Su queste premesse, l'esame contestuale appare "relegato", almeno formalmente, come già detto, ad una mera funzione istruttoria e, più latamente, procedimentale. Nel secondo caso, la questione risulta più complessa. La conferenza interferisce con più procedimenti connessi e relativi alla stessa attività o funzionali al medesimo risultato. Essa, in altri termini, si inserisce nell'attività procedimentale di più amministrazioni che devono assumere decisioni giuridicamente tra loro dipendenti (è il procedimento connesso in senso stretto) o che devono assumere decisioni comunque riferite, pur se sotto profili giuridicamente distinti, alla medesima fattispecie e, per ciò, riguardanti il medesimo risultato, cioè la regolamentazione

che il mancato ricorso alla conferenza fosse l'eccezione e che di conseguenza dovesse essere motivata la sola decisione di non indire la conferenza medesima; e ciò sul presupposto che la convocazione fosse sostanzialmente un atto dovuto. Ogni dubbio può ritenersi superato dalla novella del 2010 (l. n. 122) che ha sostituito l'espressione "indice di regola" con "può indire". Uguale conclusione deve avanzarsi anche per la conferenza pluriprocedimentale.

Copyleft – Ius Publicum

complessiva della fattispecie. In questa situazione, l'esame contestuale è relativo anche ad interessi primari, in quanto per legge destinati ad essere tutelati da uno degli emanandi provvedimenti. Si appalesa, pertanto, ineludibile il fatto che l'esame contestuale comporti una valutazione di sintesi (o, comunque, complessiva), inevitabilmente diversa da quella a cui sarebbero chiamate le singole pp.AA. nel caso di omesso ricorso alla conferenza interprocedimentale. L'esame contestuale, infatti, pur senza interferire formalmente con le norme tributarie delle singole competenze di amministrazione attiva, comporta inderogabilmente che tutte le amministrazioni titolari dei procedimenti connessi siano condizionate, nelle loro successive singole decisioni provvedimentali, dalle risultanze della valutazione contestuale dei vari interessi pubblici coinvolti, anche in ragione della disciplina del dissenso[35].

L'art. 14, commi 2 e 4, della legge sul procedimento amministrativo (insieme con i successivi artt. 14 ter e 14 quater) disciplina le due ipotesi di conferenza decisoria, la cui indizione è, peraltro, un atto dovuto. Queste due fattispecie – funzionali alla semplificazione e alla accelerazione dell'attività amministrativa in quanto realizzano la concentrazione in un unico contesto dei procedimenti e delle competenze decisionali di una pluralità di amministrazioni, il cui assenso è necessario ai fini dell'adozione di un determinato provvedimento – si distinguono esclusivamente per riguardare, la prima, l'attività istituzionale delle p.A. e, la seconda, l'attività dei privati soggetta ad autorizzazione amministrativa.

La figura presuppone in ogni caso che l'amministrazione procedente debba acquisire "intese, concerti, nulla-osta o assensi comunque denominati da altre

[35] M.A. QUAGLIA, *La conferenza di servizi come strumento di semplificazione e di coordinamento degli interessi nel procedimento amministrativo, Quad. Reg.*,2006, 39 ss.; R. GRECO, *La riforma della legge 241/1990 con particolare riguardo alla legge 69/2009: in particolare, le novità sui termini di conclusione del procedimento e la nuova disciplina della conferenza di servizi*, *www.giustizia-amministrativa.it.*

Copyleft – Ius Publicum

amministrazioni pubbliche". È necessario chiarire questo presupposto, che la legge rende assai ampio per l'ultima categoria (gli atti di assenso "comunque denominati") tendenzialmente omnicomprensiva, ma che la legge medesima individua partendo da fattispecie giuridiche sufficientemente definite. Tuttavia la conferenza decisoria non può essere sempre indetta quando sussista la necessità di acquisire atti di assenso comunque necessari: il comma 2 dell'art. 14 l. n. 241, infatti, stabilisce che l'amministrazione, che indice la conferenza, debba preventivamente richiedere l'atto di assenso alla p.A. competente e che possa indire la conferenza solo nel caso in cui quest'ultima non abbia risposto nei trenta giorni successivi a quello di ricezione della domanda.

L'ultimo capoverso del comma 2 dell'art. 14 l. n. 241 statuisce testualmente che la conferenza dei servizi può essere altresì indetta quando nello stesso termine è intervenuto il dissenso di una o più amministrazioni interpellate. In altri termini le singole p.A., in quanto titolari delle competenze destinate ad essere "incise" dalla conferenza dei servizi, devono essere libere di decidere se esercitarle autonomamente o in conferenza di servizi, ma, siccome l'esercizio delle competenze medesime è doveroso, ben possono essere chiamate ad esercitarle ai sensi dell'art. 14, comma 2, l. n. 241, una volta che non si siano attivate tempestivamente. In questo modo, infatti, non vi è interferenza sull'autonomia dell'esercizio della funzione, ma la sollecitazione al suo esercizio nel rispetto dei principi generali relativi all'azione amministrativa e, in specie, dei tempi di decisione, che hanno rilevanza tanto per l'interesse generale, quanto per quello di privati eventualmente destinatari di provvedimenti amministrativi.

La competenza per la convocazione della conferenza – atto dovuto nel ricorso dei presupposti di legge (art. 14, commi 2 e 4, l. 241) – è riconosciuta all'amministrazione titolare dell'interesse pubblico prevalente ovvero "previa informale intesa" da una delle amministrazioni, che curano l'interesse pubblico prevalente (c.d. convocazione d'ufficio). L'interesse pubblico prevalente è da individuarsi nell'interesse pubblico primario perseguito dall'amministrazione procedente. Il che, in astratto, non pone problemi nell'ipotesi di conferenza dei servizi uniprocedimentale, mentre potrebbe porli nel caso di conferenza interprocedimentale.

Copyleft – Ius Publicum

La legittimazione a richiedere la conferenza è anche riconosciuta a "qualsiasi altra amministrazione coinvolta", cioè anche a ciascuna delle pp.AA. che devono pronunciarsi in ordine agli atti di assenso. La domanda di convocazione non vincola l'amministrazione titolare dell'interesse prevalente a convocare sicuramente la conferenza (c.d. convocazione ad istanza di parte), ma la obbliga a rispondere e a motivare la propria decisione[36]. Della convocazione si occupano anche i commi 4 e 5 dell'art. 14 l. n. 241: nel comma 4 (prefigurante una fattispecie autonoma di conferenza decisoria) si riconosce la legittimazione della richiesta in capo al privato, allorché la sua attività "sia subordinata ad atti di consenso, comunque denominati, di competenza di più amministrazioni pubbliche", stabilendosi l'obbligatorietà dell'accoglimento dell'istanza e, quindi, della convocazione ed individuandosi l'ente chiamato a provvedere nell'amministrazione competente per l'adozione del provvedimento finale; nel comma 5, con riferimento alle concessione dei lavori pubblici, la competenza per la convocazione è attribuita al concedente, che è l'Amministrazione pubblica. Il concessionario può convocarla solo se abbia acquisito il consenso di quest'ultima.

Sul versante della partecipazione, ogni autorità coinvolta ha un unico rappresentante legittimato dall'organo competente che esprime la volontà dell'amministrazione in modo vincolante per la stessa. Si considera comunque acquisito l'assenso che non è stato espresso in seno alla conferenza, eliminando così la possibilità di esprimere dissensi postumi (silenzio assenso). Anche per quanto concerne tale istituto, tuttavia, restano dotati di una protezione più energica determinati tipi di interessi "sensibili"

[36] Considerato che l'istituto è ispirato a esigenze di celerità (v. Cons. St., sez. VI, 7 agosto 2003, n. 4568), i termini per la convocazione della prima riunione e per un suo eventuale differimento sono estremamente brevi. La convocazione deve giungere alle amministrazioni interessate almeno cinque giorni prima della riunione stessa; entro i successivi cinque giorni le amministrazioni impossibilitate a partecipare posso chiedere un rinvio. Sempre con riguardo alla scansione temporale della conferenza, la l. n. 69 del 2009 ha introdotto la possibilità di convocare anche i concessionari ed i gestori dei servizi pubblici potenzialmente interessati. M. SANTINI, *La conferenza di servizi*, Roma, 2008.

Copyleft – Ius Publicum

di rilievo costituzionale, quali quelli ambientali, paesaggistico-territoriali e storico-artistici e quelli afferenti alla tutela della salute e della pubblica incolumità. Nel caso in cui sia proprio una delle amministrazioni poste a tutela di questi ultimi interessi ad esprimere il dissenso, il legislatore prevede che il procedimento non si blocchi del tutto, dimostrando così che l'esigenza di efficienza e di semplificazione dell'attività amministrativa non recede completamente nonostante la rilevanza degli interessi considerati. Il comma 3 dell'art. 14-*quater* dispone infatti che la decisione non venga assunta in sede di conferenza, ma venga rimessa entro dieci giorni a valutazioni di secondo grado del Consiglio dei Ministri, che si pronuncia entro sessanta giorni, previa intesa con la regione o le regioni o gli enti locali interessati. Se l'intesa non è raggiunta nei successivi trenta giorni la deliberazione può essere comunque adottata.

Al termine dei lavori della conferenza spetta all'amministrazione procedente adottare la determinazione che conclude il procedimento. Tale determinazione, oggi assunta in base ai pareri prevalenti, è stata oggetto di una progressiva revisione normativa[37]. Partendo dalla necessità di una decisione all'unanimità è passata, con la l. 24 novembre 2000 n. 340, ad un criterio di maggioranza per approdare, alla fine, all'attuale formulazione soltanto con la l. 11 febbraio 2005 n. 15 (per cui "*l'amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione del procedimento, valutate le specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse in quella sede*". In

[37] Il problema sta nel chiarire cosa debba intendersi per posizioni prevalenti. Non si tratta certamente di un criterio meramente numerico, in quanto è proprio tale principio che il legislatore ha voluto abbandonare eliminando la regola maggioritaria. La dottrina ha avuto modo di chiarire che "per stabilire quale sia la posizione prevalente, l'Amministrazione procedente che è responsabile di questa determinazione, dovrà avere riguardo alle singole posizioni che le Amministrazioni coinvolte assumono in sede di conferenza con riferimento al potere che ciascuna di esse avrebbe di determinare l'esito, positivo o negativo, del procedimento, in base alle singole leggi di settore" (F. BASSANINI – L. CARBONE, *La conferenza dei servizi, il modello e i principi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La nuova disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006).

Copyleft – Ius Publicum

realtà il criterio maggioritario, ponendo sullo stesso piano tutte le amministrazioni partecipanti, rischiava di essere in qualche modo condizionato dalla loro scelta, stante la difficoltà di individuare con certezza quali fossero le amministrazioni da convocare. Così disponendo, infatti, si era adombrata la possibilità per l'amministrazione procedente di predeterminare l'esito della conferenza scegliendo chi dovessero essere i votanti e parte della dottrina aveva giustamente osservato come la regola rigidamente maggioritaria, basata unicamente sulla prevalenza quantitativa, non sembrava coincidere con una cura qualitativa degli interessi pubblici coinvolti.

L'attuale metodo di valutazione delle risultanze della conferenza di servizi prevede, dunque, la necessità di tenere conto delle posizioni prevalenti espresse sull'oggetto della conferenza. Il problema, evidentemente sta nel chiarire cosa debba intendersi per posizioni prevalenti: non si tratta certamente di un criterio meramente numerico, in quanto è proprio tale principio che il legislatore ha voluto abbandonare eliminando la regola maggioritaria, ma pesare la prevalenza delle posizioni non è certo operazione semplice. La dottrina ha avuto modo di chiarire che per stabilire quale sia la posizione prevalente, l'Amministrazione procedente che è responsabile di questa determinazione, dovrà avere riguardo alle singole posizioni che le diverse Amministrazioni coinvolte assumono in sede di conferenza con riferimento al potere che ciascuna di esse avrebbe di determinare l'esito, positivo o negativo, del procedimento, in base alle singole leggi di settore[38]. Ovviamente ci si trova a fronte di un criterio decisionale che aumenta la discrezionalità dell'amministrazione procedente, la quale può, infatti, stabilire quali siano le posizioni da far prevalere. Per cui, se, da una parte, il criterio favorisce delle decisioni maggiormente aderenti all'interesse pubblico prevalente, dall'altra, lascia anche un ampio potere discrezionale all'amministrazione procedente che dovrà fornire la propria decisione in materia corredata da un robusto momento motivazionale. Ciò detto, appare opportuno

[38] V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, *www.astrid.online.it*.

Copyleft – Ius Publicum

rilevare che comunque il momento di adozione della determinazione previsto dall'art. 14 ter comma 6-bis non costituisce il provvedimento finale, il quale è invece disciplinato dal successivo comma 9. Detta disposizione prevede che il provvedimento finale debba essere conforme alla determinazione conclusiva di cui al comma 6 bis e sostituisce a tutti gli effetti ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti o comunque invitate a partecipare, ma risultate assenti[39].

In riferimento ai due momenti della determinazione conclusiva della conferenza e del provvedimento finale e a quale sia il rapporto che li lega, si è sostenuto che il primo rappresenterebbe il momento decisorio che costituisce il risultato finale del processo logico decisionale, mentre il secondo identificherebbe il momento costitutivo degli effetti giuridici[40].

[39] Parte della dottrina ha evidenziato come la previsione di due momenti separati abbia l'intento di consentire che gli interessati abbiano come proprio referente solo il responsabile del procedimento e quindi un'unica amministrazione, lasciando che il confronto fra più enti resti un fatto endoprocedimentale. D'altra parte la giurisprudenza ha, invece, affermato che l'utilizzo del modulo procedimentale della conferenza di servizi non altera le regole che presiedono – in via ordinaria e generale – all'individuazione delle autorità emananti, con la conseguenza che l'impugnazione del provvedimento finale va notificata a tutte le amministrazioni che, nell'ambito della conferenza, hanno espresso pareri o determinazioni che la parte ricorrente avrebbe avuto l'onere di impugnare autonomamente, se fossero stati emanati al di fuori del peculiare modulo procedimentale in esame (cfr. Cons. St., IV, 2 maggio 2007, n. 1920); M. SANTINI, *Note sparse sulla giurisprudenza in tema di conferenza dei servizi*, *Urb. app.*, I, 2008.

[40] G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 608 ss.; G.B. CONTE, *I lavori della conferenza di servizi*, *ibidem*, 653 ss..

Copyleft – Ius Publicum

2.4 Gli accordi

L'istituto degli accordi, positivizzato in via generale con la l. 241 del 1990, si manifesta in due forme distinte: quello dell'accordo tra Amministrazione e privato[41], disciplinato all'art. 11 della legge sul procedimento, e quello dell'accordo tra le Amministrazioni[42], di cui all'art. 15.

L'esercizio consensuale della potestà amministrativa rappresenta uno strumento di semplificazione di rilevante innovatività, poiché, rispetto al tradizionale esercizio del potere amministrativo in forma unilaterale ed autoritativa, vede l'Amministrazione andare alla ricerca del consenso del privato o di altre Amministrazioni, (al fine di coinvolgere anche nella fase procedimentale interessi diversi rispetto a quelli tutelati dalla p.A. procedente e, soprattutto, al fine di ridurre il ricorso alle vie giudiziarie), in un'ottica maggiormente rispondente ai principi di democrazia e alla nuova conformazione della struttura sociale come pluralità di centri di potere.

[41] N. BASSI, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 560 ss.; P. D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; G. PERICU, *L'attività consensuale della Pubblica amministrazione,* in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI, MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2003; R. PROIETTI, *Gli accordi sostitutivi ed endoprocedimentali tra p.a. e privati*, in P. STANZONE, A. SATURNO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006.

[42] G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984; R. FERRARA, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 673 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; L. TORCHIA, *Gli accordi di programma tra regioni ed enti locali, una ipotesi di lavoro*, REG GL, 1990, 220.

Copyleft – Ius Publicum

Procedendo con la prima delle figure indicate, l'accordo tra p.A. e privato[43] rappresentava già prima dell'introduzione della legge n. 241 del 1990, un modello conosciuto[44] ma non trovava estesa applicazione principalmente in ragione del fatto che da esso non derivava alcun effetto vincolante per l'Amministrazione, la quale poteva ben disattenderne il contenuto adottando nel provvedimento una soluzione diversa da quella concordata con il privato[45].

In questo contesto, l'art. 11 della l. 241 del 1990 ha avuto una rilevanza sostanziale nel conferire agli accordi tra p.A. e privati una vera e propria efficacia giuridica, in modo che entrambe le parti risultano ora vincolate a rispettare l'impegno da queste assunto nell'accordo, restando salva la facoltà di recesso dell'Amministrazione per motivi di interesse pubblico.

A mente dell'art. 11 sono due le formule utilizzabili dalla p.A. per giungere all'accordo con il privato: una prima, in cui l'atto consensuale vale ad individuare il contenuto discrezionale del provvedimento che l'amministrazione dovrà poi adottare

[43] Cui si riconducono nella prassi ad es. le fattispecie della cessione volontaria in materia espropriativa e nella convenzione di lottizzazione, v. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo,* Roma, 2010, p. 1371 e ss.

[44] S. FANTINI, *Art. 11, l. n. 241 del 1990,* in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma 2010.

[45] Alla detta carenza di effetti propriamente giuridici aveva reagito, invero, la giurispurudenza amministrativa, la quale imponeva all'Autorità in sede pretoria quantomeno la necessità di utilizzare in modo trasparente il potere di discostarsi dall'accordo, attraverso una chiara esternazione in sede di motivazione delle ragioni che avevano indotto la p.A. ad agire diversamente da quanto concordato con il privato, v. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo,* Roma, 2010, pp. 1349-1351.

Copyleft – Ius Publicum

(accordo cd. endoprocedimentale), e una seconda, in cui questo sostituisce letteralmente il provvedimento finale (accordo cd. sostitutivo del provvedimento)[46].

Nell'impianto originario della l. 241/90 i due modelli non erano perfettamente fungibili, poiché, se gli accordi cd. endoprocedimentali godevano di un'applicazione potenzialmente generalizzata, la legge limitava la conclusione di accordi sostitutivi del provvedimento ai soli casi tassativamente previsti. La l. 15/2005, ispirata dalla finalità semplificativa e quindi di incentivazione dell'espressione del potere in via consensuale[47], ha avuto il merito di eliminare l'inciso previsto nella formulazione originaria dell'art. 11 e di parificare pertanto l'ambito applicativo[48] dei due modelli di accordo, in una logica di atipicità[49].

[46] Sul dibattito circa le differenze tra i due tipi di accordi vedi R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, pp. 931-932.

[47] Per un approfondimento sull'esercizio consensuale del potere amministrativo si v. S. LUPI, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, *Dir. amm.*, 2008, 691 ss.; G. PERICU, *L'attività consensuale della Pubblica amministrazione*, cit.

[48] Con riferimento all'area di operatività degli accordi amministrativi, e sul fatto che si applichi alla mera attività discrezionale o anche a quella vincolata e discrezionale-tecnica, V. Cons. St. sez. VI, 5 febbraio 2002, n. 2636 e Cons. St., sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344; v. N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, RTDP, 1997, 1 ss.; R. GAROFOLI, G. FERRARI, cit., p. 938.

[49] Da intendersi tuttavia in senso ristretto, dovendo l'accordo, quale forma espressiva di un potere pubblico, presentare i presupposti e i contenuti richiesti dalla legge, v. F. CARINGELLA, cit., p. 1352 ss.; v. inoltre G. TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti all'amministrazione per accordi, www.giustamm.it*.

Copyleft – Ius Publicum

Per ciò che concerne la disciplina (la conclusione dell'accordo presupponendo in ogni caso che sia stato aperto un procedimento amministrativo[50]) la legge 241/90 non ne contiene una completa descrizione, ma si limita ad indicare al co. 2 dell'art. 11 che "*si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili*", individuando, ai commi 2, 3 e 4-*bis*, alcune regole derogatorie del regime civilistico applicabile, volte proprio a tutelare il fine pubblicistico senz'altro da perseguire anche nel caso di esercizio dell'attività amministrativa in via consensuale (l'accordo deve essere concluso "*in ogni caso nel perseguimento di un pubblico interesse*"). Per vero, la previsione sostanziale della norma in questione è stata arricchita con la l. 15/2005, con cui, allo scopo di favorire l'attività consensuale della p.A., è stato inserito nell'art. 11 il comma 1-*bis*, secondo il quale il responsabile del procedimento può avviare una vera e propria trattativa, predisponendo un calendario di incontri ai quali invitare separatamente o congiuntamente il destinatario del provvedimento ed eventuali soggetti controinteressati.

Dalla lettura dell'art. 11, comma 2, emerge pertanto che gli accordi debbano essere stipulati in forma scritta a pena di nullità – in contrasto con il principio di libertà delle forme vigente in ambito privatistico –, allo scopo di consentire un controllo del rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa e della verifica della rispondenza dell'accordo all'interesse pubblico. Il comma 3 richiede, poi, che gli accordi sostitutivi siano assoggettati "*allo stesso tipo di controlli cui sono sottoposti i provvedimenti in luogo dei quali sono utilizzati*" e debbano essere preceduti da una "*determinazione dell'organo che sarebbe stato competente all'adozione dello stesso*".

Inoltre, per ciò che concerne i rapporti con i terzi, l'accordo non può essere adottato in pregiudizio degli stessi, mentre il rispetto del vincolo di scopo pubblicistico è tutelato altresì in via generale dalla previsione di una disciplina procedurale specifica, assimilabile a quella che conduce all'adozione di un provvedimento autoritativo, e dalla

[50] V. F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004.

Copyleft – Ius Publicum

peculiare disciplina del recesso, esercitabile dalla p.A. ai sensi del comma 4 dell'art. 11 (vedi *infra*).

La contaminazione tra regole di diritto privato e norme di diritto pubblico derogatorie del regime civilistico ha comportato il sorgere di una dibattuta questione interpretativa concernente la natura giuridica degli accordi *de quo.*

Secondo una prima tesi si tratterebbe di contratti di diritto comune[51] dai quali originano posizioni giuridiche di diritto/obbligo, con cui l'Amministrazione esercita la sua autonomia negoziale – seppur con alcune regole speciali – senza spendita di alcun potere pubblicistico[52]. Secondo differente impostazione, invece, gli accordi costituirebbero esercizio di un pubblico potere in forma consensuale[53].

Il dibattito è produttivo di una serie di conseguenze, a seconda che si accolga l'una o l'altra tesi in confronto, in particolare sul tema dell'esercizio dell'autotutela

[51] V. G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001.

[52] Sugli argomenti sottesi alla prima ed alla seconda tesi, v. R. GAROFOLI, G. FERRARI, cit., pp. 939 ss. e F. CARINGELLA, cit., pp. 1356 ss.

[53] Tra gli altri, v. G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, p. 508.

Copyleft – Ius Publicum

pubblicistica[54], su quello del regime dell'invalidità applicabile[55], sullo spettro delle norme civilistiche applicabili agli accordi e, specialmente, sui rimedi per contrastare l'inadempimento dell'Amministrazione[56].

E' opportuno sottolineare che le distanze tra le due tesi sin qui esaminate si sono progressivamente ridotte alla luce dell'abbattimento del dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi e, in particolare, dell'ammissione di un sindacato del g.a. sulla fondatezza della domanda del privato[57].

[54] Secondo la tesi dell'autonomia negoziale l'Amministrazione – oltre al rimedio del recesso previsto espressamente dall'art. 11 – non può esercitare nessun altro potere di autotutela "pubblicistica" per liberarsi dal vincolo consensuale né di autotutela privatistica (poiché eccezionale nel sistema civile), ma potrà soltanto rivolgersi all'autorità giudiziaria per far valere gli eventuali vizi dell'atto consensuale. L'adesione alla posizione secondo la quale l'accordo costituirebbe esercizio, seppur consensuale, di un potere pubblico comporta invece che alla p.A. sia consentito utilizzare, oltre allo strumento del recesso ex art. 11, anche l'annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21-*nonies* dell'accordo illegittimo.

[55] L'asserita patologia dell'accordo secondo la prima tesi si manifesterà nelle forme civilistiche della nullità, dell'annullamento e rescissione. Al contrario, la posizione pubblicistica ritiene che il regime dell'invalidità dell'accordo sia riconducibile ai vizi dell'atto amministrativo di cui all'art. 21-*octies*.

[56] Nella prima ipotesi il privato, in caso di violazione degli obblighi assunti in via consensuale, potrebbe esercitare un'azione di esatto adempimento o di risoluzione; nell'ambito di questa ricostruzione ci si interroga, altresì, sulla possibilità di ammettere il rimedio dell'esecuzione in forma specifica *ex* art. 2932 c.c Diversamente opinando, questi sarebbe tenuto ad impugnare davanti al g.a. il provvedimento difforme dall'accordo per eccesso di potere (nel termine di decadenza) e ad attivare il rimedio del ricorso avverso il silenzio-rifiuto.

[57] Anche accogliendo la posizione pubblicistica, infatti, si ammette la possibilità del privato di chiedere la tutela risarcitoria di fronte all'inadempimento degli obblighi assunti dall'Amministrazione, come anche quella di domandare all'autorità giudiziaria un'azione di condanna

Copyleft – Ius Publicum

I maggiori dubbi ermeneutici persistono, in ogni caso, sulla figura del recesso unilaterale previsto dal comma 4 dell'art. 11, a mente del quale la p.A. può recedere dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, salvo l'obbligo di corrispondere un indennizzo al privato eventualmente danneggiato[58].

Il nuovo art. 133, co.1, lett. *a)*, che riproduce la disposizione precedentemente prevista al co. 5 dell'art. 11, dispone infine che le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo siano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[59].

Con riferimento agli accordi tra pubbliche Amministrazioni, com'è noto, il modello normativo generale si trova nell'art. 15 della l. 241/1990 mentre la più importante figura tipica, ovvero il c.d. accordo di programma, è contenuta nell'art. 34 d.lgs. 267 del 2000 (T.U. enti locali). Anche in questa ipotesi l'esigenza semplificativa è evidente e si

ad eseguire quanto contenuto nell'accordo, trattandosi di tipica figura di auto-vincolo, v. F. CARINGELLA, cit., pp. 1362-1363.

[58] Secondo la tesi dell'esercizio consensuale del potere, il recesso rappresenterebbe un atto di autotutela pubblica, cui sarebbero applicabili tutte le norme in materia di partecipazione; accogliendo la posizione privatistica, invece, sarebbe un'estrinsecazione della norma generale dell'art. 1373 c.c. v, L. MONTEFERRANTE, *Ai confini del diritto pubblico: revoca e recesso nella legge sul procedimento amministrativo,* in *Il corriere del merito*, 3/2006, 367.

[59] Questo riferimento normativo è stato per vero utilizzato da coloro che propendono per la posizione pubblicistica, perché la sua giustificazione costituzionale consisterebbe, seguendo la giurisprudenza della Corte delle Leggi, in un ambito in cui l'Amministrazione esercita comunque un potere pubblico, sebbene con moduli consensuali. Per un approfondimento su accordi e giurisdizione esclusiva e sulla legittimità costituzionale di questa scelta, v. N. BASSI, cit. in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit. e R. GAROFOLI, G. FERRARI, cit., pp. 956 ss..

Copyleft – Ius Publicum

riconnette, come per ciò che concerne la conferenza di servizi, ai vantaggi connessi a un esercizio in collaborazione di attività di interesse comune[60].

Se però l'art. 34 disciplina dettagliatamente l'accordo, indicando – tra l'altro – quali Amministrazioni possono esserne parti ovvero le specifiche modulazioni del procedimento, l'art. 15 non dà indicazioni precise a riguardo, limitandosi a rinviare ai commi 2, 3 e 5 dell'art. 11 l. 241/1990. Si prevede pertanto anche in questa ipotesi l'obbligo di osservare la forma scritta a pena di nullità, si applicano nei limiti di compatibilità i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti e gli accordi sono sottoposti allo stesso regime di controlli ai quali sono sottoposti i provvedimenti amministrativi che sostituiscono.

Dubbi sono sorti, peraltro, in riferimento al mancato richiamo al comma 4 dell'art. 11, che, come in precedenza osservato, disciplina il recesso unilaterale per sopravvenute ragioni di interesse pubblico[61].

Anche in presenza di accordi tra pp.AA., infine, la giurisdizione è affidata in via esclusiva al giudice amministrativo, secondo quanto disposto dal già citato art. 133, lett. *a)*, n. 2.

[60] Per un approfondimento, S. LUPI, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, *Dir. amm*., 2008, 691 ss..

[61] Secondo una prima tesi (che si connette all'impostazione pubblicistica) l'omesso collegamento non impedirebbe alla p.A. di esercitare i consueti poteri di autotutela pubblicistica Si discute, nell'ambito di questo orientamento, se l'Amministrazione possa recedere senza i limiti della sopravvenienza dei motivi né dell'indennizzo ovvero debba rispettare le norme contenute nella 241/1990. Seguendo un'altra posizione ricostruttiva, invece, il mancato richiamo al comma 4 comporterebbe che l'Amministrazione, avendo stipulato un contratto di natura privatistica, non può sciogliersi unilateralmente dal vincolo, salvo che per mutuo dissenso o per via giudiziaria, qualora l'accordo sia viziato, v. F. CARINGELLA, cit., p. 1373.

Copyleft – Ius Publicum

2.5 L'autocertificazione

Con l'istituto dell'autocertificazione[62], finalizzato al perseguimento della semplificazione amministrativa e del miglioramento del rapporto tra amministratori e amministrati, il privato è sgravato dall'onere di certificare determinati requisiti e dati ai fini del conseguimento di un certo atto, essendo per la p.A. sufficiente una sua dichiarazione (corredata da un minimo livello di formalismo)[63].

L'art. 18 della l. 241 del 1990 detta i canoni generali in relazione a quei momenti procedimentali dell'informazione storica e valutativa sui c.d. "fatti semplici", consistenti nella specie tanto in certificazioni quanto in altre tipologie di atti dichiarativi che non sono certificati (tra cui, anche le dichiarazioni sostitutive) e che l'amministrazione decidente deve apprezzare ai fini dell'adozione del provvedimento finale[64].

Tale norma, nella sua formulazione originaria, prevedeva una modalità di azione scandita in due passaggi fondamentali. Un primo – comma 1 –, in cui (tendendo conto dello scarso livello di informatizzazione dell'epoca) il legislatore individuava nelle

[62]G. BARTOLI, *L'autocertificazione: confronto tra la legge 15/1968 e la legge 241/1990*, Rimini, 1993; A. BENEDETTI, *Certificazioni "private" e pubblica fiducia*, in F. FRACCHIA e M. OCCHIENA (a cura di), *Certificazioni tra poteri pubblici e iniziativa privata*, Milano, 2006; M. OCCHIENA, L'autocertificazione, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 728 ss.; C. TAGLIENTI, *Trasparenza dell'atto amministrativo*, *www.giustizia-amministrativa.it*; D. VAIANO, Commento art. 18, in *Codice dell'azione amministrativa e della responsabilità*, Roma, 2010, 442 ss.;.

[63] Ben distinta dall'autocertificazione è, tuttavia, la regola dell'acquisizione d'ufficio dei documenti necessari all'istruttoria procedimentali, v. M. OCCHIENA, cit..

[64] N. DONATO, *L'autocertificazione tra certezza e semplificazione*, *Dir. e proc. amm.*, 2009, 201 ss.; M. IMMORDINO, *La difficile attuazione degli istituti di semplificazione documentale – Il caso dell'autocertificazione*, *Nuove Autonomie*, 2008, 603 ss..

Copyleft – Ius Publicum

autocertificazioni e nella documentazione mediante esibizione *ex lege* 15/1968 gli istituti sia per semplificare i processi decisionali pubblici, sia per evitare ai cittadini di doversi continuamente sottoporre a lunghe e onerose (specialmente in termini di tempo) code agli sportelli per ottenere certificati. Un secondo *step* – commi 2 e 3 –, in cui, da un lato l'interessato avrebbe dovuto soltanto dichiarare (e non più autocertificare) fatti, stati e qualità attestati in documenti già in possesso della stessa o di altra pubblica amministrazione, gravando sull'ente procedente il dovere di provvedere d'ufficio all'acquisizione di tali documenti, dall'altro sarebbe spettato sempre al responsabile del procedimento il dovere di accertare d'ufficio quei fatti, stati e qualità che "*la stessa amministrazione procedente o altra pubblica amministrazione è tenuta a certificare*".

Con la novella del 2005 (d.l. 35/2005, convertito in l. 80/2005), questa impostazione trova conferma nel riscritto comma 2, che tuttavia eleva l'acquisizione d'ufficio dei documenti (ma la prassi applicativa è alquanto diversa) a regola generale quanto alle modalità di conduzione dell'istruttoria procedimentale, sì da rendere del tutto eccezionale – e comunque sintomatico di inefficienze organizzative – il ricorso all'autocertificazione.

Sebbene la l. 15/1968[65] sia stata da tempo abrogata, merita ricordare che tale legge (senza dubbio precorritrice dei tempi ma rimasta pressoché inapplicata per oltre un ventennio) prevedeva che il cittadino potesse produrre alle pubbliche amministrazioni tre distinte categorie di autocertificazioni: le dichiarazioni sostitutive di certificazioni, le dichiarazioni temporaneamente sostitutive di certificazioni e, infine, le dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà. Tali fattispecie erano, tuttavia, tutte accomunate dalla

[65] G. BARTOLI, *L'autocertificazione*, cit.

Copyleft – Ius Publicum

necessità di autenticazione della firma, formalità che aveva impedito di fatto di conseguire il fine di ridurre gli oneri gravanti in capo ai cittadini e semplificare l'attività degli uffici[66].

L'illustrato quadro delle autocertificazioni fu profondamente mutato dalla "rivoluzione semplificatrice" cristallizzatisi nella c.d. "legge Bassanini-*bis*", la l. 127/1997 e, in particolare, negli artt. 1, 2 e 3 della stessa (poi modificati dalla l. 191/1998, c.d. "legge Bassanini-*ter*") e nel relativo regolamento, il d.P.R. 403/1998.

In particolare, la disciplina risultante da questi testi normativi ha avuto senz'altro il merito di avere definitivamente decretato la piena operatività delle autocertificazioni, il che avvenne soprattutto grazie all'abrogazione[67] dell'obbligo di autenticazione della sottoscrizione dell'attestante (rispettivamente, per le dichiarazioni sostitutive di certificazioni e per quelle sostitutive dell'atto di notorietà).[68] Ciò non ha però comportato il venir meno di qualsiasi elemento di riscontro formale per tali atti. Infatti, abrogata l'autenticazione della firma, l' art. 2, commi 10 e 11, l. 191/1998, ha però prescritto che nelle dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà la sottoscrizione dovesse essere apposta alla presenza del funzionario preposto a ricevere la relativa documentazione/pratica, oppure

[66] Ciò per la semplice ragione che l'autentica della firma finì con il rimpiazzare la coda allo sportello pubblico per procurarsi il certificato con quella per ottenere l'autenticazione della firma v. M. OCCHIENA, cit..

[67] Nell'art. 3, comma 10, l. 127/1997, e nell'art. 2, commi 10 e 11, l. 191/1998.

[68] In luogo dell'autentica, l'art. 3, d.P.R. 403/1998, ha previsto che le dichiarazioni sostitutive di certificazioni fossero rese contestualmente all'istanza e sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto, mentre la legge Bassanini-*ter* ha eliminato l'obbligo di autenticazione anche per le dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà.

Copyleft – Ius Publicum

che tali atti dichiarativi fossero presentate unitamente a fotocopia anche non autenticata, di un documento di identità del firmatario[69].

L'evoluzione legislativa e regolamentare in materia di autocertificazioni è stata definitivamente compendiata nella sezione V ("Norme in materia di dichiarazioni sostitutive") del capo III ("Semplificazione della documentazione amministrativa"), d.P.R. 445/2000 ("Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa").

Quanto alle dichiarazioni sostitutive di certificazioni l'art. 46 stabilisce che esse possono essere rese anche contestualmente all'istanza per comprovare "*in sostituzione delle normali certificazioni i seguenti stati, qualità personali e fatti*" indicati tassativamente dalla norma[70].

In relazione alle dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà, l'art. 47, d.P.R. 445/2000, cit., ribadisce invece che esse possono essere utilizzate per attestare riguardare sia "*stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato*" (comma 1), sia "*stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza*" (comma 2). Il comma 3 prevede che, salvo espressa preclusione di legge, nei rapporti con gli enti pubblici e i concessionari di pubblici servizi le qualità personali e i fatti che non sono oggetto di atti di certazione possono essere comprovati dall'interessato mediante dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà.

[69] Il regolamento del 1998 stabilì inoltre l'importante regola per cui le dichiarazioni sostitutive (di certificazioni e dell'atto di notorietà) "hanno la stessa validità temporale degli atti che sostituiscono" (art. 6). Inoltre, non può passare in secondo piano la fondamentale riforma apportata dalla l. 127/1997 e dal d.P.R. 403/1998 con riguardo alla previsione inerente la responsabilità dei dipendenti pubblici in ipotesi di mancata accettazione delle autocertificazioni.

[70] Tra le altre, data e luogo di nascita, cittadinanza, godimento dei diritti civili e politici, titolo di studio, qualifica professionale o situazione reddituale o economica.

Copyleft – Ius Publicum

Quanto ai limiti di impiego, ai sensi dell'art. 49 e salvo diverse disposizioni speciali, le dichiarazioni sostitutive non possono però sostituire i "*certificati medici, sanitari, veterinari, di origine, di conformità CE, di marchi o brevetti*".

Il d.P.R. 445/2000 delinea altresì un regime di responsabilità che si estrinseca nelle responsabilità in capo al dichiarante e in quelle gravanti sull'Amministrazione e funzionario pubblico.

Con riferimento alle prime, l'art. 76, d.P.R. cit., statuisce che chiunque rilascia dichiarazioni mendaci, forma atti falsi o ne fa uso "*è punito ai sensi del codice penale e delle leggi speciali in materia*": in particolare, le fattispecie incriminatrici sono quelle della falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico (art. 483 c.p.)[71], delle false dichiarazioni sull'identità o su qualità personali proprie o di altri (art. 496 c.p.) e della falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri (art. 495 c.p.)[72]. Oltre alle conseguenze penali, l'art. 75, d.p.r. 445/2000, dispone che qualora a seguito dei controlli sulle dichiarazioni sostitutive di cui si dirà a breve emerga non veridicità del contenuto di quanto attestato dal privato, "*il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera*"[73].

[71] V. *ex multis*, Cass. pen., V, 26 novembre 2009, n. 2978, Ced Cass.; 16 aprile 2009, n. 25469, ivi; 25 novembre 2008, n. 6063, ivi; 2 ottobre 2008, n. 40374, ivi

[72] Per tali ultimi due reati, si v. Cass. pen., V, 21 luglio 2009, n. 35447, Ced Cass.. Il comma 4 dell'art. 76, cit., prevede, inoltre, che se la falsa dichiarazione è resa per ottenere la nomina ad un pubblico ufficio o l'autorizzazione all'esercizio di una professione o arte, "*il giudice, nei casi più gravi, può applicare l'interdizione temporanea dai pubblici uffici o dalla professione e arte*".

[73] Questa norma è simmetrica con quanto stabilito dall'art. 21, l. 241/1990, secondo in caso di dichiarazione sostitutiva falsa o mendace resa in fattispecie in cui si applica la dichiarazione di inizio attività o il silenzio assenso, oltre alla punibilità ex art. 483 c.p. "non è ammessa la conformazione

Copyleft – Ius Publicum

In tutte le ipotesi testé illustrate, l'art. 73 del t.u. prevede comunque che, salvo che ricorra dolo o colpa grave, le amministrazioni e i loro dipendenti "*sono esenti da ogni responsabilità per gli atti emanati, quando l'emanazione sia conseguenza di false dichiarazioni o di documenti falsi o contenenti dati non più rispondenti a verità, prodotti dall'interessato o da terzi*".

Venendo adesso alla responsabilità stabilita per gli enti e i dipendenti pubblici, si annovera un duplice regime. Il primo attiene al dovere di effettuare i controlli sulle autocertificazioni rese dai privati. L'art. 71, d.p.r. 445/2000, statuisce il dovere per gli enti pubblici procedenti di effettuare "idonei controlli": a) sempre e in ogni caso, quando sorgono fondati dubbi sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive; b) anche a campione, in tutti gli altri casi.

Il secondo regime di responsabilità "pubblico" riguarda invece i funzionari. Ribadendo le previsioni *ex lege* 127/1997 e d.P.R. 403/1998, l'art. 74, d.P.R. cit., sancisce che costituiscono violazione dei doveri d'ufficio sia la mancata accettazione delle dichiarazioni sostitutive di certificazione o di atto di notorietà "*rese a norma delle disposizioni del presente testo unico*", sia la richiesta di certificati o di atti di notorietà allorché "*ci sia l'obbligo del dipendente di accettare la dichiarazione sostitutiva*".

dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista" dagli artt. 19 e 20, l. ult. cit. Per alcune applicazioni della norma in esame, si v., ad esempio, TAR Toscana, sez. II, ord. 23 aprile 2008, n. 418, FT, 2008, 215; Cons. St., sez. VI, 21 febbraio 2008, n. 622, FA-CS, 2008, 557

Copyleft – Ius Publicum

2.6 Il silenzio-assenso

Con l'istituto del silenzio assenso[74] il legislatore ha inteso offrire una soluzione al problema dell'inerzia della Amministrazione, ovvero al "fatto" della mancata adozione del provvedimento finale nei procedimenti ad istanza di parte entro il termine certo e predeterminato di cui all'art. 2 della l. n. 241/1990. L'istante ottiene, quindi, automaticamente l'utilità richiesta con la presentazione della richiesta alla Amministrazione in conseguenza di un meccanismo normativamente determinato (nei presupposti e nei limiti di applicazione) che porta alla produzione di un effetto legale equipollente a quello di un provvedimento favorevole.

Ad oggi questo meccanismo è quello ordinario e non ha bisogno pertanto di un'espressa previsione di legge per risultare applicabile, ciò grazie alla riscrittura in senso estensivo contenuta nel decreto legge n. 35 del 2005 convertito nella legge n. 80 del 2005[75]. Da ultimo, il d.lgs. 59 del 2010, in attuazione della Direttiva europea sulla liberalizzazione

[74] M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Il silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 801 ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione* amministrativa, Napoli, 2006, p. 268 e ss.; N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit.; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione*, Milano, 1996; P.L. PORTALURI, *Note sulla semplificazione per silentium (con qualche complicazione)*, in *www.giustamm.it.*

[75] E. BOSCOLO, *Il perimetro del silenzio assenso tra generalizzazioni, eccezioni per materia e norme previgenti*, *Urb. e app.*, 2009; M.A. SANDULLI (a cura di), *Riforma della legge 241/90 e processo amministrativo*, *FA-TAR*, supplemento al n. 6/2005; R. GIOVAGNOLI, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano, 2005, 454 ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa* , (a cura di) CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 269 ss.; M.A. SANDULLI, *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della pubblica amministrazione*, *Giust. civ.*, 1994, 485 ss..

Copyleft – Ius Publicum

dei servizi, nell'ottica di massima semplificazione nell'accesso al mercato di questi ultimi, dopo aver chiarito che "*ai fini del presente decreto, non costituisce regime autorizzatorio la dichiarazione di inizio attività (d.i.a), di cui all'articolo 19, comma 2, secondo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241*"(art. 8) e che "*nei limiti del presente decreto, l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie*" (art. 10, comma 1), ha configurato il regime autorizzatorio per le attività di servizi di cui esso si occupa come un'ipotesi meramente residuale, stabilendo, all'art. 17, che "*ai fini del rilascio del titolo autorizzatorio riguardante l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi di cui al presente decreto si segue il procedimento di cui all'articolo 19, comma 2, primo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241* [relativo alla d.i.a., oggi s.c.i.a.], *ovvero,* [ma unicamente] *se così previsto, di cui all'articolo 20 della medesima legge n. 241 del 1990*" [relativo al silenzio-assenso], e che soltanto "*qualora sussista un motivo imperativo di interesse generale, può essere imposto che il procedimento si concluda con l'adozione di un provvedimento espresso*" (parentesi quadre aggiunte).

Abbandonata da tempo la ricostruzione del silenzio assenso in termini "attizi" sposata dalla dottrina più risalente[76], si conviene[77] oggi sulla riconducibilità del silenzio

[76] O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*: *Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative*, GI, 1894, XLVI, 7 ss.;

[77] La dottrina, rilevando la contraddizione insita nel ricavare un atto di volontà dal mancato esercizio di un potere funzionalizzato, ha dapprima evidenziato come alla base del fenomeno c.d. del "silenzio" vi sia sempre e comunque il "fatto" della inerzia e con riferimento alle ipotesi di silenzio assenso ha inteso la inerzia quale fatto giuridicamente rilevante da cui la legge fa conseguire la produzione di effetti giuridici equivalenti all'efficacia del provvedimento di accoglimento. In sostanza si profilerebbe una scissione tra il meccanismo di produzione degli effetti – che prescinde dalla sussistenza della volontà dell'atto – e la cura dell'interesse specifico, che rileva sotto il profilo della legittimità sostanziale dell'assetto degli interessi sotteso alla modifica della realtà materiale cagionata

Copyleft – Ius Publicum

assenso nell'ambito della più ampia categoria del silenzio "significativo" che si caratterizza per la sua idoneità a determinare la definizione legale del procedimento, ancorché non a seguito dell'esercizio della funzione amministrativa[78].

In ogni caso il conferimento di valore legale tipizzato all'inerzia e la conseguente produzione degli effetti equivalenti al provvedimento favorevole è da ritenersi subordinata (e la giurisprudenza sul punto ormai è consolidata) alla conformità della istanza alla legge e al ricorrere di tutti i requisiti in essa previsti[79].

dagli effetti medesimi, v. F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985.

[78] Nonostante il superamento della qualificazione del silenzio assenso in termini "attizi", in dottrina e giurisprudenza si sono affermate ricostruzioni differenti in relazione al meccanismo di produzione degli effetti giuridici favorevoli per l'istante. Da un lato, infatti, vi è stata la tesi favorevole a ridurre la regola del silenzio assenso in un meccanismo di legittimazione *ex lege*, v. A. DE ROBERTO, *Silenzio assenso e legittimazione «*ex lege*» nella legge Nicolazzi*, D SOC, 1983, 163 ss.; dall'altro, si è affermata la tesi favorevole ad assegnare all'istituto del silenzio assenso (spogliato di ogni connotazione attizia appunto) una posizione intermedia tra la legge e la fattispecie concreta, in particolare tra quei "fatti giuridici" che sono "per volontà di legge, specificamente significativi, di volta in volta, di un diniego o di un assenso alla richiesta formulata dall'amministrato", v. A. M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali, Atti del XXVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione - Varenna*, Milano, 1985, 53 ss..

[79] V. TAR Lazio, Latina, sez. I, 3 marzo 2010, n. 204, e TAR Puglia, Lecce, sez. III, 3 marzo 2010, n. 676.

Copyleft – Ius Publicum

I limiti espressi alla applicazione generalizzata del silenzio assenso sono dettati nel comma 4 dell'art. 20[80].

In linea generale il comma 1 dell'articolo in commento esclude espressamente dall'applicazione del silenzio assenso i procedimenti diretti alla emanazione di atti di consenso che rientrano nel campo di applicazione della dichiarazione di inizio attività ex art. 19, l. n. 241 del 1990[81].

Il comma in esame profila una serie di ipotesi nelle quali il campo di applicazione del silenzio assenso subisce alcune importanti eccezioni. La disciplina delineata nella norma in commento, recependo alcuni importanti orientamenti della giurisprudenza, esclude infatti l'applicabilità del regime di cui ai commi precedenti agli atti e ai procedimenti riguardanti talune materie c.d. "sensibili", riconducibili ai principi costituzionali di eguaglianza, solidarietà, tutela della persona, della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale-paesaggistico. Materie nelle quali, dunque, il silenzio non può valere come assenso ma (salvi i casi di silenzio rigetto) deve essere qualificato come inadempimento[82].

[80] La disciplina è rimasta sostanzialmente inalterata dopo la novella del 2009 (l. 18 giugno 2009, n. 69) che si è limitata ad introdurre le materie dell' "asilo" e della "immigrazione" a mera specificazione e completamento di quella della "cittadinanza".

[81] Secondo una parte della dottrina sarebbero esclusi i procedimenti che implicano accertamenti tecnici non sostituibili (abilitazioni) ovvero quelli in cui è previsto un contingente o comunque una disponibilità limitata del bene da concedere, v. G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, GA, 2007, 83 ss..

[82] V. M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, cit. che richiamano N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) F.G. SCOCA, cit., 479 ss..

Copyleft – Ius Publicum

Se dunque il silenzio-assenso risponde ad una logica giuridica di tutela di valori quali la semplificazione dell'azione amministrativa, in vista di una sua efficiente e rapida conclusione, la sua esclusione in ambiti tassativamente individuati risponde ad esigenze di salvaguardia dei beni da ritenersi sicuramente predominanti. La deroga al meccanismo di semplificazione *per silentium* opera, per espressa disposizione di legge, anche nelle ipotesi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali e nei procedimenti individuati con uno o più decreti del presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti[83].

La applicabilità generalizzata del silenzio assenso non ne comporta poi l'operatività in concreto in ogni caso. L'indizione della conferenza di servizi, infatti, ad opera della Amministrazione procedente, secondo quanto previsto dal comma 2 dell'articolo in commento, entro trenta giorni dalla presentazione della istanza impedisce la formazione del silenzio assenso. L'Amministrazione, dunque, valutando in concreto la complessità della fattispecie, conserva il potere di disporre la interruzione della operatività del silenzio assenso in favore di una decisione espressa che offra una valutazione effettiva degli interessi in gioco, incluse le "*situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati*" come recita il citato comma 2.

[83] Dall'esame della giurisprudenza amministrativa è dato rilevare come la regola sui limiti di generalizzazione del silenzio assenso ai procedimenti ad istanza di parte, individuata al comma 4, incontri un'applicazione assai rigorosa e tassativa da parte del giudice amministrativo che, nell'interpretazione della norma, ne limita la portata alla tipologia di atti strettamente individuati dalla norma, senza mai consentire l'estensione della deroga a casi analoghi o comunque tali da far presumere una possibile preclusione alla disciplina generale del silenzio-assenso (Cons. St., sez. VI, 29 dicembre 2008, n.6591, UA, 2009, 454 con il commento di BOSCOLO, *Il perimetro del silenzio-assenso tra generalizzazioni, eccezioni per materia e norme previgenti*, UA, 2009, 454),

Copyleft – Ius Publicum

Il comma 5 dell'articolo in commento statuisce espressamente la applicazione al procedimento (che sarebbe destinato a concludersi con il silenzio assenso) della comunicazione dei motivi di non accoglimento della domanda ai sensi dell'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990.

In sostanza dunque il responsabile del procedimento o la autorità competente, se indirizzati verso la non accoglibilità della istanza, per impedire la formazione del silenzio assenso (che come detto può avvenire soltanto con la formale adozione di un provvedimento di diniego) devono comunicare all'istante il preavviso di rigetto, determinando in tal modo la riespansione della (applicazione della) disciplina generale del procedimento e dunque la inapplicabilità del silenzio assenso[84].

Quale modo alternativo (al provvedimento) di conclusione del procedimento, peraltro, il silenzio assenso non dovrebbe poter essere posto nel nulla dalla adozione, successivamente al decorso del termine di conclusione del procedimento, di un provvedimento negativo, che, in quanto adottato in una situazione di maturata decadenza dalla *potestas decidendi*, va considerato invalido, in termini di illegittimità[85], se non addirittura di nullità[86].

Al contrario, una volta formatosi l'accoglimento implicito, l'Amministrazione potrebbe sempre intervenire su di esso in via di autotutela, dovendo tuttavia rispettare i requisiti previsti per l'esercizio di tale potere nelle norme della L. 241/90, e dunque nel

[84] V. M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, cit.; sul dibattito circa le conseguenze operative dell'espressa applicabilità dell'art. 10-*bis* l. 241/1990 v. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 643 e ss..

[85] V. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 7 giugno 2006, n. 1321.

[86] Per tale ultima tesi v. A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002.

Copyleft – Ius Publicum

pieno rispetto dei limiti (rigorosi) del potere di riesame e con il pieno rispetto delle garanzie partecipative[87].

2.7 La SCIA

L'istituto in questione è frutto di un recentissimo intervento del legislatore che (con l'art 49, comma 4 *bis*, del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122) ha sostituito la denominazione "*dichiarazione di inizio attività*" (a sua volta sostitutiva dell'originaria "*denuncia di inizio attività*") con la nuova "*segnalazione certificata di inizio attività*", introducendo anche alcune modifiche sostanziali volte ad estendere l'ambito applicativo e a rendere più efficace lo strumento semplificativo[88], che, come già visto, ha assunto un'ancora più ampia portata in attuazione della Direttiva Bolkenstein[89]. Come la precedente d.i.a., la s.c.i.a. favorisce l'obiettivo della semplificazione nel momento in cui sostituisce "*ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta*" con una mera segnalazione dell'interessato corredata dalle certificazioni (o

[87] V. Cons. St., sez. V, 20 marzo 2007, n. 1339; Id., sez. VI, 17 marzo 2009, n. 1578; Id., sez. VI, 25 settembre 2006, n. 5628; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 20 agosto 2007, n. 1971; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 5 febbraio 2007, n. 297.

[88] M. CLARICH, *Dalla Dia alla Scia: molto rumore per nulla*, *www.fiere24.ilsole24ore.com*; F. DORO, *Dia e Scia*, Padova, 2010; R. BALASSO, *La segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) e la discrezionalità amministrativa*, *www.tecnojus.it*; N. PAOLANTONIO, W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 749 ss..

[89] M.A. SANDULLI, G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein*,cit..

Copyleft – Ius Publicum

autocertificazioni) necessarie, consentendo al privato l'immediato inizio dell'attività e riservando all'amministrazione un mero controllo successivo volto a verificare l'esistenza effettiva dei presupposti di legge. In questo modo mentre si elimina tutta la fase procedimentale vera e propria, trasferendo in un momento successivo all'avvio dell'attività la fase della verifica, allo stesso tempo si responsabilizza maggiormente il cittadino, gravato dall'onere di accertare ed affermare l'esistenza dei requisiti.

Sebbene l'ambito di applicabilità dell'istituto sia stato notevolmente esteso con gli ultimi interventi normativi, anche in questo caso il legislatore pone una tutela rafforzata per determinati interessi sensibili di rango costituzionale, espressamente escludendo l'operatività della segnalazione per gli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte – tra l'altro – alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo e alla cittadinanza.

Una volta iniziata l'attività, l'amministrazione ha a disposizione il termine di sessanta giorni per procedere alla verifica della segnalazione (e dei documenti correlati). Il controllo può avere esito positivo, nel qual caso non vi sarà emissione di alcun provvedimento, né comunicazione al privato, ovvero negativo, a seguito del quale la p.A. deve inibire la prosecuzione dell'attività segnalata e ordinare la rimozione degli effetti eventualmente prodotti, salva la facoltà di regolarizzazione entro un ulteriore termine all'uopo concesso.

Trascorsi i sessanta giorni la p.A. può incidere sull'attività: a) attraverso i poteri di autotutela già ricordati a proposito del silenzio-assenso; b) sempre ed in ogni tempo mediante procedura interdittiva quando l'attività sia stata intrapresa sulla base di dichiarazioni sostitutive di certificazioni o atti di notorietà falsi e mendaci; c) sempre con procedura interdittiva, se vi sia pericolo di danno per il patrimonio artistico e cultura, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale, previo *"motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante la conformazione della'attività dei privati alla normativa vigente"*.

Copyleft – Ius Publicum

Con riferimento all'istituto della d.i.a. prima e della s.c.i.a. ora, si è posta nella dottrina e nella giurisprudenza italiana la questione circa la natura giuridica di tale meccanismo di semplificazione, e, conseguentemente, quella delle differenze o delle analogie di quest'ultimo con il già analizzato istituto del silenzio assenso[90].

Sul campo si confrontano due tesi e l'adesione ad una o all'altra comporta conseguenze rilevanti (specie riguardo alla tutela del terzo controinteressato).

Secondo una prima posizione ermeneutica la d.i.a. (ora s.c.i.a.) non sarebbe uno strumento di semplice semplificazione procedimentale, quanto di liberalizzazione di determinate attività private avente carattere soggettivamente e oggettivamente privato, il cui esercizio è riconosciuto senza che sia richiesto un vaglio della p.A. In questo senso l'istituto si differenzia nettamente dal silenzio-assenso, che presuppone al contrario un provvedimento tacito favorevole e si estrinseca quindi in un mero meccanismo semplificativo di tale vaglio compiuto dall'amministrazione. A tale ricostruzione (confermata come si è visto dal d. lgs. n. 59 del 2010) si oppone però un secondo orientamento, a mente del quale la d.i.a. (ora s.c.i.a.) sarebbe assimilabile ai provvedimenti taciti, nei quali l'amministrazione conserva un potere autorizzatorio. Esso quindi non sarebbe uno strumento di liberalizzazione, ma rappresenterebbe una semplificazione procedimentale; aderendo a tale teoria diventano tuttavia ben più sfumati i confini dell'istituto in questione con quello del silenzio-assenso[91].

Un terzo orientamento ha infine cercato di risolvere l'indubbia contraddittorietà del sistema proponendo una soluzione sostanzialmente compromissoria, anche se proprio per questo non perfettamente rigorosa, secondo la quale il legislatore del 2005, nel richiamare il potere di autotutela, più che prendere posizione sulla natura giuridica

[90] F. VETRÒ, *Il Consiglio di Stato fa il punto sulla natura giuridica della Dia*, *www.giustamm.it*; G. MANNUCCI, *La necessità di una prospettiva obbligatoria per la tutela del terzo nel modello della dia*, *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1079 ss..

[91] G. MORBIDELLI, *In tema di d.i.a. e di d.i.a. nuova*, *www.giustamm.it*.

Copyleft – Ius Publicum

dell'istituto, avrebbe essenzialmente voluto chiarire che, anche dopo la scadenza del termine perentorio per l'esercizio del potere inibitorio, l'amministrazione conservi un potere residuale, da intendere, però, come autotutela *sui generis*, che si differenzia dalla classica autotutela decisoria proprio per ciò che non implica un'attività di secondo grado insistente su un precedente provvedimento amministrativo[92]. Il riferimento agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. n. 241/90, confermato anche dalla l. n. 122/2010 sarebbe quindi compatibile con la tesi che costruiva la d.i.a. (e oggi di conseguenza costruisce la s.c.i.a.) come *un atto del privato*, dal quale non si sviluppa alcun provvedimento tacito di assenso: i poteri di autotutela invocati dall'art. 19 (nelle diverse versioni a partire dal 2005) consisterebbero, infatti, soltanto nel potere di adottare, anche successivamente alla scadenza del termine ordinario, i normali atti di esercizio del potere inibitorio e/o repressivo, condizionati, però, come appunto l'annullamento d'ufficio, alla sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto, ulteriore e diverso rispetto a quello volto al mero ripristino

[92] Del resto, come correttamente messo in risalto dalla dottrina che si è più recentemente occupata del tema, mentre il richiamo all'art. 21-*nonies* (relativo all'annullamento d'ufficio) ha la logica di circoscrivere l'intervento tardivo della p.A. negli stessi limiti dell'annullamento d'ufficio e dunque entro un ragionevole lasso di tempo, dopo adeguata valutazione degli interessi in conflitto e in presenza di ragioni di interesse pubblico, maggiori perplessità pone il richiamo all'art. 21-*quinquies*, atteso che presupposto dell'esercizio del potere di revoca é la rinnovata valutazione dell'assetto di interessi da parte dell'amministrazione autrice del provvedimento, in relazione alla situazione contingente, nell'ambito della quale quest'ultimo produce i suoi effetti: circostanza che risulta affatto difficile configurare in una situazione in cui l'interesse pubblico non è mai stato previamente valutato: cfr. N. PAOLANTONIO, W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, cit..

Copyleft – Ius Publicum

della legalità violata e al bilanciamento dei diversi interessi[93]. La tesi, pur apprezzabile per lo sforzo ricostruttivo, non appare però conciliabile né con il dato letterale della norma, né con l'autonoma disciplina del potere sanzionatorio dettata dall'art. 21, che non prevede alcun limite all'applicazione delle sanzioni più gravi per le attività illecitamente intraprese.

Restava, peraltro, il problema della tutela del terzo, per il quale il Consiglio di Stato[94] aveva, a sua volta, recentemente proposto una soluzione di compromesso, che, nel confermare l'inaccettabilità della tesi che qualifica la d.i.a. come atto produttivo di un provvedimento di assenso implicito, riconosceva piuttosto nella d.i.a. (oggi s.c.i.a.) uno strumento di liberalizzazione delle attività economiche private, con la conseguenza che per l'esercizio delle stesse, diversamente da quanto si verifica per le attività soggette al regime del silenzio-assenso (significativamente disciplinato da un diverso articolo) non è più necessaria l'emanazione di un titolo provvedimentale di legittimazione[95].

Con riferimento alla tutela del terzo, la medesima giurisprudenza aveva costruito e ammesso un'azione di accertamento "atipica", proponibile direttamente mediante ricorso,

[93] Cons. St., sez. V, 19 giugno 2006, n. 3586; in dottrina, F. LIGUORI, *Osservazioni sulla funzione e sulla disciplina delle dichiarazioni di inizio di attività edilizia*, in A. ROMANO, F.G. SCOCA, E. CASETTA (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, Padova, 109 ss.; F. GAFFURI, *La denuncia di inizio attività dopo le riforme del 2005 alla L. n. 241 del 1990: considerazioni sulla natura dell'istituto*, *Dir. amm.*, 2007, 369 ss., anche per ulteriori richiami bibliografici.

[94] Cfr. la notissima e pluricommentata sentenza Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, confermata da Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139.

[95] Analogamente, a favore della tesi che costruisce la d.i.a. come atto di diritto privato, non assimilabile al silenzio-assenso, che si forma invece sulla richiesta di un provvedimento autorizzatorio all'amministrazione competente, cfr. anche le già richiamate Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139 e, pur non prendendo posizione sul tipo di azione proponibile (annullamento o accertamento conformativo), Cons. St., sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2558.

Copyleft – Ius Publicum

senza necessità di previa sollecitazione del potere inibitorio (e conseguente contestazione del suo mancato esercizio), diretto ad accertare l'esistenza o inesistenza dei presupposti per l'avvio dell'attività con mera dichiarazione/segnalazione; con la precisazione che la sentenza che accerta l'inesistenza dei presupposti della d.i.a. ha effetti conformativi nei confronti dell'Amministrazione, in quanto le impone di porre rimedio alla situazione nel frattempo venutasi a creare sulla base del predetto strumento, segnatamente di ordinare l'interruzione dell'attività e l'eventuale riduzione in pristino di quanto nel frattempo realizzato e che tale potere, in quanto volto a dare esecuzione al comando implicitamente contenuto nella sentenza di accertamento, deve essere esercitato a prescindere sia dalla scadenza del termine perentorio previsto dall'art. 19 per l'adozione dei provvedimenti inibitori-repressivi, sia dalla sussistenza dei presupposti dell'autotutela decisoria richiamati sempre dallo stesso articolo[96]. Pur costruendo la posizione del controinteressato come mero interesse legittimo[97], la predetta giurisprudenza ha ritenuto che anche per quest'ultimo la garanzia costituzionale dell'effettività del diritto di difesa delle situazioni giuridiche soggettive impone di ammettere un'azione di accertamento autonoma, almeno in tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, essa risulti necessaria per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente.

Merita tuttavia segnalare che il d.lgs. n. 104 del 2010, recante il (primo) codice del processo amministrativo, nel confermare la giurisdizione esclusiva amministrativa nelle controversie in materia di dichiarazione di inizio di attività (art. 133, comma 1, n. 3: disposizione ripetuta per la s.c.i.a. nel nuovo testo dell'art. 19), all'art. 34, sotto il titolo "sentenza di merito", stabilisce espressamente che "in nessun caso il giudice può

[96] Cfr. testualmente Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2010 n. 2139.

[97] Per una forte e argomentata critica sul punto, cfr. O. FORLENZA, *In assenza di un potere conformativo della Pa l'istanza andrebbe proposta al giudice ordinario. Il terzo può esperire un'azione di accertamento per provare l'assenza dei presupposti della Dia*, *Guida al diritto*, 2009, fasc. 13, 96-111.

Copyleft – Ius Publicum

pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati", ciò che sembra evidentemente ostativo alla proposizione di un'azione di accertamento della conformità della s.c.i.a. secondo il modello proposto dalla surrichiamata giurisprudenza, riducendo nuovamente la tutela del terzo al ricorso avverso l'inerzia dell'amministrazione nell'esercizio del potere inibitorio/repressivo; ricorso subordinato purtroppo all'inutile decorso del termine per provvedere (durante il quale quindi l'illecito avvio dell'attività potrebbe avere già prodotto danni irreversibili agli operatori concorrenti), anche se ormai esperibile senza previa diffida e idoneo ad ottenere ad una pronuncia sulla fondatezza della pretesa (cfr. art. 117 del codice del processo amministrativo), che in questo caso, si sostanzia, di fatto, in un accertamento dell'illecito utilizzo della s.c.i.a. e nel conseguente obbligo della p.A. di assumere i poteri repressivi per l'attività intrapresa senza titolo, i quali, come effetto del giudicato, non dovrebbero incontrare i limiti dell'autotutela[98].

La questione della natura giuridica della s.c.i.a. e della tutela del terzo contro il suo illegittimo utilizzo è stata comunque rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato dalla recentissima ord.za Sez. IV, 15 gennaio 2011, n. 14.

3. ALTRI INTERVENTI DI SEMPLIFICAZIONE

Gli interventi diretti a snellire l'azione dell'amministrazione non si sono limitati alla previsione di istituti *ad hoc* da applicare nell'ambito delle serie procedimentali, e non hanno coinvolto il solo Capo IV della legge sul procedimento amministrativo.

Esistono invece strumenti di semplificazione "trasversali", che esulano dalla congerie delle misure strettamente procedimentali (ovvero che non rientrano nella

[98] Sulla differenza tra il potere esercitato all'esito della decisione giurisdizionale che nega i presupposti per la d.i.a. e quello esercitabile in via di controllo o di autotutela cfr. Cons. St., VI, 15 aprile 2010, n. 2139, cit..

Copyleft – Ius Publicum

disciplina della legge n. 241 del 1990), ma che con esse si interrelazionano, consistendo in soluzioni che, se applicate al procedimento, ne determinano in concreto una semplificazione: tra queste, l'uso della telematica e il c.d. sportello unico.

3.1 L'uso della telematica

Da molti anni uno dei principali obiettivi perseguiti dal legislatore è quello di informatizzare le procedure amministrative, sfruttando i vantaggi dell'applicazione della telematica alle diverse fasi del procedimento, in modo da proiettare anche la pubblica amministrazione nella "società dell'informazione"[99].

In considerazione del fatto che informatizzare equivale a dire semplificare, e quindi dare applicazione al principio di efficienza, già con l'art. 2 della legge n. 421 del 1992 il legislatore delegava al Governo l'adozione di misure volte al completamento del processo di informatizzazione delle amministrazioni pubbliche e alla più razionale utilizzazione dei sistemi informativi automatizzati, al fine di migliorare l'efficienza dell'attività amministrativa e di implementare la produttività del pubblico impiego, nonché garantire l'interconnessione dei sistemi informatici pubblici.

Il Parlamento dava così un segnale forte nella direzione della necessità perentoria di un ammodernamento radicale delle procedure delle pubbliche amministrazioni, con particolare riguardo alle strumentazioni utilizzate: non più, dunque, obsolete dotazioni strumentali ma un'informatizzazione globale degli enti pubblici, condotta non per

[99] Lo stesso principio ha anche ispirato normative europee di settore (si pensi all'art. 8 della Direttiva Bolkestein).

Copyleft – Ius Publicum

compartimenti stagni, bensì sulla base del principio dell'interconnessione dei sistemi informativi delle varie amministrazioni[100].

Dopo l'adozione di successivi provvedimenti normativi dal contenuto meno consistente (tra cui la legge n. 340 del 2000), la necessità di ricorrere in modo generalizzato all'uso dello strumento informatico è stata ampiamente richiamata dal legislatore del 2005, che si è mosso su due diverse direttrici onde affermare l'esigenza di una pubblica amministrazione che faccia largo uso di adeguati sistemi telematici.

Per un verso è stato emanato il Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82 del 2005, più volte integrato e modificato), un'opera generale di riordino che – sia con alcune dichiarazioni puramente programmatiche e di principio, sia con l'abbandono delle modalità amministrative più tradizionali – ha affrontato per la prima volta in modo organico il tema dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, nonché della disciplina dei fondamentali principi giuridici applicabili ai due strumenti oggi protagonisti del processo di innovazione tecnologico: il documento informatico e la firma digitale[101].

Per altro verso la legge n. 15 del 2005 ha aggiunto al Capo I della legge sul procedimento amministrativo, dedicato ai principi, l'art. 3-*bis* che sollecita tutte le

[100] S. CACACE, *Codice dell'amministrazione digitale*, *www.giustizia-amministrativa.it*.

[101] Di grande importanza è il comma 3 dell'articolo 2 del Codice in esame (rubricato appunto "finalità e ambito di applicazione"), ai sensi del quale, come già prevedeva l'art. 3 del d.P.R. n. 445 del 2000, le disposizioni concernenti la formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici, nonché quelle riguardanti la trasmissione informatica degli stessi documenti, si applicano anche ai privati. Inoltre, una parte non irrilevante della normativa (in particolare quella concernente l'accesso ai documenti informatici e la fruibilità delle informazioni digitali) si applica poi anche a soggetti formalmente privati ma in sostanza pubblici.

Copyleft – Ius Publicum

pubbliche amministrazioni a fare uso della telematica, incentivandone l'utilizzo tanto nei rapporti interni quanto nei rapporti con i privati.

La norma, di carattere meramente programmatico, ha funto da gancio per una serie di misure adottate dalle singole amministrazioni dirette a "dematerializzare" l'attività amministrativa, ma ha avuto complessivamente uno scarso successo dovuto soprattutto al livello delle tecnologie dell'informazione che necessitano di una nuova architettura finalizzata a rendere compatibili le regole della rete con le regole che governano gli organi e gli uffici amministrativi. In tal senso è stato rilevato una sorta di problema interno all'uso delle tecnologie dell'informazione nell'ambito del procedimento, dato dalla differenza tra il criterio che ispira l'organizzazione della rete digitale e quello che ispira l'organizzazione della pubblica amministrazione: mentre la rete sarebbe informata al criterio della cooperazione, la p.A. è informata al criterio della gerarchia o della competenza[102], ragion per cui la compartecipazione procedimentale, se non accompagnata da misure atte a prevenire le distorsioni informative, finirebbe per rendere evanescente l'individuazione del soggetto che agisce in funzione del previsto riparto di competenze.

Qualche riflesso sul procedimento si può vedere: proprio in tema di compartecipazione procedimentale, ed in attuazione del principio espresso dal citato art. 3-*bis*, la recente legge n. 69 del 2009 ha nuovamente indirizzato la tecnica dei lavori delle pubbliche amministrazioni includendo nella disciplina relativa alla conferenza di servizi il riferimento alla telematica (art. 14-*ter*, comma 1, della l. n. 241/90: "la conferenza di servizi assume le determinazioni relative all'organizzazione dei propri lavori a maggioranza dei presenti e può svolgersi per via telematica"). E ha commisurato quest'ultima non soltanto al fisiologico adattamento dell'operato delle amministrazioni nell'"era digitale", ma anche, concretamente, all'esigenza di semplificazione cui risponde in primo luogo l'istituto della conferenza di servizi.

[102] Sul punto si veda il commento di F. CARDARELLI, *L'uso della telematica*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 421 ss..

Copyleft – Ius Publicum

Il tenore di un simile richiamo, e della novità che esso evidentemente rappresenta, sembra ridimensionarsi se si considera che già nel 2005 l'art. 14 della legge n. 241 del 1990 era stato dotato del comma 5-*bis* (attualmente in vigore) ai sensi del quale "previo accordo tra le amministrazioni coinvolte la conferenza di servizi è convocata e svolta avvalendosi degli strumenti informatici disponibili". Sul versante dell'informatizzazione, l'unico modo per accordare una qualche portata innovativa alla recente riforma dell'art. 14-*ter* è quello di evidenziarne il valore interpretativo per cui la norma sembra riportare al potere di auto-organizzazione della conferenza (da esercitarsi a maggioranza dei partecipanti) la decisione di avvalersi della telematica, in luogo del "previo accordo" previsto dal comma 5-*bis* dell'art. 14 della legge n. 241 del 1990 che sembra invece indicare l'esistenza di una necessaria unanimità dell'accordo tra tutte le amministrazioni interessate.

3.2 Lo sportello unico

Di diverso ordine è l'altra "soluzione" che rientra tra le tecniche di semplificazione diverse dagli istituti procedimentali in senso stretto: lo sportello unico.

Si tratta di uno strumento di semplificazione a carattere organizzativo che ha assunto particolare importanza nel settore delle attività produttive a partire dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 112 del 1998 che ha previsto per tutti i procedimenti concernenti la realizzazione, l'ampliamento, la cessazione, la riattivazione, la localizzazione e la rilocalizzazione di impianti produttivi, un sistema centralizzato "al quale gli interessati si rivolgono per tutti gli adempimenti previsti" con la garanzia che "un'unica struttura sia responsabile dell'intero procedimento". Si è cercato in tal modo di migliorare le *funzioni di assistenza* rese dal soggetto pubblico nei confronti delle imprese, consistenti nella raccolta e diffusione, anche in via telematica, delle informazioni concernenti l'insediamento e lo svolgimento delle attività produttive nell'aera di appartenenza (su cui anche l'art. 3 del d.lgs. n. 447/98).

Il modello dello sportello unico è stato poi potenziato a seguito dell'adozione del decreto legge n. 112 del 2008 – recante, tra l'altre, "disposizioni urgenti per lo sviluppo

Copyleft – Ius Publicum

economico, la semplificazione, la competitività" – con cui si è data voce all'esigenza di diminuire i tempi d'entrata nel mercato (da cui il fortunato slogan "impresa in un giorno", che ha formato la rubrica dell'art. 38 del citato d.l.) fortemente dilatati dalla necessità di acquisire documenti autorizzativi che le amministrazioni tardano ad evadere, in modo da evitare un eccessivo aggravio di costi, posti a carico dell'attività in avvio, causati proprio dalle lungaggini dell'amministrazione[103].

A ben vedere l'istituto ha conservato intatti i suoi connotati originari, non constando di effettive modifiche rispetto a quanto già previsto negli anni precedenti. La sua evoluzione si registra più sul piano dell'operatività che non su quello della struttura. È ipotizzabile che l'avvicendarsi di provvedimenti normativi riguardanti l'applicazione dello sportello unico abbia una finalità più marcatamente sollecitatoria nei confronti delle numerose amministrazioni restìe ad attuare un simile assetto.

L'idea di un interlocutore istituzionale unico con cui i soggetti interessati possano dialogare per ottenere risposte in via semplificata, e soprattutto in tempi brevi, in ordine ad una attività o un servizio cui intendano dare corso ha trovato applicazione in molti Paesi dell'Unione europea[104], ed è stata generalizzata dalla stessa Comunità che ha adottato la Direttiva 123/2006/CE (c.d. direttiva servizi) con il proposito di raggiungere una maggiore competitività nel mercato dei servizi eliminando quegli ostacoli del mercato interno agli Stati membri "rappresentati dalla complessità, dalla lunghezza e dall'incertezza giuridica

[103] G. PIPERATA, *Lo sportello unico*, *www.dejure.it*; M. SGROI, *Lo sportello unico per le attività produttive: prospettive e problemi di un nuovo modello di amministrazione*, *Dir. amm.*, 2001, 1179 ss..

[104] In Spagna, dove molte Comunità autonome, in collaborazione con gli enti locali, hanno da tempo introdotto un sistema di sportelli unici, previsto poi in via generale dalla legge sul procedimento amministrativo; in Francia, dove sono stati istituiti i *Centres de formalités des entreprises* volti ad agevolare le piccole e medie imprese nei loro rapporti con le amministrazioni; in Gran Bretagna, dove il cosiddetto *one-stop shop* è sempre più diffuso.

Copyleft – Ius Publicum

delle procedure amministrative" (XXII considerando della direttiva)[105]. A tal fine, in ragione di una modernizzazione delle buone pratiche amministrative a livello comunitario e nazionale, la direttiva stabilisce principi di semplificazione amministrativa, in particolare mediante l'introduzione, coordinata a livello comunitario, di un sistema di sportelli unici, nonché mediante la previsione di specifiche disposizioni riguardanti il diritto all'informazione, le procedure per via elettronica e la definizione di un quadro per i regimi di autorizzazione[106].

In tal senso la direttiva impone agli Stati membri di provvedere affinché un prestatore di servizi possa espletare presso punti di contatto centralizzati tutte le formalità necessarie per poter svolgere le sue attività di servizi (art. 6), senza che l'istituzione degli sportelli unici possa pregiudicare la ripartizione di funzioni e competenze tra le autorità all'interno dei sistemi nazionali (preoccupazione già avanzata dal legislatore italiano con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 112/98).

La direttiva si prefigge altresì di implementare il sistema di assistenza alle imprese sotto il profilo delle informazioni che le stesse hanno il diritto di ricevere in ordine alle attività che sono in procinto di svolgere. Gli sportelli unici sono quindi tenuti a rendere informazioni circa i requisiti applicabili ai prestatori stabiliti sul territorio di uno Stato

[105] S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano, 2009; si veda anche R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario. Relazione per il 55° Convegno di Studi di Varenna*, nella quel si osserva che "nel passato l'ordinamento comunitario è stato più attento a valorizzare forme di semplificazione procedimentale, idonee a ridurre gli oneri posti a carico delle imprese e i tempi di durata delle procedure, mentre è stato "freddo", se non addirittura contrario, rispetto a strumenti di semplificazione delle conclusione del procedimento diretti ad esonerare l'amministrazione dall'obbligo di adottare un provvedimento espresso".

[106] T. DE LA QUADRA, F. DEL CASTILLO SALCEDO, *La direttiva sui servizi e la libertà d'impresa*, *FA-TAR*, 2010, 1904 ss..

Copyleft – Ius Publicum

membro, i dati necessari per entrare direttamente in contatto con le autorità competenti, i mezzi e le condizioni di accesso alle banche dati e ai registri pubblici, i mezzi di ricorso esistenti in caso di controversie (art. 7). Tutte queste informazioni (rispetto alle quali l'autorità amministrativa ha anche un obbligo di aggiornamento) devono essere fornite con la massima sollecitudine, in un linguaggio semplice e comprensibile, chiaro e non ambiguo, e devono essere facilmente accessibili anche a distanza e per via elettronica.

Sempre sotto il profilo dell'assistenza, è previsto che gli sportelli unici – o altri organismi quali i punti di contatto della rete dei centri europei dei consumatori – si preoccupino di fornire informazioni anche ai soggetti destinatari dei servizi, con particolare riguardo alle informazioni concernenti i requisiti di accesso alle attività di servizi connessi con la tutela dei consumatori, gli strumenti messi a disposizione dai singoli ordinamenti in caso di controversia con il soggetto prestatore, nonché i dati delle organizzazioni presso le quali è possibile ottenere assistenza pratica.

Il nostro d.lgs. n. 59 del 2009 ha dato attuazione alla "direttiva servizi" ed ha pressoché mantenuto invariato l'impianto delle normativa comunitaria, anche mediante l'espresso richiamo delle disposizioni interne che già regolavano il funzionamento degli sportelli unici[107].

Se si considerano tutti questi elementi diventa evidente che la novità contenuta nella direttiva, e nel connesso strumento interno di attuazione, deve essere individuata non tanto nella costituzione di strumenti semplificativi nuovi (essendo questi già ampiamente previsti dai singoli ordinamenti nazionali) ma piuttosto in funzione di un fattivo coordinamento che gli Stati membri devono assicurare tra le diverse strutture amministrative interne competenti.

[107] È giusto il caso di rilevare che l'art. 25, comma 4, del d.lgs. n. 59 del 2009 ha disposto che per i comuni che non hanno istituito lo sportello unico, ovvero nei casi in cui esso non risponde ai requisiti di cui all'articolo 38, comma 3, lettere a) e a-*bis*), del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, l'esercizio delle relative funzioni è delegato, anche in assenza di provvedimenti espressi, alle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

Copyleft – Ius Publicum

Detto obiettivo, che si dimostra complesso se non altro sotto il profilo dei livelli di competenze che possono interessare l'attività di erogazione di un servizio, deve essere perseguito mediante l'adattamento delle norme interne alle regole messe a punto dal legislatore comunitario, in conformità con i principi costituzionali che regolano il riparto di competenze.

In questo senso è stato da ultimo approvato il d.lgs. n. 160 del 2010 ("Regolamento per la semplificazione ed il riordino della disciplina sullo sportello unico per le attività produttive, ai sensi dell'articolo 38, comma 3, del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008 n. 133") che, uniformando la disciplina dello sportello unico, ha abrogato il d.lgs. n. 447 del 1998 ed avrà efficacia dal 29 marzo 2011 per la parte relativa all'organizzazione dello sportello unico per le attività produttive e all'avvio del procedimento automatizzato obbligatorio previsto nei casi di applicabilità della s.c.i.a., e dal 1 ottobre 2011 per la parte relativa al procedimento unico ordinario di autorizzazione per le attività produttive.

Tale regolamento individua nello sportello unico per le attività produttive (SUAP) l'unico soggetto pubblico di riferimento per tutti i procedimenti che abbiano ad oggetto l'esercizio di attività produttive e di prestazione di servizi, ad eccezione gli impianti e le infrastrutture energetiche, le attività connesse all'impiego di sorgenti di radiazioni ionizzanti e di materie radioattive, gli impianti nucleari e di smaltimento di rifiuti radioattivi, le attività di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi nonché le infrastrutture strategiche e gli insediamenti produttivi di preminente interesse nazionale[108].

[108] M.A. SANDULLI, G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein*, cit..

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE AND THE SIMPLIFICATION

ANNUAL REPORT - 2013 - ITALY

(February 2013)

Maria Alessandra SANDULLI

INDEX

1. THE NEED FOR SIMPLIFICATION
2. THE PROCEDURAL SIMPLIFICATION MECHANISMS
2.1 The deadlines of the procedure
2.2 Opinions and technical evaluations
2.3 The "conferenza di servizi"
2.4 The agreements
2.5 The self-certification
2.6 The consent by silence
2.7 The SCIA
3. OTHER MEASURES OF SIMPLIFICATION
3.1 Telematics
3.2 The points of single contact ("sportello unico")

Copyleft – Ius Publicum

1. THE NEED FOR SIMPLIFICATION

The need for simplification in relation to the action of public administrations has been recognised for a while now, because the exercise of public functions and services traditionally has been excessively time-consuming, at the expense of the very same citizens who should avail themselves of the action of public administrations[1].

As a response of this dysfunction of the system, in general due to the size that the administrative apparatus has reached, in relation to the interests that it has to protect[2], general principles have been developed for both the activity and the organization of the administration, principles which should foster the efficiency of the administrative action; in application of these principles, mechanisms have been introduced aimed at reducing the duration of the administrative procedure and at fostering the protection of private interests[3].

Having regard to these principles, it cannot be denied that the simplification has been the proper response to the fact that public administration were acting in a way contrary

[1] "As recently pointed out Yves Meny, Tocqueville stressed, in the seminal description of the French State, right before the revolution of 1789, the complexity of the administrative system and of the procedures used at the time", M. CLARICH, *Gli strumenti di semplificazione della burocrazia: deregolamentazione, decentramento, sportello unico, nuove forme di organizzazione amministrativa e nuovi modelli procedimentali*, *www.giustamm.it*. On the state of the art on simplification in Italy, the research of Formez PA, "*Le nuove politiche di semplificazione. Un'indagine nelle regioni*", *www.formez.it*. See, also, A. CELOTTO, M.A. SANDULLI, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: un " nodo di gordio"*, *www.giustamm.it*.

[2] See. *infra* par. 2.

[3] See. *infra* par. 2.

Copyleft – Ius Publicum

to the principle of good administration (ex art. 97 Cost.)[4]. As a matter of fact, an excessively complex activity ultimately give rise to interventions, which cannot have a positive evaluation in relation to the comparison between resources employed and results obtained (and often between objectives programmed and results obtained).

For this reason the reduction of the duration of the administrative procedure can be considered as an expression of the principle of good administration, in relation to which public administrations have to act in a timely manner. In this sense, it has bee argued the existence of a general principle of simplification , in particular, connected to the need of delegification, in other words the need to transfer the regulatory powers in relation to the procedures already regulated by the law so as to foster the administrative simplification (art. 20 of the law n. 59 of 1997)[5].

In connection with the principles of cost-effectiveness and effectiveness the need of simplification has entered the Law on the administrative procedure (n. 241 of 1990), in particular, its Title IV.

[4] On the notion of good administration and on its evolution, see, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 35 ss..; A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia, efficienza*, in M.A. SANDULLI (edited by), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010; A. SERIO, *Il principio di buona amministrazione procedurale: contributo allo studio del buon andamento nel contesto europeo*, Napoli, 2008.

[5] For an analysis of the topic. S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 703 ss.; F. MANGANARO, *Semplificazione dell'attività amministrativa e principio di legalità*, Reggio Calabria, 1999; V. CERULLI IRELLI, F. LUCANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, *Dir. amm.*, 2000, 633 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La "fabbrica delle leggi" e la qualità della normazione in Italia*, *Dir. amm.*, 2000, 97 ss.; G. CIAGLIA, *La semplificazione dell'attività dell'amministrazione. La semplificazione normativa*, *www.giustamm.it*.; M.A. SANDULLI (a cura di) *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005.

Copyleft – Ius Publicum

In this sense, specific mechanisms have been adopted, in application of the administrative simplification, and which, in some cases, were already provided by some sectorial regulations, to which the legislator has dedicated much interest because they have the effect of reducing the duration of the administrative procedure both when its ends up with a positive administrative act and when its ends up with a behaviour of the administration which has legal consequences.

Simplification is not just a program to reduce bureaucracy, but, in line with the Italian Constitution, it is a series of techniques and legal mechanisms, which also draw on the indications of the European union, aimed at fostering the integration of the market to overcome the obstacles raised by the complexity and time-consuming activity of the administrations of the member States[6].

Amongst the simplification mechanisms of the administrative activity, some are aimed at improving the typical model of administrative activity, the administrative act procedure[7].

[6] M.A. SANDULLI, G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein*, to be published.

[7] On the topic see the analisys of di R. GAROFOLI, *Semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa nel contesto del riformismo amministrativo italiano degli ultimi decenni*, *www.giustizia-amministrativa.it*; M.A. SANDULLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione: modelli europei a confronto*, Milano, 2000 e 2001; S. PAPARO, *Per una semplificazione di risultato*, *www.astrid-online.it*; S. TOSCHEI, *Obiettivo tempestività e certezza dell'azione*, *Guida dir*., n. 27/2009. For a general overview, G. ROEHRSSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Disciplina generale del procedimento amministrativo*. Atti del XXXII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna – Villa Monastero, 18-20 September 1986.

Copyleft – Ius Publicum

These can be divided into two categories, in relation to the kind of simplification involved . A simplification of the procedure, aimed at reducing the phases before the adoption of the act, and more in general, aimed at reducing the duration of the procedure (mechanisms which rationalise the duration of the procedure, "conferenza di servizi" and the agreements); a simplification which makes it easier for private operators to exercise the activities that are subject at least to the control powers of public administrations, also with the view of reducing the formalities they have to comply with (self-certifications and consent by silence), and also mechanisms of liberalization of private activities with the introduction of ex post control activities instead of ex ante ones (such as the s.c.i.a.).

In this section, some indications will be provided on the procedural simplification and on the new changes recently introduced by the Italian Legislator.

2. THE PROCEDURAL SIMPLIFICATION MECHANISMS

The importance of the mechanisms of procedural simplification has been recognised by the Italian Legislator which amended the Law n. 241 of 1990, to increase their application and effectiveness[8].

The more recent amendments in relation to the simplification of the activity of public administrations have been introduced by the Law n. 69 of 2009 and by the Law n. 122 of 2010.

This recent laws which aim to foster the effectiveness of the administrative procedure have followed two different paths: they have rationalised the duration of the

[8] For a general analysis on the rule on the administrative activity, in the light of the law n. 241 of 1990 as amended and modified, see, M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit.

Copyleft – Ius Publicum

procedure (and the consequences which the administration might suffer if the time limits are not respected), and more precisely the have introduced modifications of the mechanism provided for in Title IV of the Law n. 241 of 1990, in other words, Law n. 69/2009 amended the regulations on the "conferenza di servizi", on the consent by silence and on the d.i.a. by changing it into (s.c.i.a.).

In particular, in relation to the new deadlines of the procedure, it is worth mentioning, that the Legislator aimed at accelerating the procedure by indicating a 30 days deadline within which public administrations must conclude the procedure if a different deadline is not provided by the Law or by the same administrations[9].

For the procedures of the local and regional administrations, in accordance with the new article 29 of the Law n. 241 of 1990, which has included amongst the essential level of provisions, which are an exclusive competence of the State, ex art. 117 of the Constitution, also the rules on the conclusion of the procedure within a specific time limit, they can be modified by local authorities regulations, in order to guarantee to the citizens an effective protection, and consequently avoiding possible differences between procedures of local administrations and procedure of national administrations[10].

[9] G. MARI, *La responsabilità della p.a. per danno da ritardo*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 263 ss.

[10] A. CELOTTO, *Il riscritto art. 29, l. n. 241/1990*, in R. GAROFOLI, *La nuova disciplina*, cit.; E. LAMARQUE, *L'ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1234 ss..

Copyleft – Ius Publicum

2.1 The deadlines of the procedure

It has already been said that a crucial element of the simplification are the deadlines of the procedure, an aspect to which much attention has been paid by the Legislator, aimed at reducing the duration of the procedure[11].

Before the adoption of the general Law on the administrative procedure, no rule existed in the Italian legal system which imposed on public administrations to conclude the procedure within a time limit and by the adoption of a formal act[12].

In the light of this fact, the Courts allowed private parties to review the silence of public administrations just after an injunction was issued by the same private party to the administration in question, applying art. 25 of the T.U. n. 3 of 1957[13].

[11] F. GOGGIAMANI, *La doverosità amministrativa*, Torino, 2005; F. FIGORILLI, S. FANTINI, *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento amministrativo*, *Urb. e app.*, 2009, 916 ss.; A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 228 ss..

[12] In some cases, public administrations were under the obligation of concluding the procedure within a deadline, as for example in relation to the Regional authorization necessary to open selling points, provided for by Law n. 426 of 1971, in accordance to which the decision of the administration should be made within 60 days from the request.

[13] The statute of limitation was debated: in accordance with some scholars, this was the 60 days deadline provided for in relation to the review of the unlawful administrative act, as the interested party had a legitimate expectation; in accordance with others, this was the10 years deadline as the interested party had a full right; in accordance with other scholars the deadline will renew *de die in diem*, until the administrative misapplication remains. In this sense, A.M. SANDULLI, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in AA.VV., *Il silenzio della Pubblica Amministrazione. Aspetti sostanziali e processuali* (Atti del XXVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 23-25 settembre 1982).

Copyleft – Ius Publicum

Law n. 241 of 1990 filled this gap, with article 2, which, for the first time, imposed to the public administrations an obligation to conclude the procedure within a time limit. In its first version, article 2 provided that public administrations should conclude the procedure within the time limit of 30 days (if not differently provided for by the Law, by a Regulation or by the administration itself) and by the adoption of a formal act.

Law n. 80 of 2005 amended this provision. Public administrations should conclude the procedure within the time limit of 90 days (if not differently provided for by a regulation ex Law n. n. 400 of 1988, for the national administrations and by their regulations in relation to national public bodies). Article 2 of the Law n. 241/90 was amended also by art. 7 of Law n. 69 of 2009, that with the aim of even more simplifying and improving the activity of the administrations, it reintroduced the time limit of 30 days, as provided by the previous version of article 2, before the 2005 amendments; and gave a new collocation to this regulation on the deadline of the procedure, which is now in front of the regulation on the determination of the deadline by the administrations[14].

The amendments introduced by Law n. 69 of 2009 demonstrate that the Legislator wants to speed up the administrative procedure. Nonetheless, public administrations can determine longer then 30 days deadlines, in relation to their administrative procedures. However, in order to avoid that public administrations indicate deadlines which are excessively long, as it occurred in the past, the legislator rewrote article 2 by indicating maximum deadlines. Hence, n. 3 of article 2 now provides that the deadlines of the procedures of national administrations must not exceed 90 days. These deadlines have to be determined by a Decree of the President of the Council of Ministers (and not by Regulation), following the Proposal of the competent Minister together with the Minister for public administration, innovation and simplification. The national public bodies can determine the deadlines in accordance with their regulations.

[14] D. RUSSO, *La nuova disciplina dei termini e della responsabilità per danno da ritardo*, in R. GAROFOLI, *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo*, Roma, 2009

Copyleft – Ius Publicum

Just in case longer deadlines are necessary, taking into account the administrative organization, the interests involved and the complexity of the procedure, the 90 days deadline can be exceeded. However, the deadlines cannot exceed the limit of 180 days. Moreover, the decrees which determine the deadlines that exceed 90 days have to be adopted by a particular procedure, following the proposal of the Minister for public administration, innovation and simplification, and after a previous deliberation of the Council of Ministers[15]. The 180 days limit can be exceed only in the case of the procedure with which the Italian citizenship is granted and of the immigration procedure (art. 2, n. Law n. 241/1990).

Hence, with regard to the past, 2009-Legislator implemented the mechanism, provided in order to avoid a possible inactivity by PA (implementation of the rule on default terms), with specific time-provisions, which limit PA's discretion in stating the length of proceedings. While such terms may not exceed one hundred eighty days (with the exception of those hypothesis regarding citizenship and immigration), the PAs shall be obliged to re-state the length of proceedings, making them less cumbersome and lighter. Consequently, no one may face anymore the paradoxical situation of the past, in which PAs, establishing very long terms (in some cases, also thousands of days), caused new regulations to be even pejorative than the previous situation, based on the tacit-rejection mechanism pursuant to article 25 of Presidential Decree no. 3 of 1957[16].

Article 7, paragraph 4, of Law no. 69 of 2009 provide an express derogation for proceedings regarding environment and for "verification or authorization proceedings concerning historical, architectural, cultural, archeological, artistic and landscape goods", whose timings are regulated, respectively, by existing laws and regulations on environment

[15] C. CALVIERI, *Commento all'art. 29*, in BARTOLINI-FANTINI-FERRARI (edited by), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 757 ss..

[16] S. CIMINI, *Semplificazione amministrativa e termine procedimentale*, *Not. Giur. Reg.*, 1998, 163 ff.

Copyleft – Ius Publicum

and by the Code of Cultural Heritage and Landscape (Leg. Decree no. 42 of 2004). One derogation is also provided for proceedings to be implemented by warranty and supervisory Authorities, whose times shall be defined in accordance with their regulations, except as provided by specific regulations (article 2, paragraph 5, Law no. 241 of 1990).

With reference to suspension and interruption of terms, it is to be highlighted that 2009-regulation has opportunely erased the controversial reference to technical evaluations, which had been introduced by 2005-reform. Further hypothesis of suspension, however not exceeding thirty days, are still existing, regarding acquisition of information or certifications related to facts, status or qualities which are not attested in documents already owned by the PA or not directly acquirable by others Pas, and the use of the *conferenza di servizi*. Another still-existing hypothesis is provided by article 10-*bis* of Law no. 241 of 1990, which interrupts, and not only suspends, the term of the proceeding.

Exactly in light of the mentioned modifications, the final term of the proceeding has to be considered as a primary factor in order to evaluate not only the effectiveness, but also the lawfulness of the administrative activity, in practice, and the capacity, by the latter, to satisfy citizens' interests and needs.

Long terms – with particular regard to the juridical condition of the subjects who apply the PA in order to obtain extensive measures such as authorizations or concessions – often erase any usefulness for a person, and may result suitable for avoiding PA's obligation to conclude the proceeding[17].

In this light, the obligatory of administrative activity has to be intended not only as obligation, for the PA, to take an express measure, but also as obligation to take such

[17] M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Turin, 1995; G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (cured by), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Naples, 2006, 259 ss.; S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, *www.giustamm.it*.

Copyleft – Ius Publicum

measure within a sure term. [18]. Such obligatory represents a peculiar explication of the principle of legality, because it concerns not only the "negative" legality, to be deem as fundamental instrument, for the citizen, in order to avoid any arbitrary use of power, but also the "positive" legality, to be deem as positive assessment of the obligation to use such power, and to use it in due time for the citizen-sharer of public function.[19] The reflections connected with legislative regulations which have been rotating since 1990 up to the present days are, indeed, that PA's first scope is the safeguard of public interest, that belongs to all citizens, who need to be confident of the certainness, of the quality and of the timeliness of administrative action, should the latter be an answer to the requests of the citizens, or otherwise an authoritative intervention.

The provision under article 2, paragraph 1, of Law no. 241 of 1990, hence, declares unlawful the non-use of administrative power within the given terms, or rather the silence-non-fulfillment of the PA. The expiring of terms without the PA having adopted any express measure does not determine – except for particular cases where silence has a specific meaning – the exhaustion of power from PA, but allows the person to start a

[18] According to the most recent scholars, the "minimal content" of administrative duties is subdivided in three levels: duty of starting the tutelage of certain public interests by public subjects in force with the relevant power; duty of using the power and hence of taking decision(s) with regard to controversial situations and interests; duty of satisfying subjective juridical situations of citizens; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica Amministrazione*, Milan, 2005.

[19] Legality, hence, in addiction of being one external guarantee or one external tie to the exercise of the power, can be connected to the dutifulness of administrative activity in time, with regard to which, precisely, the citizen place himself as PA's interlocutor in light of one relation based on reciprocal duties and obligations. In such regard, see: F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venice, 1994; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1912; A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Naples, 2007.

Copyleft – Ius Publicum

judiciary action in order to obtain the implementation of the requested measure.[20] Such solution[21], which has been created by administrative courts, on the basis of scholars' thesis, more than a century ago (see the well-known decision of the *Consiglio di Stato*, Section IV, of 22 August 1902), has solved the problem to find a mechanism in order to guarantee the citizen against the hypothesis of PA's inactivity (and hence a non-compliance with its obligation to take measures).[22]

[20] As noted by A. TRAVI, *Commento all'art. 2*, in A. TRAVI (cured by) *Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, the duty to finalize the proceeding with an express measure would be entirely useless, should the administration be entitled to adopt the final measure at will. The dutifulness to exercise the power, in other words, is such exactly in consequence (and just in consequence) of the existing of a final term within which, in connection with the duty to provide, a subjective juridical situation of pretending is (at least) strengthened, the latter assisted by suitable jurisdictional guarantee.

[21] Which is not affordable to identify in the context of a system characterized by the appeal against the measure as primary protection: should the measure have been missing, in consequence of PA's silence, the system of administrative protection would face its crisis, showing all its weakness, in light of the fact that no measure could be appealed.

[22] Thought not subject of this work, it seems useful to show (very synthetically) that the violation may determine a series of consequences, not only administrative, but also civil, criminal and accounting ones. First, as mentioned, the disrespect of proceeding's timetable may be appealed in front of administrative courts in order to evaluate PA's non-fulfillment (such action is now regulated by article 31 of the Code of administrative jurisdictional proceedings ("**c.p.a.**"), Leg. Decree no. 104 of 2010); in the latter case, should it be not the case of exercising discretional powers by PA, administrative courts can also state the claim to be well-founded, and hence condemn PA to implement the due measure. In second place, the citizen, provided the existence of additional requirements, may act claiming compensation for damages suffered regarding its subjective position (article 2043 of Italian civil code and article 30 c.p.a.). Italian scholars and courts, however, still discuss on the fact that the only disrespect of proceeding timetable may cause a damage against the citizen, without any evaluation concerning the fact that the favorable measure was probably due. Should the thesis of the

Copyleft – Ius Publicum

2.2 Opinions and technical evaluations

The duty to fulfill with procedural time-schedules is strictly connected with the rules on the consultative phase – provided by articles 16 and 17 of the Law regulating administrative proceedings –, that is the inquiry activity which involves departments and bodies, normally collective, that are different from those which fulfill activities of active administration and that are equipped with special technical preparation and competence.[23]

The consultative administrative activity consists in evaluations, expressed by means of opinions, and is intended to provide advice to the authorities which have to provide. In particular, such opinions consist in evaluations of technical opportunities, which are ancillary regarding the taking-measures activity. Consultative bodies do not carry their own interests, different from those of the proceeding authority, in the proceeding, while they only have to provide the deciding authority with the information in order to cure the due interests. In this light, consultative function may be defined as "neutral", "non-

existence of the "damage from simple late-fulfilling" prevail, a high-relevance principle of law would be affirmed on the route of simplification, that is the citizen has a real juridical pretension regarding the respect of procedural timetables, regardless of the due-character of the favorable measure. Culpable inactivity of PA, furthermore, may determine the personal liability of the subject responsible of the proceeding (article 7, Law no. 241 of 1990), both accounting (in case of malice or gross negligence) and also criminal (article 378 of Italian Criminal Code, indexed as "omission of deeds held by an office" ("*omissione di atti di ufficio*"). On such matter, M.A. SANDULLI (cured by), *L'amministrativista. Nuovo processo amministrativo*, Milan, 2010; R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Milan, 2010; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milan, 2010; P. QUINTO, *Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l'incertezza del legislatore*, *www.giustamm.it*; G. MARI, *La responsabilità della p.a. per danno da ritardo*, cit..

[23] On the matter, V. PARISIO, *L'attività consultiva*, in M.A. SANDULLI (cured by), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 695 ss.; N. AICARDI, *Le valutazioni tecniche*, *ibidem*, 715 ss..

Copyleft – Ius Publicum

interested", because it does not show any prerogatives or interests of the body that fulfill such function, but otherwise it is addressed in order satisfy the best reconciliation of the functional interest of the administration applying for the opinion.

The regulations on consultative activity comply, in first instance, with a logic of participation, while they provide certain subjects to be heard in order to adopt a determined measure. The relevance of the need of simplification appears in the circumstance upon which the intent to make the activity of an administration quicker would be frustrated if, in case, during the inquiry phase, further interests should be involved in addition to those evaluated by the proceeding authority, the evaluation of such further interests had the effect to slow down or block PA's activity.

To this purpose, article 16, paragraph 1, of Law no. 241 of 1990 establishes that consultative bodies of PAs, listed in article 1, paragraph 2, of Leg. Decree no. 29 of 1993[24], have to release their mandatory opinions within twenty days from receipt of the relevant request.[25]

[24] According to article 1, paragraph 2, of Leg. Decree no. 29 of 1993, Public administrations are all administrations of the State, therein included bodies and schools of any order and grade and educational institutions, State enterprises and administrations with self-managing organization, regions, provinces, municipalities, mountain communities, and their consortia and associations, universities, autonomous institutions social housing, chambers of commerce, industry, crafts and agriculture and relevant associations, all non-economical national, regional and local public bodies, administrations, enterprises and bodies of national health Service.

[25] It is not entirely clear if "consultative bodies" are only those bodies which exclusively implement consultative function. Missing further provisions, article 16 should not be interpreted restrictively, while law-maker's exclusive mean is the objective fulfillment of preparatory activities, "neutral", notwithstanding the fact that such function is implemented exclusively or in a subsidiary way.

Copyleft – Ius Publicum

With regard to optional opinions, instead, applied PAs shall communicate the final term of release of consultative deeds. Such term, however, shall not be higher than twenty days from receipt of the relevant request.[26]

Article 16, paragraph 4, provides an interruption of the twenty-days term, should the applied body have represented well-motivated inquiry exigencies. The interruption (whose effect is a new entire flowing of the original term) may happen only once and, however, the opinion shall be definitely released within fifteen days from receipt of requested additional inquiry elements.

Useless expiration of term or no-request of additional inquiries shall allow active PA to proceed also in absence of the opinion, with only regard to mandatory opinions, except for opinions provided by PAs in force for environmental, landscape, territory, public health protection, as it will be better explained.

The faculty to continue with the proceeding is the clear transposition into inside-proceeding activities of the principle concerning the acceleration of administrative activity, fully provided by Law no. 241 of 1990. Undoubtedly, in light of the perspective to accelerate the ongoing of administrative action, such choice is embraceable, even if the

[26] Opinions have to be distinguished in optional and mandatory, depending on whether their request, and not their release, is, for deciding authority, optional or mandatory. Optional character of one opinion determines proceeding administration not being obliged by law to request it, being understood that, should such administration decide to request the opinion, the latter has to be considered and the administration has to explain the reasons under which the opinion was possibly not confirmed. As evidenced by combined provisions under articles 1 and 16 of Law no. 241 of 1990, the request of optional opinions is more and more deterred by the law, in light of the fact that such opinions determine a procedural burden and are often considered as means used in order to elude or share the responsibility. Mandatory opinions, however, shall be mandatory requested to the consultative body, under penalty of unlawfulness, for violation of law, of final measure. Even in the latter case, non-conformation to opinions has to be adequately explained by the proceeding administration.

Copyleft – Ius Publicum

following costs, arising from its implementation, cannot be ignored: indeed the proceeding inquiry (*istruttoria procedimentale*), which guarantees the quality of the measure resulting from the proceeding because it is the place where relevant facts and interests of such proceeding come out, may result incomplete. Law-maker preferred to leave the administration with the burden to decide between continuing the proceeding or waiting for the delayed opinion; such choice has determined a more flexible system, where the subject in force of the proceeding shall be the interpreter, assuming such decisions which better fit with specific factual circumstances. Law-maker, hence, seems not to have ignored risks connected with "mutilation" of proceeding in absence of the opinion, while he could have establish the obligation – in stead of the faculty – to proceed in absence of the delayed opinion. The choice between continuing the proceeding and waiting for the delayed opinion concerns, *inter alia*, the scope of discretional choices, and in consequence it shall be censured by administrative courts only in case of clear unreasonableness.

On the contrary, should optional opinions not be released within the 20-days maximum final-term, PA shall be obliged to proceed, with the same exception represented by opinions released by administrations which protect "strong interests" (environment, landscape, territory, health), with regard to which the need of a real and effective control by involved PAs derogates to the need of simplifying. To this purpose, it has to be specified that what matters, in order to establish the operational scope of the exception, is not the exclusive competence of the body releasing the opinions, but instead the objective (and not subjective) connection of the latter with the protection of the abovementioned values.

Opinions which concern the said matters shall be regulated by sector regulations, if existing, where it may be provided a final term longer than twenty days.[27] Should an

[27] It is what happens, for example, with regard to the opinion of Superintendency within the proceeding for releasing environmental authorization pursuant to article 146 of the Code of Cultural Heritage and Landscape, Leg. Decree no. 42 of 2004 and following amendments. Such opinion has to be communicated within the mandatory 60-days final term, and, should it be not released, requesting authority may proceed in his absence (provided the already-occurred adjustment of municipal

Copyleft – Ius Publicum

applicable sector regulation, to be applied as *lex specialis*, not exists, given the non-possible set-aside of the non-implementation of the opinion or, in hypothesis of article 17, the non-possible subrogatory intervention of other bodies or entities, with regard to the matters under consideration, it shall be mandatory waiting for the release of the (delayed) consultative deed, to be considered non-fungible, both objectively (with reference to its contents) and subjectively (with reference to the releasing authority). However, in hypothesis of silence by the consultative authority, the risk of a *sine die* stoppage of the proceeding is very serious. In order to remediate to such inconvenient, the responsible of proceeding, exercising its competences, may set a suitable final term, within which the consultative body has to release the opinion, which is essential for the proper fulfillment of the proceeding.

The opinion given in art.16 regards the object of the proceedings, while the technical evaluation mentioned in article 17 concerns the individual facts which must be known and appreciated in the preliminary hearings. The technical evaluation, therefore, is emerging as an integral part of the preliminary hearings in the strict sense and relates to the acquisition phase of the facts relevant to the decision and, therefore, must necessarily be obtained prior to the closure of the hearings (in fact in the context of art. 17, para. 1, it is used the expression "in advance"). The opinions, however, are involved one the hearings are finished, when all the really relevant data has been gathered, because only in this moment becomes possible to delineate the outcome of the proceedings[28].

planning instruments to the new landscape plans formed in accordance with Ministry of National Heritage and Culture).

[28] A. TRAVI, *Parere* (nel diritto amministrativo), *Dig. Disc. Pubbl.*, X, 616. Useful criteria for the distinction between advices and technical evaluations come from administrative case law, which states that the classification of an 'endoprocedimentale' appreciation as advice and not as technical evaluation is based on some symptomatic indices such as: the discretionary contributions or not peremptory "advice" on the future content of the final decision can not be reconciled with the

Copyleft – Ius Publicum

For art. 17 too, its actual application is to be implemented by comparing the arrangement with other relevant norms. If these rules already provide for mechanisms to overcome the inertia of a body or bodies questioned on the technical evaluation, these mechanisms are to consider prevailing on the one set in general by this article. Moreover, it must be assumed that the prevalence of special rule operates even where such mechanisms do not maintain the impartiality of the body to which the technical evaluation is entrusted upon supplementary or where they relate to sub-processes of technical evaluation which are competence of bodies accountable for sensitive interest, exempt by the general procedure. The reason is that the primary goal secured by art. 17 in the viewpoint of the citizen is the acceleration of the proceedings and not a guarantee of the reservation of the technical evaluation entrusted upon a separate organ from the proceeding PA or, in the case of sensitive interests, only upon those bodies accountable for such interests[29].

2.3 The "conferenza di servizi"

The 'conferenza di servizi' is a participatory simplifying model that, introduced in the late eighties with some sectorial regulations, was then generalized by l. 241/1990, being

technical character of an advice; the significant presence of technically non-qualified components exclude that the advisory activities may have technical nature; the "ratio" of the advisory intervention may sometimes be to ensure consistency to decisions entrusted to different authorities; if the advice revisits all stages of the procedure expressing in relation to them a general evaluation, the evaluation must be considered a "pure" advice (cfr. Cons. St., Comm. spec., parere 5 novembre 2001 n. 480/00, FI, 2001, III, 236 ss.)

[29] According to a prevailing interpetation, the principles expressed in art. 16 and 17, being functional towards the conclusion of the administrative procedure before the deadline, are to be regarded as principles relating to the basic level of performances (art. 117, para 2, letter m of the Constitution) pursuant to art. 29, para 2-bis of l. 241\1990.

Copyleft – Ius Publicum

subsequently revised several times on the functional and structural level (in particular with the l. 24/2000, 15/2005, and - most recently – with the l. 122/2010).[30].

The institute certainly simplifies and accelerates the process because contextualizes and makes contemporary requirements that otherwise would be legally next to each other and would lengthen the time of conclusion of the proceedings. In this way it is possible a direct comparison between the bodies and entities legally competent to define, with different functions and through separate and independent acts and measures, a specific case.

The 'conferenza' is thus the place where you make a coordination of public interests belonging to different administrations, allowing you to gather at one table the evaluation of the same and allowing - under certain conditions - the elimination of dissent expressed by the different administrations involved. Thus, on the one hand, the process of adoption of the measure is not likely to freeze as a result of even physiological conflicts between governments and, on the other hand, it avoids the delays connected to multiple separate proceedings[31].

[30] According to part of the doctrine, still today the legislative framework, after the very recent innovations of 2009 and 2010, is imperfect and unsatisfactory as the law does not have the significance of a true general law, limiting itself merely to regulate the institution of the 'conferenza dei servizi' without addressing the impact that it has on the model of administrative action, on the procedure, on the exercise of the function, and on discretionality.

[31] G. SCIULLO, *Gli istituti generali di semplificazione: la conferenza di servizi*, in G. VESPERINI, *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Milano, 2006; S. AMOROSINO, *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative alla disciplina generale del procedimento*, *FA-TAR*, 2005, 2635 ss.; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002.

Copyleft – Ius Publicum

The law 241/1990 governs two types of ‘conferenza di servizi’: the ‘instructing’ one, to which refer paragraphs 1 and 3 of Article 14 of the l. 241/90, oriented to the contextual completion of the preliminary formalities and, in particular, to the comparison of the public interests; and that decisional one, provided for in paragraphs 2 and 4 of the same article 14, which allows you to reach the "procedural decision", that is the definition of the content of the measures to be enacted with tendentially binding effects for the bodies invited to the meeting.

In addition to these two figures, however, it must be added the case outlined and governed by art. 14-bis, that is the preliminary ‘conferenza di servizi’, that the doctrine classifies as "predecisoria": a peculiar case because it aims to verify, prior to the opening of the proceedings or the authorizatory processes, or in case previously with respect to the procedural moment elected for this purpose, whether there are the conditions for the successful conclusion of the proceedings themselves, up to identify corrective measures for the adoption of a "positive" decision.

The ‘instructing’ ‘conferenza di servizi’ is in turn divided into two types: the ‘uniprocedimentale’ or ‘monoprocedimentale’ or internal, and the ‘conferenza di servizi’ ‘pluriprocedimentale’ or ‘interprocedimentale’ or external.

The first case is characterized by the fact that the ‘conferenza di servizi’ is organized by PA responsible for the procedure, in which the meeting itself is intended to operate, and has, at least from a formal point of view, no interference nor influence on other separate proceedings for the adoption of measures relating to the same issue, dealt by the same 'proceeding authority’ issuing the invitation to the ‘conferenza di servizi’ itself.

The second case, on the contrary, requires the slope of more connected administrative proceedings and, despite being issued by the PA responsible for the overriding public interest, fits into all those related proceedings.

Both serve an ‘instructing’ function being unequivocally dedicated to '"simultaneous examination" of the public interests involved either in the individual proceedings (Art 14, para 1) or in the related proceedings (Art 14, para 3), and have their

Copyleft – Ius Publicum

ratio in the 'convenience" of the contextual examination of the various interests at stake, allowing participants to be heard without taking part in the evaluation phase leading to the decision[32].

Being a model whose inclusion in administrative procedures is only potential and available to the discretion of the competent authority, it must be considered that the instructing 'conferenza di servizi' moves in light of the result (or of the merits of the final decision) rather than of the formal legality, and reveals itself as a competence, recognized by law to the PA, to modify - limitedly and partially - of the procedural model envisioned by law in the presence of objective reasons for introducing in the preliminary stage an opportunity for the joint examination of the public interests.

The scope of the contextual examination is, however, different depending if you consider the 'conferenza di servizi' "uniprocedimentale" or "pluriprocedimentale." In the first case, in fact, there is only one body holding an 'active administration' position and there must be only a single decision by this body, while other public authorities, responsible for the other public interests involved, will participate in the proceedings not with decision-making powers, but necessarily with advisory or technical or informative. On this basis, the contextual examination is "relegated", at least formally, as already mentioned, to a mere 'instructing' function and, more broadly, procedural. In the second case, the issue appear

[32] The reference to the opportunity is contained in the first paragraph of art. 14 (and must be considered implicit in the third paragraph), so that the use of the meeting is the result of a discretionary choice of the PA and is not an oblitatory act, although it appears a *favor* by the parliament for the use of the 'conferenza di servizi' (Cons. St., sez. V, 8 maggio 2007, n. 2107). In force the 2009 regulation, this conclusion was not shared by those who believed that the phrase "as a rule" indicated that the failure to use the conference was the exception and therefore only the decision not to hold the conference itself should be motivated; this on the assumption that the summoning was basically a duty. Any doubt can be considered superseded by the 2010 act (ln 122) which has replaced the term "normally summons" with "may summon." The same conclusion must also advancing to the 'conferenza dei servizi' 'pluriprocedimentale'.

Copyleft – Ius Publicum

more complex. The conference interferes with multiple processes involved and related to the same activity or functional to the same outcome. In other words, it inserts itself into the procedural activity of several authorities who must make decisions legally dependent between themselves (that is, the related proceedings in the strict sense) or that have to take decisions anyhow referred, although under legally distinct headings, to the same case and, as such, regarding the same result, that is, the comprehensive regulation of the case. In this situation, the contextual examination is also related to primary interests, as by law intended to be protected by one of the decisions to be enacted. Therefore it seems inescapable the fact that the contextual examination involves a synthetic assessment (or, anyway, on the whole) inevitably different from that to which the individual bodies would be called –in the case of non-recourse to the 'conferenza di servizi' interprocedimentale. The contextual examination, in fact, formally without interfering with the tax regulations of the individual competencies of active administration, necessarily implies that all public bodies holders of related proceedings are conditioned, in their subsequent individual decisions, by the findings of the contextual evaluation of the various public interests involved, also in light of the discipline of dissent[33].

Article 14, paras. 2 and 4 of the Administrative Procedure Act (together with the subsequent arts. 14b and 14c) governs the two types of decisional 'conferenza di servizi', whose indiction is, however, a duty. These two cases - functional to the simplification and acceleration of administrative proceedings insofar as they bring the concentration into a single framework of procedures and decision-making powers of a plurality of administrations, whose consent is necessary for the adoption of a particular decision - differ

[33] M.A. QUAGLIA, *La conferenza di servizi come strumento di semplificazione e di coordinamento degli interessi nel procedimento amministrativo*, *Quad. Reg.*,2006, 39 ss.; R. GRECO, *La riforma della legge 241/1990 con particolare riguardo alla legge 69/2009: in particolare, le novità sui termini di conclusione del procedimento e la nuova disciplina della conferenza di servizi*, *www.giustizia-amministrativa.it.*

Copyleft – Ius Publicum

only to the extent that the first is related to the institutional activity of PA bodies and the second to the activity of those privates subject to administrative authorization.

The provision assumes, however, that the proceeding administrative body should acquire "agreements, concerts, go-ahead or consents under any name by other bodies." It is necessary to clarify this assumption, that the law makes it very broad for the latter category (acts of assent under "any name") tendentially comprehensive, but that the same law identifies starting from sufficiently defined cases. However, the decisional ‘conferenza di servizi’ can not always be instantiated when there is a need to acquire acts of consent in any case required: para 2 of art 14, l. 241/1990, in fact, establishes that the administration, announcing the conference, must request in advance the act of consent to competent PA bodies and may hold the meeting only if the latter did not respond within thirty days upon reception of the request.

The last section of the same paragraph states explicitly that the ‘conferenza di servizi’ may also be instated when the same time-frame it occurred the dissent of one or more of the administrations surveyed. In other words, the individual PA bodies, as holders of the competencies intended to be "affected" by the conference services, should be free to decide whether to pursue them independently or in ‘conferenza di servizi’, but as the exercise of those competencies is a duty, well may be called upon to exercise pursuant to art. 14, para 2, l. 241/1990 - once they have not activated themselves promptly. In this way, in fact, there is no interference with the autonomy of the exercise of the function, but the solicitation of its exercise in accordance with the general principles of administrative action and, in particular, with the prescribed times of the decision, which are relevant for both the general interest, as well as for that of any private recipient of administrative measures.

The competence for the summon of the ‘conferenza di servizi’ – obligatory when the requirements of the law apply (Art. 14, paras 2 and 4, l. 241/1990) - is entrusted upon the body holder of the prevalent public interest or "after informal understanding" from one of the bodies which are responsible for the overriding public interest (ie office call). The overriding public interest can be identified in the primary public interest pursued by the primary proceeding body. This, in the abstract, is not a problem in the case of ‘conferenza

Copyleft – Ius Publicum

di servizi' 'uniprocedimentale', while it might originate them in the case of 'interprocedimentale' one.

The entitlement to request the 'conferenza di servizi' is also recognized to "any other authority involved ', which includes each of the PA bodies which must rule on the acts of assent. The summoning question is not binding on the body responsible for the overriding interest to convene the meeting (summoning at the request of one of the parties), but it forces the competent body to respond and justify its decision[34]. Deal with the summoning also paragraphs 4 and 5 of art. 14 l. 241/1990: in para 4 (prefiguring a case of autonomous kind of decisional 'conferenza di servizi') it is recognized the legitimacy of the request on the private individual, when its activity "is subject to acts of consent, under any name, pertaining to different administrative bodies", and it is settled the compulsory granting of the application and, therefore, of the summoning, and it is identified the body called to provide within the responsible administration for the adoption of the final decision; in para 5, with reference to the public concession, the competence for the notice is given to the grantor, which is the PA. The dealer may summon only if he has acquired the latter's consent.

In terms of participation, each authority involved has a single representative empowered by the competent body that expresses the will of the administration in a binding way. It must be considered, however, gained the consent that has not been expressed in the meeting, thus eliminating the possibility of expressing late dissent (consent by silence).

[34] Given that the provision was inspired by celerity speeds (see Cons. St., sect. VI, August 7, 2003, n. 4568), the terms for the summoning of the first meeting and its possible deferral are extremely short. The notice must reach the authorities concerned at least five days before the meeting itself; within the next five days administrations unable to participate can ask for a referral. Turning back to the time schedule of the 'conferenza di servizi', the l. 69/2009 introduced the ability to summon even the dealers and managers of public services potentially affected. M. SANTINI, *La conferenza di servizi*, Roma, 2008.

Copyleft – Ius Publicum

Also concerning this possibility, however, remain equipped with a more energetic protection certain types of "sensitive" interests of constitutional significance, such as environmental, territorial and historical-artistic and those pertaining to the protection of health and public safety. In case it is one of those agencies responsible for the protection of those interests to express dissent, the law states that the procedure will not block completely, thus demonstrating that the need for efficiency and simplification of administrative action does not retreat completely despite the importance of the interests considered. Para 3 of art. 14-*quater* provides in fact that the decision might not be taken at the 'conferenza di servizi', but may be reassigned within ten days for second-order assessments of the Council of Ministers, which shall act within sixty days, subject to agreement with the region or regions or involved local councils. If the agreement is not reached within thirty days, the decision can nonetheless be taken.

At the end of the joint conference it is the proceeding administration that shall adopt the resolution that concludes the proceedings. Such resolution, currently taken on the basis of prevailing opinions, has been subject to a progressive regulatory review[35]. The legal framework, which provided initially for the requirement of a unanimous decision, has passed, under the law of November 24, 2000 n. 340, to a criterion of majority, until finally arriving to the current wording only under the law of February 11, 2005 n. 15 (pursuant to which "the administration proceeding shall adopt a reasoned resolution for the conclusion

[35] The problem is to clarify what is meant by "prevailing positions". It is certainly not a purely numerical criterion, since it is precisely this principle that the legislature sought to abandon eliminating the majority rule. The doctrine has made it clear that "*to determine which is the prevailing position, the proceeding Administration that is responsible for this resolution shall have regard to the individual positions that the authorities involved in the conference assume with reference to the power that each of they would have to determine the outcome, whether positive or negative, of the procedure, based on the individual sector laws*" (F. BASSANINI – L. CARBONE, *La conferenza dei servizi, il modello e i principi*, in V. CERULLI IRELLI, *La nuova disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006).

Copyleft – Ius Publicum

of the procedure, having considered the specific results of the conference and taking into account the prevailing positions expressed on that occasion"). In fact, the majority criterion, putting on the same level all the involved public administrations, was likely to be in some way affected by their choice, due to the difficulty of identifying with certainty which were the public administrations to convene. In so doing, in fact, had foreshadowed the possibility for the proceeding administration to predetermine the outcome of the conference choosing who should be the voters, and some commentators rightly noted that the rigidly majority rule based solely on the quantitative prevalence, did not seemed to coincide with a qualitative care of the public interest involved.

The current method of evaluating the results of the services conference (s.c. *Conferenza dei Servizi*) provides, therefore, the need to take account of the prevailing views expressed on the subject matter of the conference. The problem, obviously, is to clarify what is meant by the prevailing positions: it is certainly not a purely numerical criterion, since it is precisely this principle that the legislature sought to abandon eliminating the majority rule, but weigh the prevalence of positions is not a simple operation. The doctrine has made it clear that to determine which is the prevailing position, the proceeding administration that is responsible for this resolution must have regard to the individual positions that the different authorities assume within the conference, with reference to the power that each authority would has to determine the outcome of the proceedings in accordance with the laws of each sector[36]. Of course that is a decision criterion that increases the discretion of the proceeding administration, which may, in fact, decide the positions that shall prevail. So, if on the one hand, such policy priviledges resolutions which are closer to the prevailing public interest, on the other, also leaves a wide discretion to the proceeding administration that shall provide its resolution accompanied by a strong motivational memento. That said, it should be noted, however, that the time of adoption of

[36] V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, on www.astrid.online.it

Copyleft – Ius Publicum

the resolution pursuant to Art. 14 ter, paragraph 6-bis does not constitute the final measure, which is regulated by paragraph 9. This provides that the final order must be in accordance with the final resolution referred to in paragraph 6a and supersedes in all respects any authorization, license, authorization or act of consent however called under the competence of administrations involved or invited to participate, but found to be absent[37].

With reference to the two moments of the final resolution of the conference and of the final measure and what the relationship that binds them, it was argued that the first time would be the decision-that is the final result of the logical process decision-making, while the second would identify the constitutive moment of legal effects[38].

2.4 The agreements

The institution of the agreements, regulated in general with the law 241 of 1990, occurs in two distinct forms: the agreement between the Public Administration and

[37] Some commentators have pointed out that the provision of two separate phases is aimed to enable the persons concerned have as their referent only the responsible for the procedure and therefore a single administration, allowing in such way that the relation between the different institutions remains a fact internal to the proceeding (*endoprocedimentale*). On the other hand, the Court has, however, argued that the use of the procedural form of conferencing services does not alter the rules governing - in the ordinary and general - the identification of the issuing authorities, with the result that the appeal of final decision shall be notified to all the administrations in the Conference, which expressed opinions or determinations that the applicant would have had the burden to challenge singly, if they had been issued outside of the peculiar procedural module under consideration (see Cons. St., IV, 2 May 2007, n. 1920); M. SANTINI, *Note sparse sulla giurisprudenza in tema di conferenza dei servizi*, Urb. app., I, 2008.

[38] G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 608 ss.; G.B. CONTE, *I lavori della conferenza di servizi*, *ibidem*, 653 ss

Copyleft – Ius Publicum

private[39], disciplined by art. 11 of mentioned Act and the agreement between Public Administrations[40], under art. 15.

The exercise of consensual administrative power is an instrument of simplification of significant innovation as, compared to the traditional exercise of administrative power in a unilateral and authoritative form, provides for the Administration searching for the consent of the individual or of other public administrations (in order to involve during the relevant proceedings also other interests than those protected by the proceeding public administration (*PA*) and, above all, in order to reduce the use of legal remedies), with a view more in line with the principles of democracy and the new shape of the social structure as a plurality of centers of power.

Proceeding with the first figure, the agreement between PA and private[41] already represented, before the introduction of Law. 241 of 1990, an acknowledged model[42] but did

[39] N. BASSI, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 560 ss.; P. D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo,* Padova, 1998; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; G. PERICU, *L'attività consensuale della Pubblica amministrazione,* in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI, MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2003; R. PROIETTI, *Gli accordi sostitutivi ed endoprocedimentali tra p.a. e privati,* in P. STANZONE, A. SATURNO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione,* Padova, 2006.

[40] G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984; R. FERRARA, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 673 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; L. TORCHIA, *Gli accordi di programma tra regioni ed enti locali, una ipotesi di lavoro*, REG GL, 1990, 220.

Copyleft – Ius Publicum

not find wide application mainly on the grounds that it did not produce any binding effect on the administration, which could well disattend the content adopting a different solution from that agreed[43].

In this context, art. 11 of l. 241 of 1990 has had a significant importance in giving to agreements between *PA* and privates a real legal effect, so that both parties are now bound to honor the commitment given by them in the agreement, with no prejudice to the right of withdrawal of the Administration for reasons of public interest.

As per art. 11 there are two formulas used by P.A. to reach agreement with the private: the first, in which the agreement identifies the discretionary decision of the administration (so-called *accordo endoprocedimentale*) and a second, in which the agreement literally replaces the final measure (so-called *accordo sostitutivo del provvedimento*)[44].

[41] Which can be traced back in practice e.g. the case of consensual transfer in the expropriation field and development agreement (*convenzione di lottittazione*), see F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, p. 1371 e ss.

[42] S. FANTINI, *Art. 11, l. n. 241 del 1990*, in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI, *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma 2010.

[43] To the mentioned deficiency of properly juridical effects had reacted, indeed, the administrative case law, which imposed Authority when *pretoria* at least the need to use in a transparent way the power to deviate from the agreement, through a clear externalization in the motivation of the reasons which led the PA to act differently from what was agreed with the private, see. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, pp. 1349-1351.

[44] On the debate about the differences between the two types of agreements see R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, pp. 931-932.

Copyleft – Ius Publicum

In the first version of the law 241/90 the two models were not perfectly substitutable, because the s.c. *accordi endoprocedimentali* enjoyed, potentially, a general application, but the law limited the conclusion of agreements in lieu of measures to cases specifically provided for. The l. 15/2005, inspired by the purpose of simplifying and then to encourage the expression of power by consensus[45], had the merit of eliminating the terms provided for in the original formulation of art. 11 and therefore of equalizing the scope[46] of the two models of the agreement, in an atypical reasoning[47].

As for the discipline (the conclusion of the agreement in any case based on the fact that an administrative proceedings has been duly started)[48] Law 241/90 does not contain a complete description, but paragraph 2 of art. 11 merely indicates that "*Unless otherwise provided, the principles of the Civil Code on obligations and contracts shall, mutatis mutandis, apply*", identifying, at paragraphs 2, 3 and 4-bis, some of the derogations applicable to the statutory regime, aimed to protect the public purpose which must be

[45] For a discussion on the exercise of consensual administrative power see S. LUPI, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, *Dir. amm.*, 2008, 691 ss.; G. PERICU, *L'attività consensuale della Pubblica amministrazione,* cit.

[46] With reference to the operativity of administrative agreements, and whether they apply to the mere discretionary activities or even to the discretionary-bound technique, Cons. St. sez. VI, 5 febbraio 2002, n. 2636 e Cons. St., sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344; see N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, RTDP, 1997, 1 ss.; R. GAROFOLI, G. FERRARI, cit., p. 938.

[47] To be interpreted, however, in a strict sense, since the agreement, as a form of expression of public power, shall satisfy the requirements and content required by law, see F. CARINGELLA, cit., p. 1352 ss.; G. TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti all'amministrazione per accordi, www.giustamm.it*.

[48] F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004.

Copyleft – Ius Publicum

pursued even in the case of the exercise of administrative activity by consensus (agreement to be concluded "in each case in the pursuit of public interest"). Actually, the substantial prediction of the captioned rule has been enriched with the law 15/2005, with which, in order to favor the activity of consensual of the PA, has been inserted in art. 11 the paragraph 1-bis, according to which the proceeding may initiate a real negotiation, drawing up a schedule of meetings to which separately or jointly invite the recipient of the order or any respondent party.

From reading art. 11, paragraph 2, it is clear, therefore, that the agreements must be concluded in writing under penalty of nullity - in contrast to the principle of freedom of form in the field of private law - in order to allow the monitoring of compliance with the principle of legality of administrative action and verification of compliance with the public interest. Paragraph 3 requires, then, that the substitute agreements are subject to "*the same type of controls they are subjected to the measures in place of which are used*" and must be preceded by a "*determination of the PA which would have had jurisdiction in the adoption of the same.* "

In addition, as regards relations with third parties, the agreement can not be used to the detriment of the same, while respecting the constraint of the public purpose is also protected in a general way by the provision of a specific procedural rules, similar to that leading to the adoption of an act of the authorities and the special discipline of withdrawal exercised by PA pursuant to paragraph 4 of art. 11 (see below).

The contamination of the rules of private law and public law (as exemptions to the civil regulation) led to the a debated question of interpretation concerning the legal nature of the captioned agreements.

According to a first thesis they are supposed to be common contracts[49] which produce legal positions of right / obligation, with which the Administration exercises its

[49] G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001.

Copyleft – Ius Publicum

autonomy in negotiating - albeit with some special rules - without spending any public power[50]. According to a different orientation, however, the agreements constitute an exercise of public power in the form of consensus[51].

The debate is productive of a series of consequences, depending on whether you accept one or the other argument in comparison, in particular on the theme of the exercise of self-protection power by public autorithies[52], on the issue concerning the invalidity scheme, on the spectrum of civil rules applicable to agreements[53], and especially on the counter remedies for the breach of the Administration[54].

[50] For the arguments underlying the first and second orientations, R. GAROFOLI, G. FERRARI, cit., pp. 939 ss. and F. CARINGELLA, cit., pp. 1356 ss.

[51] Among others, see G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, p. 508.

[52] According to the thesis of the autonomy of negotiations, the Administration - in addition to the remedy the withdrawal of expressly provided for by art. 11 - can not exercise any other powers of "public" self-defense to free itself from the consensual constraints or private self-defense (as this is exceptional in the civil system), but may only apply to the court to enforce any defects of the consensual act. The adherence to the thesis that the agreement would be operating, albeit consensual, on a public power basis, whould mean that the PA is allowed to use, in addition to the instrument of withdrawal pursuant to art. 11, the cancellation *ex officio* of the illegitimate agreement pursuant to art. 21-*nonies*.

[53] According to the first argument the alleged pathology of the agreement will be manifested in the form of civil nullity, cancellation and termination. On the contrary, the publicist position considers that the invalidity regulation of the agreement boils down to defects of the administrative act pursuant to art. 21-*octies*.

Copyleft – Ius Publicum

It should be noted that the distances between the two thesis examined so far have been progressively reduced in the light of the disapperance of the dogma of the non-indemnifiability of legitimate interests (s.c. *interessi legittimi*) and, in particular, and of the admission of a revision by the administrative judge on the validity of the claim of the private[55].

The major issues of interpretation remain, in any case, the figure of the unilateral termination provisions of paragraph 4 of art. 11, in accordance with which the P.A. may terminate the Agreement for reasons of public interest occurred, notwithstanding the fact that it is required to pay compensation to the private eventually damaged[56].

The new art. 133, co.1, letter. a), which reproduces the provision previously provided under paragraph 5 of art. 11, orders that disputes concerning training, conclusion

[54] In the first case, the private citizen, in the event of infringement of the obligations assumed by consensus, may bring an action for accurate performace (*esatto adempimento*) or for termination, under such framework there are questions also on the possibility of allowing the remedy of specific performance execution pursuant to art. 2932 of the Italian Civil Code, assuming that otherwise, they would be required to challenge in front of the administrative judge the measure that does not comply with the agreement for abuse of power (within the relevant expiry period) and to activate the remedy of appeal against the refusal silence (*silenzio rifiuto*).

[55] Even admitting public orientation, you admit the possibility for the private citizen to ask for the compensation to withstand the default of the obligations undertaken by the Administration, as well as to ask the court to order to perform an action contained in the agreement, as a typical figure of self-constraint, see F. CARINGELLA, cit., pp. 1362-1363.

[56] According to the thesis of the consensual exercise of power, the withdrawal would be an act of public self-defense, which would be applicable to all the rules of participation, accepting the position of private law, however, would be an explicationof the general rule of the art. 1373 of the Civil Code; see L. MONTEFERRANTE, *Ai confini del diritto pubblico: revoca e recesso nella legge sul procedimento amministrativo,* in *Il corriere del merito*, 3/2006, 367.

Copyleft – Ius Publicum

and execution of agreements which supplement or substitute administrative measures are devolved to the exclusive jurisdiction of the administrative courts[57].

With reference to the agreements between public administrations, the general regulatory model is art. 15 of l. 241/1990 while the most important representative figure, or the so-called program agreement is provided under art. 34 Legislative Decree no. 267 of 2000 (T.U. local authorities). Also in such case, the need for simplification is obvious and reconnects, as regards the conference services, to the benefits associated with exercise in collaboration of activities of common interest[58].

However, if the art. 34 regulates in detail the agreement, indicating – *inter alia* - elements such as which public administrations can be parties to the agreements or the specific modulation of the proceedings, Article. 15 does not give precise information about it and merely refers to the provisions under paragraphs 2, 3 and 5 of article 11 of law 241/1990. It is therefore provided, also in this case, the obligation to observe the written form under penalty of nullity, the compatibility with the principles of the Civil Code on obligations shall apply to the extent possible and contracts and agreements are subject to the same system of controls which are undergoing administrative measures they replace.

[57] This legal reference was actually adopted by those who favor the public position, because its constitutional justification would, according to the case law of the Court of Laws (*corte costituzionale*), consist in an area where the Administration still exerts a public power, albeit with consensual modalities. For a discussion on the agreements and exclusive jurisdiction and constitutionality of this choice, see. N. BASSI, cit. in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit. e R. GAROFOLI, G. FERRARI, cit., pp. 956 ss..

[58] For more details, see S. LUPI, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, *Dir. amm.*, 2008, 691 ss.

Copyleft – Ius Publicum

Doubts have arisen, however, with reference to the absence of any reference to paragraph 4 of art. 11, which, as previously noted, governs the unilateral termination occurring for reasons of public interest[59].

Even in the presence of agreements between public administrations, finally, the jurisdiction is solely responsible for the administrative judge, as provided by the aforementioned art. 133, letter. a), n. 2.

2.5 The self-certification

The self-certification[60] is aimed at simplifying the administrative activities and at improving the quality of the relationship between public administration and administrated subjects; a self-certification relieves private subjects from the obligation of certifying

[59] According to the first thesis (which connects to the publicist position) the lack of conection does not prevent the PA to exercise the usual powers of self-protection. It is under discussion, in the context of this orientation, whether the Administration may withdraw without the limits of supervening reasons nor contingent compensation or, otherwise, shall comply with the standards contained in law 241/1990. Following another orientation, however, the absence of any reference to paragraph 4 would mean that the Administration, by entering into a contract of a private nature, can not unilaterally dissolve the link, unless by mutual dissent or through the courts, when the agreement is affected by defects, see. F. CARINGELLA, cit., p. 1373.

[60] G. BARTOLI, *L'autocertificazione: confronto tra la legge 15/1968 e la legge 241/1990*, Rimini, 1993; A. BENEDETTI. *Certificazioni "private" e pubblica fiducia,* in F. FRACCHIA e M.OCCHIENA (a cura di), *Certificazioni tra poteri pubblici ed iniziativa privata*, Milano,2006; M.OCCHIENA, l'autocertificazione, in M.A. SANDULLI, *codice dell'azione amministrativa*, cit.., 728 e seguenti , C. TAGLIENTI, *Trasparenza dell'atto amministrativo*, www.giustizia-amministrativa.it, D. VAIANO, Commento art. 18, in *Codice dell'azione amministrativa e della responsabilità*, Roma, 2010, 442 ss.

Copyleft – Ius Publicum

requirements and data for purposes of obtaining certain acts and/or deeds; in such cases, a (mere) declaration (accompanied by a minimum of formalities) would in fact suffice to the Public Administration ("PA")[61].

Art. 18 of law 241/1990 sets forth the general principles relating to those procedural steps, providing for information of both historic and evaluation nature on "*mere fact/circumstances*", that might consist in certifications, as well as in other acts of a declarative nature that are not certifications (including, but not limited to, "*substitute declarations*") that PA must consider in order to take its final decision[62].

The said provision, in its original formulation, envisaged a process articulated in two fundamental steps. By the first step – see Paragraph 1 – the legislator (considering the low level of computerization at that period) attributed to self-certifications and to the documents listed in law No. 15/1968 the legal tools aimed at both simplifying the public decisional processes, and at relieving private parties from time and cost consuming queues at the public offices in order to obtain public certificates. By the second step – Paragraphs 2 and 3 – any interested party was on the one side required to merely declare (and no more to self-certify) facts, personal states and qualities that were already in the hands of the same public administration that received the declaration or of any other public administrations, thus imposing on the proceeding public authority the duty to obtain the said documents *ex officio*; on the other hand, the officer in charge of the proceedings would have to verify any facts, personal states and qualities that the "*same public administration [he belongs to] or any other public administration is bound to certify*".

[61] Definitely different from self-certifications is, nonetheless, the rule of acquisition *ex officio* of the necessary documents for the carrying out of the proceedings, v. M. OCCHIENA, cit.

[62] N. DONATO, *L'autocertificazione tra certezza e semplificazione*, Dir. e proc. amm., 2009, 201 ss.; M. IMMORDINO, *La difficile attuazione degli istituti di semplificazione documentale - il caso dell'autocertificazion*e, *Nuove autonomie*, 2008, 603 ss.

Copyleft – Ius Publicum

The "novel" of [new provisions enacted in] 2005 (i.e., law decree No. 35/2005, converted into law No. 80/2005), confirms the above approach in the new Paragraph 2 [of Article 18 of law 241/1990], and states that the *ex officio* document's acquisition is the general rule governing the carrying out of any proceedings (even though actual application by the administrative offices is rather different), thus making the recourse to self-certification exceptional (and, in any case, qualifying it as an evidence of organizational inefficiencies).

Even though law No. 15/1968[63] has been repealed long time ago, it is worth pointing out that such law (which for sure anticipated the future evolution, but remained unimplemented for more than 20 years) envisaged that any citizen was allowed to produce to public authorities three different type of self-certifications: (i) declarations substitute of certifications, (ii) declarations temporarily substitute of certifications and (iii) declarations substitute of notorious act. Nonetheless, all the three above self-certifications compulsorily required the authentication (legalization) of the private party's signature, a formality that actually prevented the reduction of the burdens weighing on citizens and the simplification of the public offices activities[64].

The above picture of self-certifications was deeply changed by the "*simplifying revolution*" contained in the so called "*Bassanini-bis Law*", law No. 127/1997 and, specifically, in its Articles 1, 2 and 3 (subsequently modified by law No. 191/1998, the so called "Bassanini-*ter* law") and by the relevant implementing regulation, D.P.R. No. 403/1998.

[63] G. BARTOLI, *L'autocertificazione,* cit.

[64] this is for the simple reason that the signature's authentication replaced the queue at the public desk to get a certificate with the queue to obtain the signature's authentication v. M. OCCHIENA, cit..

Copyleft – Ius Publicum

In particular, the rules implemented by the above provisions did actually confirm the full efficiency and operation of self-certifications, due *in primis*, to the abrogation[65] of the duty to certify the signature of the declaring certifying person (for both the declarations substitute of certifications and for the declarations substitute of notorious act)[66]. The above changes did not imply the end of any formal verification for the said acts. Actually, upon abrogation of the duty of signature's authentication, Art. 2, Paragraphs 10 and 11 of law No. 191/1998, stated that the signature of the declarations substitute of certifications had to be made at the presence of the public officer entrusted with the duty to receive the relevant documents, or that the same declarations had to be filed jointly with a copy, although not certified, of a personal identification document of the signatory[67].

The evolution of the legislative and regulatory rules on self-certification has been definitively transposed in Section V ("*Laws referring to self-certifications*") of Part III ("*Simplification of administrative documents*"), of D.P.R. n. 445/2000 ("*Unique text of legislative's and guideline's about administrative documentations*").

Art. 46 D.P.R. n. 445/2000 states that a declaration substitute of certifications may be released [by the interested party] jointly with the relevant administrative application in

[65] In art. 3, paragraph 10, law n. 127/1997 and in art. 2, subsection 10 and 11, l. 191/1998.

[66] Art 3 of D.P.R. n. 403/1998 stated that, in lieu of authentications, that the substitute declarations of certifications could be released when making the request and be subscribed by the interested person in the presence of the officer, while the law Bassanini *ter* abolished the duty of authentication also for any declarations substitute of notorious act.

[67] The regulation of 1998 also stated the important rule by which substitute declarations (of certification and of notorious act) "*have the same time validity of the acts that they have replaced*" (art. 6). In addition, it is important to remember the fundamental reform brought with the law n. 127/1997 e by D.P.R. 403/1998 concerning the responsibility of public employees in the case of refusal to accept self-certifications.

Copyleft – Ius Publicum

order to prove "*in lieu of standard certifications those personal states, qualities and facts*" that are punctually listed in the same provision of law[68].

As concerns declarations substitute of notorious acts, art. 47, of D.P.R. 445/2000 reaffirms on the other hand that such declarations might be used to confirm either *"personal states and qualities or facts that are in the personal knowledge of the interested person*" (Paragraph 1), either *"personal states and qualities or facts related to other subjects that are in the personal knowledge of the interested person*" (Paragraph 2). The third Paragraph considers that, except for those cases excluded by law, in the relationship with public offices and licensors of public services, personal qualities and facts that are not certified can be proven by the interested person with a declaration substitute of notorious act.

With reference to the limits to the use of substitute declarations, according to art. 49 and except for certain special cases, they cannot replace "*medical, veterinary, healthcare certificates, or those certificates of origin or* of *EC compliance, and/or about trademarks or patents*".

D.P.R. n. 445/2000 also draws a responsibility system composed of the responsibilities resting on the declaring person and those resting on the Public Administration and Public Officers.

As to the firsts, art. 76 of the cited D.P.R., states that anyone who releases false declarations, makes or uses false acts is "*punished pursuant to criminal laws and to the special applicable laws*"; in particular, the criminal faults are ideological false made by a

[68] *Inter alia*, date and place of birth, citizenship, civil and political rights, professional activity and economical and income's situation.

Copyleft – Ius Publicum

private citizen in a public act (art. 483 criminal code)[69], false declarations about one's own or third parties' identity or personal qualities (art. 496 criminal code) false statements or declarations made to a public officer one's own or third parties' identity or personal qualities (art 495 criminal code)[70]. In addition to criminal consequences, art 75, D.P.R. 445/2000 states that if, upon the verification of the substitute declarations, it emerges the falseness of the content of the declarations released by a private party, "*the declaring person decays from the benefits obtained and accorded by virtue of the administrative measure that was issued on the basis of the false declaration*"[71].

In all the above situations, with the exception of any cases of willful misconduct and gross negligence, art. 73 of D.P.R. 445/2000 provides that any public administrations and their employees are "*exonerated from any responsibility for the issued administrative acts, whenever the adoption of the relevant act is the consequence of false declarations of false documents or of documents containing false data, produced (exhibited) by the interested party or by any other interested person*".

Finally, the responsibility of public administrations and of their employees is characterized by a dual system. The first one concerns the duty of public offices to control

[69] V. ex multis, Cass. pen., V, 26 novembre 2009, n. 2978, Ced. Cass.; 16 aprile 2009, n. 25469, ivi ; 25 novembre 2008,n.6063, ivi; 2 ottobre 2008, n.40374, ivi.

[70] For the said two last crimes, see Cass. Penale , V, 21 luglio 2009, n. 35447, Ced cass. II comma 4 art. 76, cit., that states, moreover, that if the false declaration is released to obtain a public role or the authorization for a profession or an activity, *"The judge, in the more serious cases, is allowed to dispose the temporarily disqualification from public offices, professions or activities"*.

[71] This provision of law is symmetrical to the one stated in art. 21 of law n. 241/1990, where in case of false substitute declarations made in those cases where declarations of start of an activity or consent by silence apply, in addition to the persecution by art. 483 of the criminal code "*the conformation of the activity or of its effects to law or to the provided indemnity it is not allowed*".

Copyleft – Ius Publicum

the declaration made by public citizen. Art 71, D.P.R. 445/2000 states the duty for any public offices to make "*adequate checks*": a) always and in any case, whenever there are consistent doubts about the faithfulness of a substitute declaration; b) by a random approach, in any other cases.

The second system of "public" responsibility involves the public officers. Art. 74, D.P.R 445/2000 reaffirms the provisions of law No. 127/1997 and of D.P.R. No. 403/1998, and states that (i) the rejection of substitute declarations and of a notorious act "*made in compliance with the law*", as well as (ii) the request of certificates or of notorious acts when there is "*a duty of the public officer to accept the substitute declaration*", are considered breach of the office' duties.

2.6 The consent by silence

With the consent by silence[72] the law-maker provided a solution to the problem of the administration's inactivity, i.e. to the problem of the lack of a final decision in proceedings started upon the private party's initiative within the final term set forth by art 2 of law No. 241/1990. The applicant in such cases automatically gains the utility it pursued by submitting his application to the Public Administration through a law-defined mechanism (both on the preliminary assumptions and on the scope of application) that carries to the production of a legal effect with the same value of a positive final decision.

[72] M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI , *Il silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa* , cit., 801ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di*), La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 268 e ss.; N. PAOLOANTONIO, *Comportamenti non provvedimenti produttivi di effetti*, in F.G. SCOCA (a cura di*), Diritto amministrativo*, cit.; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione*, Milano, 1996; P.L. PORTALURI, *Note sulla semplificazione per silentium* (con qualche complicazione), in *www.giustamm.it.*

Copyleft – Ius Publicum

This mechanism is today of ordinary application, i.e. it does not require to be envisaged by an *ad hoc* provision of law, and is the consequence of the newly extended version adopted by law-decree No. 35 of 2005 converted into law No. 80/2005[73]. Finally, D.lgs No. 59/2012, of implementation of the European directive on the liberalization of public services – upon clarification that "*For the purpose of the present decree, doesn't represent permit the declaration of initial activity (d.i.a.), in the art.19, Paragraph 2, second period, of the law 7 august 1990, n. 241"* (art. 8) and "*In the limits of the present decree, the access and the exercise of the activity of services represents expression of economic freedom and can't be limited in an unjustified and discriminatory way"* (art 10, subsection 1) – in view of simplifying the access at public services, made the permit's regime for the services activity as a merely residual option, and stated, by art. 17, that "*for purposes of releasing an administrative authorization for the access and performance of services activity considered in the present decree, the proceedings set forth by art.19, Paragraph 2, first period of law 7 august 1990, n. 241* [about d.i.a. today called s.c.i.a.] must be followed, *or* [but only] *if it so provided, the proceedings envisaged in art. 20 of the same law n. 241/1990"* [about consent by silence] shall apply, and that only if "*there is an imperative reason of general interest, it could be imposed that the proceedings ends with an express authorization".*

[73] E. BOSCOLO, *Il perimetro del silenzio assenso per generalizzazioni, eccezioni per materia e norme previgenti, Urb. E App*., 2009; M.A. SANDULLI (a cura di), *Riforma della legge 241/1990 e processo amministrativo*, FA-TAR, supplemento al n. 6/2005; R.GIOVAGNOLI, *I silenzi della Pubblica amministrazione dopo la legge 80/2005,* Milano, 2005, 454 ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso*, in *la disciplina generale dell'azione amministartiva* , (a cura di) CERULLI IRELLI, Napoli, 2006,269 ss., M.A.SANDULLI, *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della pubblica amministrazione*, Giust. Civ., 1994, 485 ss..

Copyleft – Ius Publicum

It is a long time that the scholars' reconstruction of consent by silence in terms *attizi* (i.e. considering it as an express administrative measure) has been abandoned[74], and today the consent by silence is commonly set [75]in the larger category of the silence "*with a meaning*", which is characterized for its ability to legally define the proceedings, although the Public Administration does not act in the exercise of any administrative function[76].

[74] O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative: Parte I Concetto e natura delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative*, GI, 1894, XLVI, 7 ss.

[75] The scholars (upon noting that there is a contradiction in "obtaining" a voluntary act from a failure to exercise the administration's powers) have first pointed out that "*silence*" is always based on the non-activity, and – with respect to the cases of silent approvals – have construed the relevant inactivity as a meaningful juridical fact, that - by law - produces juridical effects equivalent to those following an express approval. In substance, there is a sort of segregation between the mechanisms that produce the legal effects - that do not require the existence of a voluntary act - and the care of the particular interest at stake, that is taken into consideration under the aspect of the material legitimacy of the asset of interest, as modified by the consent by silence v. F. G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione* , Milano,1971; A.TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985.

[76] Although the overcoming of the qualification of consent by silence in terms *attizi*, scholars and case law have adopted different approaches and reconstructions in order to justify the mechanism that produces favorable effects for the applicant. Onone side there is the theory willing to reduce consent by silence within an *ex lege* legitimacy mechanism, v. DE ROBERTO, *Silenzio assenzo e legittimazione* «ex lege » *nella legge Nicolazzi, D SOC ,1983, 163 ss.;* on the other hand, there is the position that considers consent by silence, (deprived of any meaning in terms of implied express measure) an intermediate way between the law and the specific circumstances of the single case; in particular including consent by silence among those "*juridical facts*" that "*by virtue of law, specifically signify a deny or an approval of the request from the applicant*", v. A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, *Atti del XXVIII Convegno di studi di scienza dell'amministarzione - Varenna*, Milano, 1985, 53 ss.

Copyleft – Ius Publicum

In any case, the attribution to an "inactivity" of a typical legal value, and the ensuing production [by way of consent by silence] of the same effects that are commonly produced by a positive [and express] decision, is definitely conditional upon the strict compliance of the application to the law and to any requirements set forth therein[77].

Paragraph 4 of art. 20[78] lists the express limits to the application of consent by silence.

In principle, Paragraph 1 of art. 20 expressly excludes from the scope of application of consent by silence all the proceedings aimed at issuing measures of consent activated by way of a mere declaration that an activity has been started *ex* art. 19 of law No. 241/1990[79].

The said Paragraph 1 of art. 20, outlines a series of cases whereby the application of consent by silence suffers important exceptions. The set of rules therein provided, in fact, also in view of certain important trends of the case-law, excludes that consent by silence applies to acts and proceedings regarding certain so called "sensitive" matters, that can be ascribed to [the application of] the constitutional principles of equity, solidarity, as well as protection of the individual, of the environment and of cultural and landscape assets.

[77] V. TAR Lazio, Latina, sez. I, 3 marzo 2010, n. 204, e TAR Puglia, Lecce, sez. III, 3 marzo 2010, n. 676.

[78] The discipline remained rather unchanged after the law change of 2009 (law n. 18 giugno 2009, n. 69) that just introduced the of "refuge" and "immigration", as a merely specification of the "citizenship".

[79] Some scholars affirm that proceedings that involve technical and not replaceable checks (abilitations) and proceedings where there is a limited capacity of the good the private party has applied for, should be excluded: v. G.VESPERINI , *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, GA, 2007, 83ss.

Copyleft – Ius Publicum

Consent by silence do not apply to the said subjects, whereby a silence by the public administration can not be held as an assent but (safe the cases of *silence-refusal*) has to be qualified as a breach [*of the duty to close the proceedings with an express measure*][80].

Therefore, if the *ratio* of consent by silence is to protect the values of simplification of the administrative action, in view of a an efficient and expedite conclusion of the administrative proceedings, the express exclusion of consent by silence in certain specific cases is a direct consequence of the need to protect some certainly higher values. A further exception to the mechanism of simplification *per silentium*, due to an express provision of law, applies also in those cases whereby EU provisions require the adoption of formal administrative acts or in those proceedings listed in one or more Prime Minister decrees, upon proposal of the Ministry of Public Functions, with the consent of any other competent Ministers[81].

Nevertheless, the general application of consent by silence does not imply that they shall apply in all cases. The calling of a services' conference by the interested public administration, as stated in the Paragraph 2 of article 20, within 30 days as of the filing of the application impedes the perfection of a consent by silence. The Administration, upon

[80] V. M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, cit. that recalls N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) F. G. SCOCA, cit., 479 ss.

[81] The exam of administrative case-law allows to take note that the rule that limits consent by silence to proceedings started upon initiative of the private party (as listed in Paragraph 4), is inflexibly and peremptory applied by administrative Courts; the latter, while interpreting the said provision, limit the scope of the rule only to the cases therein listed, and in no case allow an extension of the said exception to additional similar cases or to any other cases that are suspected to be excluded from the application of the general rules on consent by silence (Cons. St., sez. VI, 29 dicembre 2008, n. 6591, UA, 2009, 454 with comment of BOSCOLO, *il perimetro del silenzio-assenzo tra generalizzazioni, eccezioni per material e norme previgenti,* UA, 2009, 454).

Copyleft – Ius Publicum

evaluation of the circumstances, holds the power to stop the formation of consent by silence, and opt for an express decision which allows the actual evaluation of the involved interests, including the "*Juridical situations of the counter-interested persons"* as art. 2 states.

Subparagraph 5 of article 20 expressly states that the notice anticipating, pursuant to art. 10 *bis*, law No. 241/1990, the reasons of rejection of the application applies to the proceedings that may end by consent by silence. The officer responsible of the proceedings or the competent authority, therefore, can stop the formation a consent by silence in case they envisage the rejection of the application, and in such cases have to provide notice thereof to the interested party, thus triggering the application of the general rules governing the conduct of the proceedings for the adoption of an express final decision (i.e. the non-applicability of consent by silence)[82].

Considering that the consent by silence is an alternative way of ending the administrative proceedings, the effects of t consent by silence should not be frustrated by the adoption of a negative decision, after expiration of the term for ending the proceedings; any such measure, being adopted at a time when there is no residual *potestas decidendi*, has to be considered invalid, in terms of illegitimacy[83] or even totally void[84].

On the contrary, upon formation of favorable measure consequent to a consent by silence, the administration might always decide to activate a self-protection procedure,

[82] V. M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, cit.; about the discussion on the pratical consequences of the direct application of the art. 10-bis law. 241/1990 see R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.,p. 643 e ss.

[83] See TAR Lombardia, Milano , sez. III, 7 giugno 2006, n. 1321.

[84] In this way see A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento del rapporto amministrativo*, Torino, 2002.

Copyleft – Ius Publicum

provided it acts in compliance with the requirements set for the exercise of the said power pursuant to law No. 241/1990, and thus provided its action fully respects the (strict) legal limits of the re-examination power and the warranties of participation granted to the interested party[85].

2.7 The SCIA

The mechanism in question was newly introduced by the Legislator (art 49, n. 4 *bis*, Law 30 n. 122 2010) which changed its prior denomination "declaration to star an activity" (d.i.a.) (previously, "notification to start san activity") with the new "certified advise to start an activity" (s.c.i.a.), introducing some seminal modifications which extend the ambit of application of the mechanism and render it more effective[86], mechanism that is now of the utmost importance especially in the aftermath of the Bolkenstein Directive[87].

As the previous d.i.a., the s.c.i.a. favours simplification because it replaces "every authorization, license, concession, permit" with a previous advise of the interested party (with certifications or self-certifications), so that the private party can start immediately its

[85] See Cons. St., sez. V, 20 marzo 2007, n. 1339; Id., sez. VI, 17 marzo 2009, n. 1578; Id., sez. VI, 25 settembre 2006 n. 5628; TAR Sicilia, Palermo , sez. I, 20 agosto 2007, n. 1971; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 5 febbraio 2007, n.297.

[86] M. CLARICH, *Dalla Dia alla Scia: molto rumore per nulla*, *www.fiere24.ilsole24ore.com*; F. DORO, *Dia e Scia*, Padova, 2010; R. BALASSO, *La segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) e la discrezionalità amministrativa*, *www.tecnojus.it*; N. PAOLANTONIO, W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 749 ss..

[87] M.A. SANDULLI, G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein*,cit.

Copyleft – Ius Publicum

activity and the public administration can exercise an ex post control on if all the requirements have been complied with.

This has the effect of abolishing the ex ante administrative procedure, because the control activity is ex post, and at the same time the private party is held responsible because it has to prove the fact that he/she complied with all the requirements.

Even though the ambit of application of the mechanism has been extend over the last few years, the Legislators wants to guarantee a more intensified protection to specific constitutional interest (such as national defence, public security, asylum and citizenship) in this case the application of the s.c.i.a. is excluded.

One the activity has been started, the administration can control the notification and all the documents presented. If the control is positive, the administration will neither adopt and act or communicate with the private party , if the control is negative the administration will hold the activity and order the removal of the effects which have already been produced, or will indicate a deadline to the private party in order to comply with the requirements.

After 60 days, the public administration can affect the activity in question: a) by exercising its powers of self- protection, already mentioned in relation to the consent by silence; b) through an interdictive procedure when the activity has been started on the basis of a self-declaration in substitution of a certification or on the basis of a self-declaration in substitution of an attested affidavit (false or mendacious); c) through an interdictive procedure if there exist a risk of damage to the cultural and artistic heritage, the environment, health, public security, national defence, after it has be accreted the impossibility of protecting those interest by obliging the private party to comply with the regulations in force"

Copyleft – Ius Publicum

Legal scholars and the Courts are now debating on the legal nature of the d.i.a. and s.c.i.a mechanisms and on the differences and analogies with the, already mentioned, mechanism of the consent by silence[88].

In this respect, two theories have been developed, which bring about momentous consequences especially in relation to the protection of third parties.

In accordance with the first theory, the d.i.a. (now s.c.i.a.) is not a simplification mechanism, but a liberalization mechanism of the private activities than can be exercised without a prior control of the administration. Hence, the mechanism is different from the consent by silence, which, on the contrary, comes with an administrative act and its is essentially a simplification mechanism. In accordance with the second theory (in line with the d. lgs. n. 59 of 2010), the d.i.a. (now s.c.i.a.) can be considered as an administrative act, in relation to which the administration ha an authorizative power. Hence, this is not a liberalization mechanism but a simplification one; in relation to this theory, however the distinction between the s.c.i.a and the consent by silence is less evident[89].

Finally, a third approach tried to solve the above-mentioned inconsistency by proposing a sort of compromise solution. In fact, such approach stated that the Legislator in 2005, by referring to the self-remedy power (potere di autotutela), rather than taking a position on the nature of such legal institute, clarified that - even after the expiry of the term for the exercise of the inhibiting power (potere inibitorio) - the Public Administration still has a sort of "residual" power, to be considered as an extraordinary self-remedy power which is different from the traditional self-remedy power as it does not involve a second-level activity (provvedimento di secondo grado) relevant to an administrative order already

[88] F. VETRÒ, *Il Consiglio di Stato fa il punto sulla natura giuridica della Dia*, *www.giustamm.it*; G. MANNUCCI, *La necessità di una prospettiva obbligatoria per la tutela del terzo nel modello della dia*, *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1079 ss..

[89] G. MORBIDELLI, *In tema di d.i.a. e di d.i.a. nuova*, *www.giustamm.it*.

Copyleft – Ius Publicum

issued[90]. Therefore, the reference to articles 21-quinquies and 21-nonies of law no. 241/90, confirmed also by law no. 122/2010, complies with the theory pursuant to which the D.I.A. (nowadays the S.C.I.A.) is identified as an act of the private party/citizen from which it does not arise any silent approval: the self-remedy power set forth by article 19 (as amended and supplemented from time to time) represent just the power to adopt - even after the expiry of the ordinary term - the traditional acts necessary for the exercise of the inhibiting and/or repressive power, conditioned to – as the ex officio annulment - the existence of an actual and tangible public interest, further to, and different from, the one relevant to the mere restoration of the breached legality and the general balance of interests[91]. Such theory, however, does not seem to be in compliance with the strict interpretation of the law nor with the principle of autonomy of the sanctioning power as provided by article 21, which does not provide any limitation to the application of the most serious sanctions for unlawful activities.

In addition to the above, it was still to be considered the issue relevant to the protection of the rights and interests of third parties, for which the Council of the State

[90] Furthermore, as pointed out by scholars, while the reference to article 21-*nonies* is aimed at limiting the late action of the Public Administration under the same limitations of the *ex officio* annulment and, therefore, within a reasonable deadline, following to an evaluation in terms of conflicts of interests and public interest's, doubts arise out with respect to article 21-*quinquies*,. N. PAOLANTONIO, W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, cit..

[91] Please see the ruling of *Consiglio di Stato, sez*. V, 19 June 2006, no. 3586; and the opinion of scholars as F. LIGUORI, *Osservazioni sulla funzione e sulla disciplina delle dichiarazioni di inizio di attività edilizia*, in A. ROMANO, F.G. SCOCA, E. CASETTA (edited by), *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli, Padova, 109 ss.*; F. GAFFURI, *La denuncia di inizio attività dopo le riforme del 2005 alla L. n. 241 del 1990: considerazioni sulla natura dell'istituto, Dir. amm., 2007, 369 ss.*

Copyleft – Ius Publicum

(Consiglio di Stato)[92] proposed another compromise solution according to which - by confirming the refusal of the thesis that qualifies the D.I.A. as an act producing a measure of implied approval - acknowledged the D.I.A. as a measure concerning the liberalization of private economic activities, with the consequence that for exercising such activities - differently from what occurs for the activities subject to the silent approval regime (regime di silenzio assenso) (regulated by a specific article) - it is not requested anymore the enactment of a title aimed at stating the relevant legitimacy (titolo provvedimentale di legittimazione)[93].

With respect to the protection of third parties' rights and interests, recent case law had developed an atypical declaratory action (azione di accertamento atpica) - to be proposed directly by means of a claim/challenge and without the prior need to call for the inhibiting power - aimed at ascertaining the requirements for the commencement of the activity through a simple statement/representation; with the specification that the ruling which ascertain the non-existence of the basis for the D.I.A. has "conformative" effects towards to the Public Administration; in fact, it imposes to the Public Administration to remedy to the situation arose out from such instrument, requiring also the cessation of the activity and the reparation/restoration of the works carried out until such moment and that such power - which is aimed to execute the implicit order included in the judgment of assessment - must be exercised irrespective from the expiring of the term set forth by article

[92] Please see the famous ruling of *Consiglio di Stato*, sez. VI, 9 February 2009, no. 717, confirmed by the other judicial precedent of *Consiglio di Stato*, sez.VI, 15 April 2010, no. 2139.

[93] In relation to the theory according to which the D.I.A. is a private act (*atto del privato*) which does not determine any provision of silent approval (*silenzio assenso*) but on the contrary is based upon a relevant request to the relevant Administration, please see the aforementioned judicial precedent of *Consiglio di Stato*, sez. VI, 15 April 2010, no. 2139, and *Consiglio di Stato*, sez. IV, 4 May 2010, no. 2558.

Copyleft – Ius Publicum

19 and from the existence of the conditions of self-remedy provided for such article[94]. Even considering the position of the interested counterparty as a mere interest[95], the abovementioned case law stated that the constitutional protection of the interests of such counterparty requires the existence of an autonomous action, at least in all cases where, missing the measure to be challenged, such action results necessary for the satisfaction of the (substantial) claim of the counterparty.

Is worth to point out that the legislative decree no. 104/2010, which includes the Code of the Administrative Procedure (Codice del processo amministrativo") - by confirming the administrative exclusive jurisdiction in relation to controversies relevant to the declaration of commencement of activity (see article 133, paragraph 1, no. 3) - at article 34 states that "in no case the court may rule in respect of administrative powers not yet exercised". The foregoing appears to be clearly an impediment to the proposal of an action aimed at obtaining a declaratory on the conformity of the S.C.I.A. pursuant to the mechanism suggested in the abovementioned case law, reducing again the protection of third parties towards the inactivity of the Public Administration in respect of the exercise of the inhibiting/repressive power; in fact, such application is subordinated to the elapsing of the relevant term (during which the illegal commencement of the activity might have already generated permanent damages to other competitors), even if enforceable without a prior formal notice and aimed at obtaining a ruling on the lawfulness of the claim (please see article 117 of the Code of Administrative Court Procedure), that in this case is represented by an assessment concerning the unlawful use of the S.C.I.A. and in the consequent obligation of the Public Administration to adopt its repressive powers

[94] Please see the judicial precedent of *Consiglio di Stato* sez. VI, 15 April 2010 no. 2139.

[95]For a strong and a reasoned critique, please see O. FORLENZA, *In assenza di un potere conformativo della Pa l'istanza andrebbe proposta al giudice ordinario. Il terzo può esperire un'azione di accertamento per provare l'assenza dei presupposti della Dia*, Guida al diritto, 2009, fasc. 13, 96-111.

Copyleft – Ius Publicum

concerning the activities carried out without authorization, which are not subject to limits applicable to the self-remedy[96].

The legal nature of the S.C.I.A. and of the protection of third parties against its unlawful utilization, however, has been demanded to the "Adunanza plenaria del Consiglio di Stato" by means of the recent decision of the Section. IV, no. 14 of 15 January 2011.

3. OTHER MEASURES OF SIMPLIFICATION

The measures aimed at simplifying the administrative action were not limited to the provision of *ad hoc* legal institutes applicable to the proceedings, and were not limited to the IV section of the law on the administrative proceedings.

There are simplification measures that do not pertain to the proceedings (and that do not concern law 241/1990), but nonetheless interact with the proceedings and actually consist in measures that, when applied to the proceedings, do imply a simplification, such as, *inter alia*, telecommunications and the so called *unique desk*.

3.1 Telematics

It is several years that one of the most important target of the legislator is to computerize administrative procedures, in view of using the advantages of telematics to the

[96] With regard to the difference between the power arising out from the the judicial decision that denies the conditions of the d.i.a. and the power to be exercised by way of control or self-remedy, please see the judicial precedent of *Consiglio di Stato*, VI, 15 April 2010, no. 2139, cit..

Copyleft – Ius Publicum

different stages of the administrative proceedings and let also the public administration enter the "*computerized society*"[97].

On the assumption that computerizing is equivalent to simplifying (and, thus, it would be an implementation of the principle of efficiency), even since art. 2 of law No. 421/1992 the legislator delegated the government to adopt measures oriented towards the finalization of the public administrations computerizing process, the more rational use of computerized systems, so to make the administrative activity more efficient, improve the productivity of public employees and assure the interconnection of public administrations.

By such delegation the parliament gave a strong impulse towards the need to pursue a radical modernizing change in the public administrations procedures, specifically with reference to the technical equipment: not just the replacement of antiquated technical equipment but the global computerization of public entities, to be implemented not by isolated initiatives but by applying the principle of interconnection of all informative systems by any public administrations.

After the adoption of some legislative measures of less importance (including law No. 3407200), the need to enhance the use of computerized system was again addressed by the legislator of the 2005, that adopted a twofold approach aimed at increasing the use of computerized systems by the public administration.

On the one hand, the code of computerized administration was enacted (Legislative Decree No. 82/2005, then many times integrated and modified), a comprehensive instrument of reorganization that – both by way of merely declarative and programmatic statements and by discharging of certain traditionally administrative modalities - for the first time organically tackles the use of technological communications

[97] The same principles are also at the basis of certain European provisions (e.g. art. 8 Bolkestein directive).

Copyleft – Ius Publicum

in the public administrations and regulates the fundamental juridical principles applicable to the two most important instruments of today's technological progress: electronic format documents and electronic signature[98].

On other hand, law No. 15/2005 added to Section I of the law on administrative proceedings (241/1990) regarding the principles, art. 3-*bis* that stimulates all public administrations to use telematics, promoting its use in both the internal relationships and in those with private subjects.

The said provision, of a merely programmatic nature, stimulated the adoption of several additional measures by public administrations aimed at "dematerializing" the public activities, but nonetheless it had on the whole only a limited success, mainly due to the low level of the computerizing technologies adopted that would instead need a new architecture and new rules to fully match internet systems with the rules of public bodies and offices. In this respect, an internal problem of compatibility between computerized technologies and public proceedings was addressed, due to the rather different standards that inspire the organization of the digital net and that of the public administrations: while the first is oriented to the standard of cooperation, the Public Administration is oriented to the standard of hierarchy and competence[99]; for the above reason, the participation to the proceedings necessarily has to be accompanied by measures aimed at preventing any

[98] Subparagraph 3 of art. 2 of this Code is noteworthy, inasmuch it states (similarly to art. 3 of D.P.R. n. 445/2000), that the rules regarding the use, the handling and the storage of telematics documents, as well as those regarding their computerized transmission, apply also to private subjects. In addition, an important part of this set of rules (in particular the ones concerning the access to and the use of telematics information) should be applied also to those subjects that are formally private but are materially public owned.

[99] See F. CARDARELLI, *l'uso della telematica*, in M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 421 ss.

Copyleft – Ius Publicum

informative distortions, or – otherwise – it would at the end be difficult to identify who is the subject allowed to act on the basis of a preset competence sharing.

It is possible to see some reflection of the above on the proceedings: in connection with the participation by different public entities to the proceedings, law No. 69/2009 (implementing the principle expressed in the said art. 3-*bis*) has recently included telematics among the procedural rules of the services' conferences works, (art 14 *ter*, part 1 of law No. 241/1990). "*the services' conference takes the determinations connected to the organization of its own works with the majority of the present members and may proceed by telematics systems*". And the said reference to telematics is not only justified because the Public Administrations should be up to date with the "*digital era*" but is also practically due to the needs of simplification that constitute the first reason why a services' conference is called.

The meaning of a similar reference to telematics, and innovative approach represented by it, may appear reduced when considering that, already in 2005, Paragraph 5-*bis* was added to art. 14 of law No. 241/1990 (still in force): "*by previous agreement among the administrations involved, the services' conference is called and conducted trough the electronic available systems*". As concerns computerizing, the only way to construe an innovative role of art. 14-*ter*, is to enhance its interpretative value, as far as the said provision apparently remands to the conference' self-organization powers (that can be exercised by majority of the participants), in lieu of "*previous agreement*" considered in Paragraph 5-*bis* of art. 14 of law No. 241/1990, that, instead, seems to require the unanimous concert of all the interested public administrations.

3.2 The points of single contact ("sportello unico")

Of a different kind is the other "solution" falling amongst those simplification techniques which aren't procedural institutes in a strict sense: the point of single contact ("*sportello unico*").

Copyleft – Ius Publicum

It is a simplification tool having organizational features, which has gained particular importance in the productive activities' field starting from the entry into force of the Legislative Decree no. 112 of 1998, which, in relation to all the proceedings relevant to the realization, the extension, the termination, the reactivation, the localization and the re-localization of production plants, has provided the need of a centralized system "to which the interested parties can refer for all the formalities required" with the certainty that "the sole structure shall be responsible for the entire proceeding". Such provision was aimed at improving the *service functions* rendered by the public entity in favor of the companies and consisting in the collection and circulation, also online, of the information concerning the settlement and the development of the productive activities in the pertaining area (please also refer to article 3 of the Legislative Decree no. 447 of 1998).

The point of single contact model has been then improved by virtue of the Law Decree no. 112 of 2008 – providing, *inter alia*, "urgent provisions in relation to economic development, simplification and competitiveness" – which gave voice to the necessity to reduce the timing for the entry in the market (whence the famous slogan "a firm in one day", after which article 38 of the aforementioned law decree has been named), which is extremely dilated in consideration of the need to previously acquire the permits that the administrations delay to issue, in order to avoid an excessive increase in costs, to be beard by the start – up activity, caused by the slowness of the administration[100].

With the benefit of hindsight the institute has retained its original features and did not undergo substantial modifications compared to what had been regulated in the preceding years. The evolution of such institute has involved its effectiveness and not its structure. It is conceivable that the succession of the regulations relevant to the

[100] G. PIPERATA, *Lo sportello unico* (The single point of contact), *www.dejure.it*; M. SGROI, "*Lo sportello unico per le attività produttive: prospettive e problemi di un nuovo modello di amministrazione"* (The single point of contact for the productive activities: perspectives and problems of a new model of administration), in the Review *Dir. amm.*, 2001, pag. 1179 ff..

Copyleft – Ius Publicum

implementation of the point of single contact is primarily aimed at stimulating the numerous administration which were reluctant in implementing a similar structure.

The idea of a sole institutional interlocutor with which the interested parties can dialogue to obtain information in a simplified manner, and moreover, in a short time, in relation to an activity or a service they are willing to implement, has been applied in several European Union member countries[101], and has been implemented by the very same Community with the adoption of the Directive 2006/123/EC (the so called services directive) with the aim of gaining the maximum possible competitiveness in the services market, by eliminating those obstacles to the member countries' internal markets "represented by the complexity, length and legal uncertainty of administrative procedures" (XXII recital of the directive)[102]. To this end, following the example

[101] In Spain, were many autonomous communities, in collaboration with local bodies, have introduced time ago a system of points of single contact, then provided on a general basis by the law on the administrative proceeding; in France where the *Centres de formalités des entreprises* have been established in order to facilitate small and medium-sized firms in their relationship with the public administration; in Great Britain where the so called *one-stop shop* is becoming more and more widespread.

[102] S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, The services directive (123/2006/EC): genesis, objective and content) Milan, 2009; please see also R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario. Relazione per il 55° Convegno di Studi di Varenna* (The new forms of exercise of power and the communitarian regulation. speech for the 55° Meeting of Varenna), in which the author observes that "in the past communitarian regulation has been more attentive in exploiting forms of procedural simplification, suitable to the reduce the charges burdening the firms and the duration of the proceedings, while it has been "cold", if not contrary, with respect to the simplification instrument relevant to the conclusion of the proceeding, aimed at exonerating the administration from the obligation to issue an express measure".

Copyleft – Ius Publicum

of certain modernizing and good administrative practice initiatives undertaken at Community and national level, the directive establishes principles of administrative simplification, through the establishment, coordinated on a communitarian level, of a system of points of single contact, as well as with the introduction of specific provisions regarding the right to information, the online procedure and the definition of a common frame work for the authorization regimes[103].

In such view the directive requires the Member States to ensure that it is possible for providers to complete the procedures and formalities needed for access to the service activities through points of single contact (article 6), without prejudice to the allocation of functions and powers among the authorities within national systems (such concern has been expressed by the Italian legislator with the entry into force of the Legislative Decree no. 112/1998).

Furthermore, the directive aims at implementing an assistance system consisting in providing the companies with the information they have a right to receive in relation to the activities that they are willing to implement. The single points of contact should therefore provide all the information relevant to the requirements applicable to providers established in their territory, the contact details of the competent authorities enabling the latter to be contacted directly, the means of, and conditions for, accessing public registers and databases, the means of redress which are generally available in the event of dispute (article 7). Such information (which the administrative authority should keep up to date) needs to be provided as quickly as possible, in a clear and unambiguous manner and should be easily accessible at a distance and by electronic means.

Also in terms of assistance, the directive provides that the single points of contact – or other organisms such as the points of contact of the network of European Consumer

[103] T. DE LA QUADRA, F. DEL CASTILLO SALCEDO, *La direttiva sui servizi e la libertà d'impresa* (The directive on the services and the freedom of enterprise), *FA-TAR*, 2010, 1904 ss..

Copyleft – Ius Publicum

Centres – provide the relevant information also to the recipients, with particular regard to the information relevant to the access of the service activities related to the consumers' protection, the means of redress which are generally available in the event of dispute with the provider and the contact details of the associations or organizations from which recipients may obtain practical assistance.

Our Legislative Decree no. 59 of 2009, in implementing the "services directive" has practically maintained unvaried the structure of the communitarian regulation, also by expressly recalling the internal provisions which already regulated the functioning of the single points of contact[104].

By considering all of these elements, one could easily argue that the novelty contained in the directive, and the internal regulation implementing it, must be identified not so much in the constitution of new simplification measures (in consideration of the fact that they were already widely provided by the internal legislations) but in the active coordination which the Member States are called to ensure amongst the internal competent administrations.

Such objective, which proves to be complex above all in consideration of the many levels of competence which can interest the service provider activities, has to be pursued by adapting the internal legislation to the communitarian regulation, in accordance with the constitutional principles governing the allocation of the competences.

[104] Please note that pursuant to article 25, paragraph 4, of the Legislative Decree no. 59 of 2009 the Municipalities which have not established a point of single contact, or in the cases in which the point of single contact should not comply with the requisites set forth by article 38, paragraph 3, letters 1) and a-*bis)* of the Law Decree no. 112 of June 25, 2008, converted with amendments into Law no. 133 of August 6, 2008, the exercise of the relevant functions should be delegated, also in the absence of express provisions, to the Chambers of commerce, industry, crafts and agriculture ("*Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura").*

Copyleft – Ius Publicum

In such direction goes the adoption of the Legislative Decree no. 160 of 2010 ("Regulation for the simplification and the reformation of the regulation on the single point of contact for the production activities, pursuant to article 38, paragraph 3, of Law Decree no. 112 of June 25, 2008, converted, with amendments, into Law no. 133 of August 6, 2008") which, aiming at standardizing the regulation relevant to the single point of contact, has repealed the Legislative Decree no. 447 of 1998. The Legislative Decree's provisions relevant to the organization of the single point of contact for the productive activities and the implementation of the mandatory automated procedure provided in cases of applicability of the s.c.i.a, are effective starting from March 29, 2011, while those provisions relevant to the sole authorization procedure of the productive activities are effective starting from October 1, 2011.

Such regulation identifies in the single point of contact for the production activities (SUAP) the sole competent public body in relation to all the proceedings regarding the exercise of productive activities and the provision of services, except for the production plants and energy infrastructure, the activities related to the use of sources of ionizing radiation and radioactive materials, nuclear plants and facilities for the disposal of radioactive waste, the activities relating to prospecting, researching, production of hydrocarbons, as well as the strategic infrastructure and the production facilities of preeminent national interest[105].

[105] M.A. SANDULLI, G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein* (The simplification of the administrative procedure after the implementation in Italy of the Bolkestein Directive), cit.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

PUBLIC LAW AND ECONOMY

ANNUAL REPORT 2012 – GERMANY

(June 2012)

Prof. Dr. Franz REIMER[1]

INDEX

1. INTRODUCTORY REMARKS
2. THE CONSTITUTIONAL FRAMEWORK
2.1 Does the Basic Law codify the Social Market Economy?
2.2 Fundamental Economic Rights
2.3 Competences and Institutions in the Federal System
3. THE LAW OF ECONOMIC ADMINISTRATION
3.1 Regulation of Products
3.2 Regulation of Services
3.3 Regulation of Infrastructures
4. CONCLUSION
5. BIBLIOGRAPHY
6. WEBSITES

[1] Professor of Public Law and Legal Theory at Justus Liebig University Giessen.

Copyleft – Ius Publicum

1. INTRODUCTORY REMARKS

The Public-Private Law Divide[2] is important also in the field of regulating the economy. Whereas Commercial Law, the Law of Business Association, Company Law, Labour Law, Competition Law and Anti-Trust Law[3] are traditionally regarded as Private Law, Trade Law, Finance Law, Tax Law, and a host of other subdivisions of the Law concerning the economy are part of the expanding field of the Law of Economic Administration, i.e. Public Law. Consumer Protection Law (perceived as a new field in spite of the existence of many consumer protection provisions for the last 150 years) partly falls within the ambit of Private Law (e.g. Law of Obligations), partly within the scope of Public Law (e.g. Trade Law). The difference is not as much one of substantive principles (for private autonomy as the underlying concept in Private Law is not dissimilar to freedom of trade as the traditional principle in the Law of Economic Administration) as it is one of enforcement (private players v. state agencies) and competent judiciary (ordinary courts v. administrative courts). Equally, the field of State Liability is, for historic reasons, a mixture of Public and Private Law provisions (still waiting for codification). Accordingly, Private Law and Public Law can be seen as "mutually supportive reciprocal models"[4] also in the field of regulating the economy.

[2] Cf. Ulrich Stelkens, The Public-Private Law Divide, Annual Report 2010 – Germany.

[3] For an outline of this fields, cf. Nigel Foster & Satish Sule, German Legal System and Laws, 4th ed. 2011, pp. 535 seqq.

[4] Wechselseitige Auffangordnungen" (an expression coined by Wolfgang Hoffmann-Riem, Reform des allge- meinen Verwaltungsrechts – Vorüberlegungen, DVBl. 1994, 1381, 1386 f., translation by Ulrich Stelkens, n. 1, p. 16/7).

Copyleft – Ius Publicum

Following the German legal technique of prescinding and collecting general doctrines of the respective field of law, the Law of Economic Administration is conceptualized as one of the branches of Particular Administrative Law (codified for instance in the Trade Act dating back to 1869,[5] or the Banking Act dating back to 1961[6], as opposed to General Administrative Law (codified mainly in the Law of Administrative Proceedings of 25 May 1976[7]). Applying Administrative Law therefore regularly means applying both the specific codification(s) and the subsidiary Law of Administrative Proceedings. Moreover, in times of intense Europeanization,[8] applying German Law very often amounts to applying EU Law (at least by interpreting the German provision in conformity with the respective directive, or indeed the Treaties). It should, in addition, be stressed that important fields of Particular Administrative Law, in spite of their enormous economic relevance, such as Tax Law, and Social Security Law, are treated as quasi-autonomous fields of Public Law, represented not only by

[5] Cf. infra 3.1.

[6] „Kreditwesengesetz"; for an (unofficial) translation cf. http://www.bundesbank.de/Redaktion/EN/Downloads/Core_business_areas/Banking_supervision/PDF/banking_ act.pdf? blob=publicationFile (14.5.2013).

[7] „Verwaltungsverfahrensgesetz"; for an (unofficial) translation cf. Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, 2nd ed. 2001, Appendix II, pp. 286 seqq.

[8] The prediction by Jacques Delors that 80 % of all business law rules in the Member States will have a Europe- an background seems, in Germany, to have come true for the field of environmental law only, cf. Thomas König & Lars Mäder, Politische Vierteljahresschrift vol. 49 (2008), p. 438 at 442.

Copyleft – Ius Publicum

own codifications[9] but also separate chairs, associations, and guilds. In sum, German Public Law concerning the economy is characterized by codification, expansion, Europeanization, and fragmentation.

2. THE CONSTITUTIONAL FRAMEWORK

2.1. Does the Basic Law codify the Social Market Economy?

Since the Basic Law does mention the Social State (Art. 20 I and Art. 28 I) but refrains from explicitly enshrining the market economy, the 1950s saw an intense controversy about the economic neutrality of the German Constitution. Bundesverfassungsgericht stated that the Basic Law did not prescribe a particular economic policy and left a wide margin of appreciation to the legislative as long as Parliament respected the fundamental rights.[10] This truism was erroneously taken as a confirmation of "economic neutrality" of the constitution. In effect, the economic rights granted in the Basic Law (infra, 2.2) do not allow Parliament to introduce a command economy, and even the nationalization clause (Art. 15) turned out to be a bulwark against

[9] E.g. Abgabenordnung (Fiscal Code), cf. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/index.html, and Sozi- algesetzbuch (Social Security Code). For a sketch of Social Law in Germany, cf. Foster & Sule (n. 2), pp. 310 seqq. – The economic relevance of Social Law in Germany is highlighted by Stephan Rixen, Sozialrecht als Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005.

[10] BVerfGE 4, 7, 17; 50, 290, 338.

Copyleft – Ius Publicum

nationalization given its unambiguous compensation requirement. Consequently, the task in interpreting the constitutional framework is "to combine the general freedom of economic and social design (which must remain with the legislator) and the protection of liberty which every citizen is entitled to not least in relation to the legislator."[11] The Treaty between the Federal Republic of Germany and the German Democratic Republic establishing a Monetary, Economic and Social Union of 18 May 1990 in its Art. 1 (3) characterizes the economic system of Germany as "the Social Market Economy". This formula correctly sums up the constitutional and statutory law as it stands but is not, in the prevailing view, part of constitutional law itself.

2.2. Fundamental Economic Rights.

The free choice of occupation or profession (Berufsfreiheit) is granted by Art. 12 I Basic Law which reads:

> All Germans shall have the right freely to choose their occupation or profession, their place of work and their place of training. The practice of an occupation or profession may be regulated by or pursuant to a law.[12] Bundesverfassungsgericht sees the two distinct sentences as describing a single and uniform liberty. In consequence, the limitation clause (second sentence) is understood to concern both sentences, i.e. already the choice of occupation or profession.[13] In its famous Pharmacists case

[11] BVerfGE 50, 290, 338 (translation by F.R.).

[12] Translation (as of all articles of the Basic Law cited here) by Christian Tomuschat and David P. Currie, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0060 (14.5.2013).

[13] BVerfGE 7, 377, 401 – „Apotheke".

Copyleft – Ius Publicum

("Apothekenentscheidung") of 1958, the Court decided that limitations are restricted according to their respective type: On the first stage, regulations as to the practice of an occupation or profession can be justified by reasonable considerations of the public interest. The second stage pertains to so-called "subjective limitations of admissibility" (i.e. qualification requirements); they must be justified by the protection of important public interests. On a third stage, "objective limitations of admissibility" (criteria such as quotas) can only be justified by the need to ward off grave dangers to an outstanding vital public interest.[14] Art. 19 III makes it clear that the occupational freedom, like all basic rights, „shall also apply to domestic artificial persons to the extent that the nature of such rights permits." In other words, companies can equally refer to this freedom – and, after the ordinary proceedings in the judiciary, file a constitutional complaint to Bundesverfassungsgericht under Art. 93 I No. 4 lit. a of the Basic Law. However, the Court has rarely interfered with legislation concerning the economy on the grounds of Art. 12, stressing the legislator's margin of appreciation.

A further cornerstone of the constitutional framework for the economy is the guarantee of property and inheritance in Art. 14:

(1) Property and the right of inheritance shall be guaranteed. Their content and limits shall be defined by the laws.

(2) Property entails obligations. Its use shall also serve the public good.

(3) Expropriation shall only be permissible for the public good. It may only be ordered by or pursuant to a law that determines the nature and extent of compensation. Such compensation shall be determined by establishing an equitable balance between the public interest and the interests of those affected. In case of dispute concerning the amount of compensation, recourse may be had to the ordinary courts.

[14] Cf. the illuminating presentation in Foster & Sule (n. 2), pp. 261-263.

Copyleft – Ius Publicum

Again, companies are entitled by this article by virtue of Art. 19 III (vide supra). "Property" is given a wide meaning, including claims in the social security system. While the scope of Art. 14 covers everything a person has acquired, Art. 12 (i.e. occupational freedom) protects the process of acquisition. And again, Bundesverfassungsgericht is reluctant to interfere with legislation restricting property, justifying Parliament's margin of appreciation with the explicit public good clause in Art. 14 II.

In the jurisprudence of the Bundesverfassungsgericht, Art. 2 I GG ("Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law") is seen as a subsidiary right also in the field of economic activities, i.e. applicable if no other rights (such as Art. 12 I or 14) apply. Accordingly, the right to enter into contracts can be located here. However, the limitation clause gives Parliament wide powers to restrict this general freedom. Of course, in German Constitutional Law all restrictions of personal freedoms are subject to the proportionality test. In other words, the state interference must

- have a legitimate purpose,
- be suitable (i.e. capable of achieving or at least promoting this purpose),
- be necessary (i.e. there must not be a less serious means which is equally suitable),
- be proportionate (i.e. appropriate in a balance of all interests concerned).

Finally, mention should be made of Art. 3 I ("All persons shall be equal before the law.") which again applies to artificial persons such as companies (Art. 19 III). This provision of equity before the law has proved to be an ubiquitous constitutional criterion. Of course, it is in particular referred to in proceedings about state promotion of the economy.

Copyleft – Ius Publicum

2.3 Competences and Institutions in the Federal System

Germany being a Federal Republic, the allocation of competences is of enormous economic importance. While the basic rule is contained in Art. 30 GG ("Except as otherwise provided or permitted by this Basic Law, the exercise of state powers and the discharge of state functions is a matter for the Länder."), the legal and political situation is inverse. For the area of legislative competences, this is illustrated by the long lists of matters in Art. 73 and Art. 74 of the Basic Law for which the Bund (i.e. the federation as opposed to the Länder) is competent. Virtually all fields of economic life fall within the scope of the Bund. As a symbolic concession, the Federalism Reform of 2006 has slightly restricted the competence for matters of the economy. The provision (Art. 74 I Nr. 11) now reads:

Concurrent legislative power shall extend to the following matters: … the law relating to economic matters (mining, industry, energy, crafts, trades, commerce, banking, stock exchanges and private insurance), except for the law on shop closing hours, restaurants, game halls, display of individual persons, trade fairs, exhibitions and markets; …

Still, the federal legislature is in charge of most areas of economic relevance.

As far as the executive is concerned, the picture is different. According to Art. 83, the Länder (States) are responsible for the execution of the Law irrespective of its nature (federal or otherwise). In other words, state control of the economy is mainly in the hands of the Länder. Amongst the most notable exceptions are, as specialized federal authorities,

- Federal Network Agency for Electricity, Gas, Telecommunications, Post and Railway (Bundesnetzagentur),

- Federal Office of Economics and Export Control (Bundesagentur für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle), which has, contrary to its somewhat misleading name, specific competences in the fields of foreign trade, promotion of economic development, and

Copyleft – Ius Publicum

energy (only),

- Federal Financial Supervisory Authority (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht), and

- Federal competition Authority (Bundeskartellamt).

3. THE LAW OF ECONOMIC ADMINISTRATION

3.1. Regulation of Products

The "Law of Products" is, for obvious reasons, an almost entirely Europeanized field. The central codification, Produktsicherheitsgesetz,[15] serves as an implementation of (at present) 13 European directives and as the legal basis for ministries to issue ordinances (Rechtsverordnungen). At the moment, there are 11 ordinances in force, covering products from toys to recreational craft. The ecological requirements as set out by the ecodesign directive[16] and the respective implementing measures are transformed by a separate Act (Gesetz über die umweltgerechte Gestaltung

[15] Gesetz über die Bereitstellung von Produkten auf dem Markt (Produktsicherheitsgesetz – ProdSG) of 8.11.2011, official translation: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_prodsg/index.html (15.5.2013).

[16] Directive 2009/125/EC of 21 October 2009 establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for energy-related products, OJ L 285 of 31.10.2009 p. 10.

Copyleft – Ius Publicum

energieverbrauchsrelevanter Produkte[17]).

3.2 Regulation of Services

Services are traditionally regulated by the Trade Act (Gewerbeordnung)[18] which is the refined codification of 1869. Its leading principle is freedom of trade (sec. 1), i.e. the right to take up a trade without prior permission, restricted by a number of provisions for trades which are regarded as hazardous, such as running hospitals, or amusement halls, and combined with a statutory basis for a ban in case of unreliability (sec. 35). Conversely, the Crafts Code (Handwerksordnung) states a general permission requirement, the permission being granted in case of personal competence, thereby codifying the traditional German guild model. The Federal Law on public houses and restaurants (Gaststättengesetz) can be replaced by the Länder on the basis of the amended Art. 74 I Nr. 11 Basic Law (cf. supra 2.3), and indeed some Länder (e.g. Hessen, Niedersachsen) have taken the chance to replace the permission requirement with a mere duty of disclosure. Persons running a trade, business, or craft are by law members of the respective chamber (local Chamber of Industry and Commerce, Chamber of Crafts etc.) which Bundesverfassungsgericht has frequently held to be in conformity with constitutional law (namely, Art. 2 I Basic Law). The liberal professions are subject to separate codifications as well as mandatory membership in their own chambers (medical association, bar association, architectural association etc.). Accordingly, the European Services Directive (2006/123/EC) has been implemented by way of amendment of the various acts and statutory instruments.

[17] Gesetz über die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte of 27.2.2008 (no official translation apparent at the moment).

[18] Gewerbeordnung as published on 22.2.1999 (apparently no official translation).

Copyleft – Ius Publicum

3.3 Regulation of Infrastructures

While the construction of buildings is in general subject to a building permit pursuant to the Building Law of the respective Federal State, hazardous facilities can only be erected and run on the basis of a permit issued in accordance with the Federal Immission Control Act (Bundes-Immissionsschutzgesetz). This instrument ensures the observance of the manifold environmental requirements enshrined in diverse acts.[19] Bigger facilities such as airports, highways, waste dumps (etc.) are subject to the complex "plan approval procedure" (Planfeststellungsverfahren) unter sec. 73 et seq. of the Law of Administrative Proceedings.[20] The intricate procedural rules including mandatory participation of the public in general contribute to acceptable conflict resolutions. Recent projects such as the reconstruction of Stuttgart Central Railway Station (known as "Stuttgart 21"), however, have raised doubts as to the adequacy of the provisions.

4. CONCLUSION

As indicated above, the regulation of economic activities (in particular in the fields of services and infrastructures) is intense in Germany. While some see this as a drawback in the international competition, the administrative law framework appears to be a safeguard of reliable and sustainable decisions. Attempts to decrease or "liberalize" regulation in the last two decades (e.g. in the field of building law) have brought new problems and doubtful overall outcomes.

[19] Cf. Andreas Glaser, German Environmental Law in a Nutshell.

[20] Cf. supra n. 6.

Copyleft – Ius Publicum

5. BIBLIOGRAPHY

Peter Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung. Ein exemplarischer Leitfaden, 4th ed., 2011.

Nigel Foster & Satish Sule, German Legal System and Laws, 4th ed. 2011.

Knut Wolfgang Nörr, Die Republik der Wirtschaft (Beiträge zur Privatrechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts), vol. 1, 1999: Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition; vol. 2, 2007: Von der sozialliberalen Koalition bis zur Wiedervereinigung.

Franz Reimer, Personalität, Solidarität, Subsidiarität? Zur Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes, in: Freiburger Universitätsblätter 2006, pp. 97-117.

Gerhard Robbers, An Introduction to German Law, 5th ed., 2012.

Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, 2nd ed. 2001.

6. WEBSITES

Federal Ministry of Economics and and Technology (Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie): http://www.bmwi.de/EN/root.html

Federal Network Agency for Electricity, Gas, Telecommunications, Post and Railway (Bundesnetzagentur): http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1911/EN/Home/

Federal Office of Economics and Export Control (Bundesagentur für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle): http://www.bafa.de/bafa/en/index.html

Federal Financial Supervisory Authority (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht): http://www.bafin.de/EN/Homepage/homepage_node.html

Copyleft – Ius Publicum

Federal competition Authority (Bundeskartellamt): http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/index.php

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

REPORT ANNUALE – 2013 - ITALIA

(Maggio 2013)

Marco BOMBARDELLI

INDICE

1. UN DIVERSO MODELLO DI AMMINISTRAZIONE
2. IL CARATTERE DELL'INDIPENDENZA
3. IL QUADRO GENERALE DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI
4. LE RELAZIONI RECIPROCHE
5. LE FUNZIONI SVOLTE
5.1 Le funzioni amministrative
5.2 La funzione normativa
5.3 La funzione quasi giudiziale
6. LA TUTELA VERSO GLI ATTI DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

Copyleft – Ius Publicum

1. UN DIVERSO MODELLO DI AMMINISTRAZIONE

Le autorità amministrative indipendenti sono un insieme di amministrazioni pubbliche che operano per la tutela di interessi di rilievo costituzionale in ambito economico e sociale, caratterizzate da indipendenza dal potere di direttiva e di controllo del governo, da una connotazione neutrale rispetto alla politica e agli interessi su cui intervengono, nonché da un alto grado di competenza tecnica nel settore di pertinenza[1]. Esse rappresentano dunque un modello di amministrazione diverso rispetto a quelli tradizionali, che viene introdotto da un lato per rendere più efficace e dall'altro per collocare al di fuori della sfera dell'indirizzo politico l'intervento amministrativo in settori economici e sociali particolarmente rilevanti, caratterizzati da una grande dinamicità dei mercati e da un continuo progresso tecnologico, rispetto ai quali le usuali modalità operative della pubblica amministrazione si rivelano inadeguate[2].

Nell'ordinamento italiano cominciano a diffondersi soprattutto a partire dal 1990, quando si assiste, da un lato, all'istituzione per legge di diversi enti riconducibili direttamente a questo modello organizzativo e, dall'altro, al progressivo rafforzamento del

[1] Sui caratteri delle autorità amministrative indipendenti si vedano in generale, fra gli altri, M. D'ALBERTI, *Autorità amministrative indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, 1995,1 ss.; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. pubb.*, 1996, 133 ss.; S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. pubb.*, 1998, 645 ss.; F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. Giur. Aggiornamenti*, VI, 143 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009.

[2] Sull'inadeguatezza delle amministrazioni tradizionali ad intervenire in settori economici i continua evoluzione, oltre agli A. citati alla nota precedente, si vedano le considerazioni svolte da G. PERICU, *Brevi considerazioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, 1 ss.

Copyleft – Ius Publicum

carattere dell'indipendenza di amministrazioni più tradizionali, già titolari di particolari competenze tecniche e di funzioni di governo o di regolazione di settori economici rilevanti. Lo sviluppo di queste amministrazioni è correlato allo sviluppo di fenomeni di privatizzazione e di liberalizzazione in molti settori economici prima caratterizzati dalla riserva a favore di poteri pubblici o comunque dall'affidamento diretto dell'attività d'impresa a soggetti pubblici. Il superamento del modello di intervento pubblico dirigistico e interventista e la contestuale apertura al mercato di settori economici rilevanti, con l'introduzione in essi della logica del profitto di impresa e del rischio di creazione di posizioni private dominanti, mette a rischio sia le finalità sociali a cui l'ordinamento continua ad attribuire rilevanza, sia l'interesse degli operatori più deboli del mercato, in particolare gli utenti e i consumatori. Per questo si cerca in primo luogo di accompagnare la liberalizzazione con la determinazione di adeguate "regole del gioco" – idonee da un lato a tutelare la stabilità, la concorrenza e la trasparenza del mercato e dall'altro a inserire nel funzionamento della dinamica di quest'ultimo anche la considerazione di particolari finalità sociali – e poi appunto di individuare degli organismi tecnici specializzati, capaci di operare in modo neutrale e indipendente al fine di far rispettare queste regole[3].

2. IL CARATTERE DELL'INDIPENDENZA

Il carattere distintivo di queste autorità amministrative è quello dell'indipendenza, che le distanzia dal circuito politico e dagli interessi settoriali su cui sono chiamate a

[3] Sulla connessione tra lo sviluppo delle autorità indipendenti e i cambiamenti nelle modalità dell'intervento pubblico nell'economia si veda L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010, 127 ss.

Copyleft – Ius Publicum

intervenire e le colloca in una posizione di terzietà che le abilita a predisporre e far applicare le regole relative al settore di pertinenza[4].

L'indipendenza si presenta sia sotto un profilo strutturale che sotto un profilo funzionale. Dal primo punto di vista, essa si concreta nella netta separazione tra le autorità amministrative da una parte e gli organi di indirizzo politico e i soggetti regolati dall'altra. In particolare, essa è determinata dai requisiti previsti per la nomina dei membri, dalle modalità di nomina, dalle condizioni di incompatibilità, dalla durata del mandato e dal divieto di reiterazione dello stesso (o al più dalla possibilità che quest'ultima avvenga una volta sola). Per quanto riguarda in particolare le modalità di nomina, si possono avere nomine di origine parlamentare, affidate a seconda dei casi ai Presidenti delle Camere o all'intera assemblea, nomine di origine mista, nell'ambito delle quali una parte dei membri è di nomina parlamentare e un'altra è di nomina governativa, e nomine di origine governativa, le quali però riducono la piena indipendenza dell'autorità amministrativa. Tra i requisiti previsti per la nomina dei membri sono di grande importanza quello del possesso di competenze tecniche e scientifiche idonee per il settore di cui l'autorità è chiamata ad occuparsi e quello della loro capacità di operare al riparo dall'influenza di poteri esterni, sia di tipo politico che di natura economica. Per questo è previsto anche un rigoroso regime delle incompatibilità, che mira a escludere la possibilità di svolgere attività di consulenza, di ricoprire uffici pubblici o essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati. In genere è anche previsto che la durata del mandato sia più lunga di quella della legislatura e che non ci sia per più di una volta la possibilità di reiterazione del mandato presso la stessa autorità.

[4] Sul carattere dell'indipendenza si vedano, oltre agli A. citati alla nt. 1, V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, II, 368 ss.; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in M. CLARICH, G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 87 ss.; G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 27 ss.; L. CUOCOLO, *Le autorità indipendenti*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2010, 433 ss.

Copyleft – Ius Publicum

Dal punto di vista funzionale invece, l'indipendenza si manifesta nella possibilità di operare con piena autonomia di giudizio e di valutazione, senza condizionamenti da parte del governo o dei soggetti regolati. Sotto questo profilo l'indipendenza si concreta in particolare nel riconoscimento di autonomia organizzativa, in base alla quale le autorità possono disciplinare da sé il funzionamento dei propri uffici e del personale ad essi adibito, di autonomia finanziaria, in base alla quale le autorità operano sulla base di risorse ad esse direttamente stanziate, senza quindi dipendere per le stesse dal governo o dai singoli ministeri, e autonomia contabile, che consente alle autorità di disporre delle proprie spese e di impostare liberamente i propri bilanci, anche diversamente da quanto previsto dalle regole generali di contabilità dello Stato.

Il requisito dell'indipendenza non deve soltanto essere riconosciuto sul piano formale, ma va anche mantenuto nel concreto svolgersi dell'azione di queste autorità. I due fenomeni che maggiormente lo possono mettere in discussione sono, da un lato, la possibilità di condizionamento che il regolatore può subire da parte dei soggetti regolati e, al lato opposto, quello che le amministrazioni indipendenti si trovino, in virtù proprio della loro indipendenza, a esercitare le loro funzioni al di fuori di un preciso quadro di responsabilità. Sotto il primo profilo, diventa importante il rafforzamento delle autorità amministrative sul piano tecnico, anche con l'attribuzione di adeguati strumenti di conoscenza e di informazione sul settore regolato, rivolto a sottrarre le stesse dall'influenza che i soggetti regolati sono in grado di esercitare sulle scelte regolatorie in virtù delle maggiori risorse e delle maggiori informazioni di cui dispongono. Sotto il secondo profilo, è fondamentale il perfezionamento del sistema di *accountability* delle amministrazioni, finalizzato a definire chiaramente come le stesse siano chiamate a rispondere del loro operato sul piano della competenza tecnica e a compensare in questo modo la loro sottrazione al circuito politico-rappresentativo[5].

[5] Sui problemi di cui si è detto nel testo si vedano S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, n. 2, 265 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 168 ss.

Copyleft – Ius Publicum

3. IL QUADRO GENERALE DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

Sotto il profilo strutturale le autorità individuate come indipendenti non si presentano in modo univoco e indifferenziato, ma assumono caratteri particolari derivanti dalle rispettive leggi istitutive, spesso delineati anche in funzione degli specifici settori a cui sono preposte[6]. Le autorità amministrative indipendenti possono quindi essere raggruppate con riferimento agli ambiti in cui sono chiamate a intervenire.

Un primo gruppo di autorità è quello che opera nella regolazione dei mercati finanziari. Fra di esse rientrano un'amministrazione a competenza generale, ovvero l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato (AGCM), e altre autorità a carattere settoriale, quali in particolare la Banca d'Italia, la Commissione nazionale per le società e per la borsa (CONSOB) e l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS).

L'AGCM è stata istituita con la legge 10 ottobre 1990, n. 287 ed è composta dal Presidente e da quattro membri, nominati d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato, con mandato di sette anni e senza possibilità di rinnovo. Essa opera per tutelare la libertà di iniziativa economica e la concorrenza, previste rispettivamente dall'art. 41 e dall'art. 117, c.2, lett. e) della Costituzione. In particolare, l'Autorità è chiamata a vigilare a livello nazionale sulle intese restrittive della concorrenza, sugli abusi di posizione dominante, e sulle operazioni di concentrazione potenzialmente restrittive della concorrenza. Inoltre, in base a quanto previsto dal reg. Cee n. 1/2003 del 16 dicembre 2002, è chiamata a cooperare nella rete europea della concorrenza per vigilare sull'applicazione degli art. 101 e 102 del TFUE. Ad essa spettano poi competenze previste da altre disposizioni normative in materia di pratiche commerciali (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)

[6] Per un approfondimento del quadro d'insieme delle diverse autorità amministrative indipendenti si vedano i saggi raccolti in G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative*, cit., 141 ss.

Copyleft – Ius Publicum

e di pubblicità ingannevole (d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, attuativo dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE).

La Banca d'Italia ha una storia più lunga delle altre autorità indipendenti, risalendo la sua fondazione al 1893, ma anch'essa ha visto ridefinire la sua struttura e le sue funzioni nel periodo successivo al 1990, sia con il d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo Unico bancario) che con la legge 28 dicembre 2005, n. 262. Attualmente la sua struttura è regolata dall'art. 19 della legge n. 262/2005, in base a cui essa è composta da un Governatore, nominato con d.P.R., previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, sentito il parere del Consiglio superiore della Banca d'Italia, e da un Direttorio, di cui fanno parte oltre al Governatore altri quattro membri (ovvero il Direttore generale e tre Vice direttori generali). Tutti durano in carica sei anni, con la possibilità di un solo rinnovo del mandato. La Banca d'Italia è la Banca centrale italiana e svolge le sue funzioni monetarie nell'ambito del Sistema europeo delle banche centrali. Essa ha poi funzioni normative, di vigilanza e di controllo sulle banche e sugli intermediari finanziari, operando per garantire la sana e prudente gestione delle banche e la stabilità e l'efficienza del sistema bancario. Nell'esercizio delle funzioni di vigilanza la Banca d'Italia è parte del Sistema europeo delle autorità di vigilanza finanziaria (SEVIF) e partecipa alle attività che esso svolge (art. 6, d.lgs. n. 385/1993).

La CONSOB nasce nel 1974 come organo del ministero del Tesoro e assume i caratteri dell'autorità indipendente con modifiche successive della sua natura giuridica, operate in particolare con la legge con la legge 4 giugno 1985, n. 281. Essa è composta da un Presidente e da quattro membri, nominati con d.P.R., previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio, che durano in carica cinque anni e possono essere confermati una sola volta. Essa si occupa in particolare di vigilanza sui mercati di strumenti e prodotti finanziari; di vigilanza e di controllo sulla borsa e sulle società private di gestione dei mercati; della disciplina delle società quotate e dei soggetti che sollecitano il pubblico risparmio; della tutela degli investitori e in generale della garanzia dell'efficienza, della trasparenza e dello sviluppo dei mercati sottoposti alla sua regolazione. Fa parte del Comitato delle autorità europee di regolamentazione dei valori mobiliari istituito con decisione della Commissione CE del 6 giugno 2001.

Copyleft – Ius Publicum

L'IVASS è stato istituito dall'art. 13 del d.l. 6 luglio 2012 n. 95, conv. con l. 7 agosto 2012 n. 135, e dal 1° gennaio 2013 è subentrato nella regolazione del mercato assicurativo all'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni private (ISVAP), a suo tempo istituito con l. 12 agosto 1982, n. 576. La sua composizione mira a rafforzare il coordinamento con la funzione di vigilanza svolta dalla Banca di Italia: essa si compone infatti di un Presidente, individuato proprio nel Governatore della Banca d'Italia, e di due Consiglieri, nominati per una durata di sei anni, con possibilità di rinnovo per un ulteriore mandato, ad iniziativa del Presidente del Consiglio, previa delibera del Consiglio dei Ministri, su proposta del Governatore della Banca d'Italia e di concerto con il Ministro dello sviluppo economico. Alcune competenze sono poi affidate al Direttorio integrato della Banca d'Italia, costituito dal Governatore della Banca d'Italia, che lo presiede, dagli altri membri del Direttorio della Banca e dai due Consiglieri dell'istituto. L'IVASS è l'autorità a cui spetta la vigilanza sul settore assicurativo ed è chiamato ad occuparsi in particolare della sana e prudente gestione delle imprese di assicurazione; della trasparenza e della correttezza dei comportamenti degli operatori del settore assicurativo; della stabilità, dell'efficienza, della competitività e del buon funzionamento del sistema assicurativo; nonché in generale della tutela degli assicurati.

Un'altra autorità chiamata a operare a tutela dei consumatori nel settore del risparmio e più in generale della previdenza è la Commissione per la vigilanza sui fondi pensione (COVIP), istituita con il d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124 e ora disciplinata dal d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252. Il suo Presidente e i suoi quattro membri sono nominati per quattro anni, con possibilità di rinnovo del mandato per una sola volta, con deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Sulla COVIP esiste un potere di indirizzo del Ministero del lavoro, che ne riduce l'indipendenza anche sul piano funzionale. Tuttavia, questo organismo presenta caratteri propri delle autorità indipendenti di tipo settoriale, essendo chiamata a vigilare sul buon funzionamento del sistema di previdenza complementare; a vigilare sulla correttezza, sulla trasparenza e sulla sana e prudente gestione delle forme pensionistiche complementari; a regolare l'accesso al relativo mercato attraverso l'esercizio di poteri autorizzatori; a tutelare gli iscritti e i beneficiari dei fondi pensione.

Copyleft – Ius Publicum

Fra le autorità amministrative chiamate a vigilare su specifici settori economici troviamo poi anche l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

L'Autorità per l'energia elettrica ed il gas è stata istituita con la legge 14 novembre 1995, n. 481, ed è costituita dal Presidente e da due membri, nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro competente, a seguito di un parere delle competenti Commissioni parlamentari. Questa autorità indipendente è chiamata a operare per tutelare i clienti finali e per garantire mercati effettivamente concorrenziali. A tal fine essa ha il compito di fissare le tariffe per i servizi regolati e di vigilare sulla qualità degli stessi, prevedendo anche meccanismi di rimborso per i consumatori nel caso di mancato rispetto degli standard di qualità previsti.

L'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni (AGcom), prevista anch'essa dalla legge n. 481/1995, è stata effettivamente istituita dalla legge 31 luglio 1997, n. 249, prendendo il posto del Garante per la radiodiffusione e l'editoria, a suo tempo istituito con la legge 6 agosto 1990, n. 223. Essa è composta da un Presidente, nominato su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri d'intesa con il Ministro delle comunicazioni, e da quattro commissari, scelti due ciascuno dal Senato e dalla Camera dei deputati. Essa svolge funzioni di regolazione, vigilanza e risoluzione delle controversie nel settore delle telecomunicazioni, si occupa delle tutela della concorrenza nel settore delle comunicazioni, garantisce il pluralismo nel settore radiotelevisivo e opera per la tutela degli utenti, vigilando sulla qualità dei servizi e operando anche per risolvere le controversie fra operatori e utenti.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture è istituita nella sua attuale composizione dall'art. 4 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e subentra all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, istituita dall'articolo 4 della legge 11 febbraio 1994, n. 109. Essa è composta da sette membri, nel cui ambito viene eletto il Presidente, nominati per sette anni, senza possibilità di conferma, con determinazione

Copyleft – Ius Publicum

adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Essa è chiamata a vigilare sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, al fine di garantire il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara.

In materia di tutela dei diritti costituzionalmente garantiti troviamo poi attive altre due autorità amministrative indipendenti, ovvero la Commissione di garanzia sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e il Garante per la tutela dei dati personali

La prima è stata istituita con l'art. 12 della legge 12 giugno 1990, n. 146 (poi modificata con l. 26 febbraio 2010, n. 25) e si compone di nove membri, che nel loro ambito eleggono il Presidente. Essi vengono scelti su designazione dei Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, per un mandato di sei anni rinnovabile una sola volta. Questa autorità è chiamata a operare per assicurare il contemperamento dell'esercizio del diritto di sciopero assicurato dall'art. 40 della Costituzione, con il godimento di altri diritti della persona, anch'essi costituzionalmente tutelati, quali in particolare i diritti alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione. A tal fine dispone di poteri di conciliazione, di poteri di vigilanza sul rispetto delle regole per lo sciopero nei servizi essenziali (congruo preavviso, garanzia delle prestazioni essenziali, distanza dal precedente sciopero, durata), nonché di poteri di segnalazione alle amministrazioni competenti delle eventuali trasgressioni, al fine dell'adozione dei necessari provvedimenti (precettazione, sanzioni, ecc.).

L'Autorità garante per la protezione dei dati personali, istituita con la legge 31 dicembre 1996, n. 675, è ora disciplinata dall'art. 153 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Essa ha quattro componenti eletti con mandato di quattro anni, rinnovabile una sola volta, due dalla Camera dei deputati e due dal Senato della Repubblica, che eleggono al loro interno il Presidente, il cui voto prevale in caso di parità. Questa autorità indipendente è chiamata a vigilare affinché il trattamento dei dati personali effettuato sia da soggetti pubblici che da soggetti privati avvenga con le modalità previste dal Codice della privacy e

Copyleft – Ius Publicum

nel rispetto dei diritti da esso tutelati, fra cui in particolare la riservatezza e l'identità personale dei soggetti a cui i dati si riferiscono. A tal fine può chiedere informazioni ai titolari dei trattamenti, svolgere indagini e se necessario anche intervenire per arginare i trattamenti illeciti, imponendone la modifica o anche la sospensione, e comminando sanzioni ai trasgressori. Ha inoltre compiti quasi giudiziali di risoluzione delle controversie.

Alcuni dei caratteri tipici delle autorità indipendenti sono propri anche della Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CiVIT), istituita dall'art. 13 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150. Essa è composta da cinque componenti, nominati con d.P.R., previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro per l'attuazione del programma di Governo, previo parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti. Questa Commissione è chiamata a operare in posizione di indipendenza di giudizio e di valutazione e in piena autonomia, con il compito di indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio indipendente delle funzioni di valutazione delle amministrazioni pubbliche, di garantire la trasparenza dei sistemi di valutazione, di assicurare la comparabilità e la visibilità degli indici di andamento gestionale.

4. LE RELAZIONI RECIPROCHE

Le autorità amministrative indipendenti si caratterizzano quindi in genere per il carattere settoriale, in quanto preposte alla regolazione di settori specifici, anche se non mancano esempi di autorità a competenza generale, a cui spetta intervenire per la tutela di valori trasversali a più settori economici e sociali, come accade ad esempio per l'AGCM in materia di concorrenza e all'Autorità garante per la protezione dei dati personali in materia di riservatezza. Può accadere che gli interventi delle diverse autorità indipendenti vadano a sovrapporsi, sia negli spazi d intersezione dei settori oggetto della regolazione, sia negli ambiti in cui la tutela di valori generali comporta l'intervento in settori specifici, come

Copyleft – Ius Publicum

accade tipicamente per la concorrenza nei diversi mercati soggetti a regolazione. Non c'è una regola di legge precisa su come risolvere i conflitti che possono sorgere quando due autorità indipendenti regolano in maniera diversa la stessa fattispecie, anche se non mancano disposizioni volte a coordinare le diverse forme di intervento[7]. In caso di conflitto occorre prima di tutto procedere a una verifica puntuale della competenza per quella materia. Se da questa verifica emerge la sussistenza di una competenza di entrambe le autorità, va preferito il quadro regolatorio posto dall'autorità a competenza trasversale rispetto a quello posto dall'autorità a competenza settoriale[8].

5. LE FUNZIONI SVOLTE

Per quanto riguarda le funzioni svolte, le autorità indipendenti sono caratterizzate dal fatto che, pur essendo connotate come amministrazioni pubbliche, esse svolgono non soltanto funzioni di natura propriamente amministrativa, ma anche importanti funzioni normative, nonché funzioni quasi giudiziali[9].

[7] Si veda ad esempio l'art. 7. comma 5 del d.lgs. n. 385/1993, secondo cui "La Banca d'Italia, la CONSOB, la COVIP e l'SVAP [ora IVASS] collaborano tra loro, anche mediante scambio di informazioni, al fine di agevolare le rispettive funzioni". Sulla collaborazione fra le autorità indipendenti si veda M. CLARICH, *I procedimenti e le forme di collaborazione tra Autorità di vigilanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 301 ss.

[8] Si veda in tal senso Cons. Stato, sez. VI, 16 ottobre 2002, n. 5640, in *www.giustiziamministrativa.it.*

[9] Sulla compresenza di poteri diversi come carattere tipico delle autorità indipendenti si veda per tutti M. D'ALBERTI, *Autorità amministrative indipendenti*, cit., 1 ss.

Copyleft – Ius Publicum

5.1 Le funzioni amministrative

Le autorità amministrative indipendenti svolgono funzioni amministrative ausiliarie e funzioni di natura provvedimentale. Tra le prime rientrano essenzialmente l'esercizio di attività consultiva, l'attività di segnalazione al Parlamento dei problemi insorgenti nei propri settori di competenza, da risolvere in via normativa, e la predisposizione di relazioni annuali da inviare al Parlamento relativamente al quadro complessivo delle loro attività. Le autorità indipendenti intervengono però più direttamente nel settore economico ad esse affidato attraverso l'adozione di atti e provvedimenti amministrativi, nell'adozione dei quali si trovano spesso ad avere margini di valutazione discrezionale piuttosto ristretti, con un ruolo che tende a connotarsi sempre più in modo tecnico e che si limita in genere alla verifica della presenza di requisiti fissati a livello normativo e/o all'applicazione di regole e formule tecniche[10]. In particolare, le amministrazioni indipendenti hanno un ruolo fondamentale nella disciplina dell'accesso ai mercati regolati, che si manifesta attraverso il rilascio di autorizzazioni per l'ingresso nel mercato o per la variazione delle modalità di intervento nello stesso. A questo si accompagna in taluni casi anche un potere di certificazione, relativo in particolare alla tenuta degli albi dei soggetti abilitati a operare sui mercati regolati. Le amministrazioni indipendenti intervengono poi con provvedimenti puntuali di regolazione dell'attività delle imprese sul mercato, fra i quali sono da ricordare i provvedimenti di determinazione dei prezzi, ad esempio attraverso la definizione di tariffe per i servizi scambiati. In generale le autorità indipendenti esercitano poi poteri amministrativi nello svolgimento di attività di vigilanza e di controllo, con frequente ricorso a poteri ispettivi e più in generale di acquisizione autoritativa di informazioni presso le imprese regolate. Sono in genere da ascrivere ai poteri amministrativi anche i poteri sanzionatori di cui le autorità indipendenti dispongono, direttamente o attraverso l'attivazione di altri organi amministrativi competenti, per censurare i comportamenti degli operatori che violano le regole di

[10] Sulla discrezionalità delle amministrazioni indipendenti v. M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giurisdizionale*, in *I TAR*, 2002, 3858 ss.

Copyleft – Ius Publicum

funzionamento del mercato e ripristinare il suo corretto funzionamento, come i provvedimenti di sospensione o di revoca di autorizzazioni e licenze[11].

Nella disciplina dei procedimenti di adozione di provvedimenti amministrativi puntuali da parte delle autorità indipendenti trovano applicazione le regole generali del procedimento amministrativo stabilite con la legge 7 agosto 1990, n. 241 (in particolare per quanto riguarda la motivazione degli atti, il responsabile del procedimento, la partecipazione, l'accesso ai documenti), per la cui attuazione molte autorità indipendenti hanno adottato propri regolamenti. La disciplina procedimentale degli interventi amministrativi di competenza delle autorità indipendenti è molto importante, perché serve a garantire ai privati destinatari di questi interventi il rispetto della regola del diritto pur in presenza di una scarsa disciplina normativa di dettaglio e di una precisa responsabilità politica delle amministrazioni indipendenti[12]. Per questo, soprattutto nei procedimenti destinati a sfociare in una riduzione della sfera soggettiva del privato, come quelli sanzionatori, sono previste alcune regole procedurali molto importanti come quella generale della partecipazione dei soggetti interessati, quella più specifica del contradditorio "verticale" tra il privato è l'autorità, quella della verbalizzazione delle riunioni, talora anche quella della distinzione fra organismi istruttori (uffici istruttori e "di ascolto") e organi a cui spetta il potere di adottare le decisioni (vertice dell'Autorità)[13].

[11] Sui poteri sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti si vedano G.P. CIRILLO, *Il procedimento sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti e la decisione contenziosa alternativa del Garante per la protezione dei dati personali*, in *Foro amm.*, 1998, 262 ss.; L. CUOCOLO, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quad. reg.*, 2007, 33 ss. Per un'analisi dettagliata dei poteri sanzionatori delle single autorità si veda M. FRATINI, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011.

[12] Si veda al riguardo M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss.

[13] Per un quadro generale dei procedimenti amministrativi delle autorità indipendenti si veda L. TORCHIA (a cura di) *Lezioni*, cit., 131 ss.

Copyleft – Ius Publicum

5.2 La funzione normativa

Come si è detto, però, una caratteristica importante delle autorità indipendenti è quella di esercitare anche poteri diversi da quelli amministrativi. Particolarmente importante è l'esercizio di poteri normativi, attraverso cui molte autorità indipendenti sono chiamate ad adottare regolamenti che nei settori di competenza completano la disciplina generale posta dal legislatore, spesso molto generale e lacunosa, anche a causa del peculiare carattere tecnico delle materie disciplinate[14]. Anche se formalmente il potere normativo delle autorità ha rango secondario e deve quindi essere subordinato alla legge, nella pratica accade spesso che questa si limiti alla sua attribuzione, configurandolo però in maniera ampia e spesso indeterminata, con indicazione dei fini da perseguire, ma senza che ne vengano predeterminati in modo preciso i contenuti e i limiti. Si tratta di una caratteristica spesso connaturata alle ragioni per cui si ricorre al modello delle autorità indipendenti e quindi difficilmente superabile: una disciplina legislativa dettagliata, infatti, da un lato determinerebbe il reinserimento nel circuito Parlamento - Governo di quei settori che invece l'istituzione delle autorità indipendenti vuole mantenere da esso separati, dall'altro lato dovrebbe comunque scontare la difficoltà dell'assemblea parlamentare a intervenire nel dettaglio su materie ad alto contenuto tecnico, per le quali è invece ritenuto preferibile ricorrere all'*expertise* tecnica delle autorità indipendenti. Ma se risulta difficile contenere rigidamente il potere normativo di queste amministrazioni entro i limiti del potere secondario, il problema che si pone è quello di capire quale sia la legittimazione delle autorità, che appunto non può essere cercata nel circuito politico della rappresentanza. Sono almeno quattro i fondamenti nei quali si è cercato di individuare questa legittimazione[15].

[14] Sui poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti, oltre agli A. citati alla nt. 1, si vedano M. FOGLIA, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Quad. reg*., 2008, 559 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in *www. astrid-online.it*, 2009.

[15] Si veda al riguardo il quadro ricostruttivo proposto nel parere della Sezione consultiva per gli atti normativi del 14 febbraio 2005, affare n. 11603/2004, in *www.giustiziamministrativa.it*..

Copyleft – Ius Publicum

Innanzitutto, pur mancando un loro esplicito riconoscimento nella Costituzione, è stato sottolineato il loro rilievo costituzionale, derivante fatto che esse stesse agiscono direttamente per la tutela di valori costituzionali, quali in particolare quelli riconosciuti dagli artt. 21, 41, 47 e 97 della Costituzione. Poi, è stata sottolineata la loro rilevanza sul piano dell'ordinamento comunitario, rispetto al quale esse operano per la tutela di principi fondamentali posti dai Trattati, quali la concorrenza, la libertà di circolazione e di stabilimento, la tutela del consumatore. Ancora, è stato osservato come le stesse, rimangano in ogni caso sottoposte al principio di legalità per quanto riguarda l'attribuzione del potere regolamentare[16]. Relativamente ai rapporti con il Parlamento, in particolare, è stato osservato come, pur essendo sicuramente sganciate dai meccanismi propri della responsabilità ministeriale, le Autorità indipendenti possano comunque essere ricondotte a un più generale circuito di responsabilità politica, essendo esse sottoposte a precise forme di *accountability* nei confronti dell'organo legislativo[17]. Infine, è stato sottolineato come anche nella formazione degli atti di natura regolamentare la partecipazione dei soggetti regolati possa svolgere un fondamentale ruolo di legittimazione sul piano procedurale[18]. A quest'ultimo riguardo in particolare, è da notare come nell'ambito dei procedimenti finalizzati all'adozione di regolamenti da parte delle Autorità amministrative indipendenti non trova applicazione diretta la legge n. 241/90, perché l'art. 13 della stessa prevede che le norme sulla partecipazione non si applicano ai procedimenti di formazione di atti normativi

[16] Secondo una parte della giurisprudenza questo fondamento legislativo del potere regolamentare è ravvisabile anche in modo implicito: si veda ad esempio TAR Lazio, Roma, Sez. II, 13 dicembre 2011, n. 9710, in *www.giustiziamministrativa.it.*

[17] Si veda ad esempio G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti*, cit., 88.

[18] Sulla partecipazione ai procedimenti di regolazione si vedano ad esempio M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 163 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative*, cit., 281 ss.; L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni*, cit., 127 ss.; M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010, 141 ss.; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010, 189 ss.

Copyleft – Ius Publicum

e di atti amministrativi a contenuto generale. Tuttavia, la partecipazione ai suddetti procedimenti è da ritenersi non solo consentita, ma anzi necessaria per poter assicurare "dal basso" al potere normativo della autorità indipendenti quella legittimazione che il normale circuito della rappresentanza non è in grado di fornire. Di fronte alle autorità amministrative indipendenti la partecipazione assume quindi non soltanto un ruolo di garanzia, ma serve anche a ricostruire attraverso i coinvolgimento dei soggetti interessati la dialettica democratica normalmente propria delle strutture rappresentative[19]. In questo senso la partecipazione assume anche un importante significato collaborativo, in virtù del quale essa è in grado di ridurre la situazione negativa di asimmetria informativa in cui spesso l'autorità indipendente si trova nei confronti dei soggetti regolati, fornendo a questi ultimi idonei incentivi a rendere disponibili le informazioni di cui dispongono, spesso indispensabili per arrivare a una efficace regolazione del settore[20]. Nella disciplina dei procedimenti amministrativi relativi all'adozione regolamenti o atti generali è previsto un preciso obbligo di motivazione[21] e ha assunto un ruolo fondamentale anche l'analisi dell'impatto della regolamentazione, espressamente richiamata dall'art. 12 della legge 29 luglio 2003, n. 229.

[19] Si vedano sul punto gli A. citati alla nt. precedente. Anche la giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere che la partecipazione assuma una funzione peculiare nell'ambito dei procedimenti di regolazione, tale da farne non solo uno strumento garantistico, ma un vero e proprio strumento sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative: si vedano ad esempio Cons. stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201; Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2006, n. 2444; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215; TAR Lazio, Roma, n. 9710/2011, cit., tutte reperibili in *www.giustiziamministrativa.it.*

[20] Sulla riduzione delle asimmetrie informative che la partecipazione ai procedimenti di regolazione è in grado di determinare di veda per tutti M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 168 ss. È molto significativa, al riguardo, anche la segnalazione al Parlamento della AGCM n. 226 del 14 gennaio 2002.

[21] Sul punto la giurisprudenza è costante: si vedano ad esempio Cons. Stato, sez. VI, n. 7972/2006, cit.; Cons. Stato, Sez. VI, n. 1215/2010,cit.; TAR Lazio, Roma, n. 9710/2011, cit.

Copyleft – Ius Publicum

5.3 La funzione quasi giudiziale

Infine, le amministrazioni indipendenti svolgono attività di *adjudication*, attraverso procedimenti di composizione extragiudiziale di controversie fra soggetti operanti in un certo settore che si trovano come parti contrapposte. Anche nell'ambito di queste attività la partecipazione dei soggetti interessati assume un ruolo fondamentale, non tanto ai fini della loro tutela verso le autorità, quanto evidentemente al fine della garanzia della "parità delle armi" fra i soggetti contendenti, finalizzata ad assicurare attraverso un contraddittorio "orizzontale" fra le parti in conflitto il raggiungimento da parte delle autorità di decisioni idonee alla soluzione dei conflitti che vengono loro sottoposti[22].

6. LA TUTELA VERSO GLI ATTI DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

Trattandosi di autorità amministrative, contro i loro atti è da ritenersi sempre ammesso il ricorso giurisdizionale, sia perché in base all'art. 101 della Costituzione non è possibile riconoscere il valore di cosa giudicata a decisioni adottate da organi non giurisdizionali, sia perché secondo l'art. 113 Cost. la tutela davanti agli organi di giustizia amministrativa contro gli atti della pubblica amministrazione non può essere limitata a particolari mezzi di impugnazione o a particolari categorie di atti[23]. Per le controversie relative agli atti delle autorità amministrative indipendenti è competente il giudice amministrativo, con eccezione del Garante per la tutela dei dati personali, per cui è

[22] Sulla partecipazione ai procedimenti di *adjudication* si veda M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio*, cit., 59 ss.; E.L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in *www. astrid-online.it*, 2007.

[23] Per un quadro d'insieme sulla tutela giurisdizionale di fronte agli atti delle amministrazioni indipendenti si vedano L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni*, cit., 144 ss.; R. CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale*, in G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative*, cit., 91 ss.

Copyleft – Ius Publicum

competente il giudice ordinario. Si ritiene da parte della dottrina prevalente che il giudice amministrativo, in virtù del carattere tecnico delle decisioni dell'autorità, possa esercitare solo un controllo esterno e verificare se l'amministrazione è arrivata correttamente alla propria decisione sul piano procedurale, o al più un sindacato intrinseco "debole", orientato a verificare se sono state applicate correttamente le regole tecniche previste per raggiungere le finalità di regolazione previste dalla legge. Non è invece dai più ritenuto possibile da parte del giudice sostituire le proprie valutazioni tecniche a quelle dell'amministrazione e modificare il contenuto del provvedimento impugnato, esercitando un controllo sostanziale attraverso un sindacato intrinseco "forte".

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

INDEPENDENT ADMINISTRATIVE AGENCIES

ANNUAL REPORT – 2013 - ITALY

(May 2013)

Marco BOMBARDELLI

INDEX

1. A DIFFERENT MODEL OF ADMINISTRATION
2. A DISTINCTIVE FEATURE: "INDEPENDENCE"
3. A GENERAL SURVEY OF THE ITALIAN INDEPENDENT AUTHORITIES
4. RELATIONSHIPS BETWEEN INDEPENDENT AUTHORITIES
5. THE POWERS EXERCISED
5.1 Administrative functions and duties
5.2 Quasi-legislative powers
5.3 Quasi judicial powers
6. JUDICIAL REVIEW ON THE INDEPENDENT AGENCIES ACTION

Copyleft – Ius Publicum

1. A DIFFERENT MODEL OF ADMINISTRATION

Independent administrative (regulatory) agencies are public administrations which protect constitutional interests related to the economy and to specific social needs. They are authorities with highly technical skills, independent from the executive power, from politics and from the private interests involved[1]. They represent an untraditional model of administration aimed at making the administrative action more effective and independent from the political influence. Such objectives are considered particularly relevant in order to face the challenges given by markets in continuous technological progress and no longer manageable by the traditional model of administrations[2].

In the Italian legal system, independent agencies have developed since 1990, when several bodies were established by statutes and the independence of many traditional administrations – involved in the regulation of strategic economic sectors - was significantly strengthened.

The development of these administrations is strongly related to the privatization and liberalization of numerous economic activities, formerly in public hands. The transition

[1] In general terms on independent authorities, see M. D'ALBERTI, *Autorità amministrative indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, 1995,1 ss.; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. pubb.*, 1996, 133 ss.; S. Cassese, C. Franchini (ed.), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; A. PREDIERI (ed.), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. pubb.*, 1998, 645 ss.; F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. Giur. Aggiornamenti*, VI, 143 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti esistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009.

[2] For further clarification concerning the difficulty, for independent authorities, to keep pace with continuously changing markets, see also G. PERICU, *Brevi considerazioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, 1 ss..

Copyleft – Ius Publicum

from State-dirigisme to the open market in several economic sectors increased the risk to create private dominant positions, compromising both some social objectives and the interests of the weakest market subjects (users and consumers). To avoid and reduce possible drawbacks, the liberalization process has consequently been combined with the establishment of suitable "rules of the game" and highly qualified public bodies fit to safeguard them. Such bodies were requested to act independently to protect market stability, free competition, the opening of the market, and specific social ends[3].

2. A DISTINCTIVE FEATURE: "INDEPENDENCE"

The distinctive feature of independent authorities is their independence. They are indeed separated from the political circuit and from the relevant interests of the economic sectors they are requested to regulate acting like a third and impartial subject[4].

The independence concerns the authorities' organization and functions.

As for the organization, a principle of clear separation between administration, political powers and stakeholders must be observed. In particular, the independence is mirrored by the requirements and the procedures to appoint the members' of the several authorities, as well as by their incompatibilities, the mandate's length and the prohibition of renewal (in many cases a renewal is allowed just for one time).

[3] On the relationship between the development of independent agencies and the changing role of the State in economy, see L. TORCHIA (ed.), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010, 127 ss..

[4] Focusing on the specific matter of independence, see also , V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, II, 368 ss.; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in M. CLARICH, G. FONDERICO (ed.), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 87 ss.; G. P. CIRILLO, R. CHIEPPA (ed.), *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 27 ss.; L. CUOCOLO, *Le autorità indipendenti*, in G. F. Ferrari (ed.), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2010, 433

Copyleft – Ius Publicum

The appointment-mechanisms may involve the Parliament (especially the Chambers' Presidents or the whole assembly), the government, or both of them. However, when the government takes part into the appointment of the designated members, the authorities' independence is usually reduced.

Authorities' members must have scientific and technical capacity with reference to the specific sector involved; the incompatibilities are very rigorous since, during the tenure, it is forbidden to carry on advisory activities, other public tenures and working activities in the public or private sector. Generally, the mandate length is longer than one parliamentary legislature and the renewal is forbidden.

On the operational side, the independence is necessary in order to guarantee full impartiality of the agencies' action without influences from the government and from the regulated subjects.

From this point of view, independence means: i) **organizational autonomy**, whereby the Authorities regulate their own structure and staff; ii) **financial autonomy**, whereby they operate using their own resources without being dependent on the government; iii) **accounting autonomy**, which allows them to use their own funds and make their own balance applying different rules from the ones followed by the State government.

The Independence requirements have to be respected not only formally, but also in the every-day activities carried out by the authorities.

Two phenomena are called into question in this respect: on one hand, the possible capture of the regulators by the regulated subjects and, on the other hand, the risk of an unaccountable exercise of the authorities' powers. As a consequence, it becomes important to strengthen the authorities' technical capacity through the supply of suitable information and adequate tools in order to deter them from the strong influence exercised by the

Copyleft – Ius Publicum

regulated subjects, especially in the rule-making process. Moreover, an improvement of the accountability mechanisms is essential in order to compensate the authorities' separation from the political circuit[5].

3. A GENERAL SURVEY OF THE ITALIAN INDEPENDENT AUTHORITIES

Structurally, independent administrative authorities are quite different each other, even though[6] they can be classified under the sectors in which they operate.

A first group of authorities operates in the financial markets. Among them, only one has got general and horizontal competence (the Authority for Competition and Market – AGCM), while the others operate in specific sectors, as for example the Bank of Italy, the Companies and Stock Exchange Commission (CONSOB) and the Supervisory Institute for insurances (IVASS).

AGCM was established in 1990 by the Law 10.10.1990, n. 287. Its members are the chairman and four commissioners, jointly appointed by the Presidents of the two chambers of the Parliament.

This Authority guarantees the freedom of economic initiative and the protection of competition, according to art. 41 and 117.2.e) of the Italian Constitution. In particular, at the national level, the authority enforces the rules which prohibit anticompetitive

[5] On the critical issues mentioned, see S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, n. 2, 265 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 168 ss..

[6] For a general and well developed analysis concerning the several authorities, see the different contributions edited by G. P. CIRILLO, R. CHIEPPA (ed.), *Le autorità amministrative*, cit., 141 ss..

Copyleft – Ius Publicum

agreements among undertakings, abuses of dominant position, as well as any possible mergers which may create or strengthen dominant positions detrimental to competition.

According to European Regulation n. 1/2003, AGCM cooperates with the European Competition Network ("ECN") for the enforcement of articles 101 and 102 TFEU. The Authority is also in charge of protecting consumers from any unfair commercial practices among undertakings (D. Lgs. 06.09.2005, n. 206) and from all misleading advertising (D. Lgs. 02.08.2007, n. 145 which implemented art. 14 of European Directive 2005/29/CE).

The Bank of Italy has a longer history compared with the other independent authorities. It was established in 1893 and was reorganized in the '90s by the D. Lgs. 01.09.1993, n. 385 (T.U. Bancario) and the Law 28.12.2005, n. 262. Presently its structure is regulated by art. 19 of the Law n. 261/2005; its members are the Governor - which is appointed by decree of the President of the Republic, which follows a resolution of the Ministers' Council on the recommendation of the Prime Minister accompanied by the advice of the Bank of Italy's Supreme Council – and the Directorate composed of the Director General and the three Deputy Directors General. All the members' mandate lasts six year with the possibility to renew it only for one time. The Bank of Italy is the central bank of the Republic of Italy and is part of the European System of Central Banks (ESCB) for monetary matters. It has regulatory functions providing guidance and control of banks and financial intermediaries, ensuring the stability of the financial system and fostering the effectiveness of monetary policy. In the exercise of its guidance functions the Bank of Italy is part of the European financial supervision system (SEVIT).

The CONSOB was established in 1974 as an internal division of the Italian Minister of Treasury; it became an independent authority after some changes in its legal nature through the Law 04.06.1985, n. 281. Its membership is composed of the chairman and four members, appointed by decree of the President of the Republic, which follows a resolution of the Ministers' Council on recommendation of the Prime Minister. The members hold their tenure for five years and one renewal is allowed. It is the supervisory authority of the Italian financial products' market with powers of guidance and control on

Copyleft – Ius Publicum

the Stock Exchange and companies; it regulates companies listed on regulated markets and subjects which appeal for public investment. It protects investors and promotes the efficiency, transparency and development of the market.

The CONSOB is part of the Committee of European Securities Regulators set up by the Decision of the European Commission n. 2001/527/EC.

The IVASS was established by art. 13, D.l. 06.07.2012, n. 95 (Law 07.08.2012, n. 135). Since the 1st of January 2013 it has replaced the ISVAP (Supervisory Institute for private insurances" established by the Law 12.08.1982, n. 576) in supervising the Italian insurance market. Its membership strengthens the coordination with the Bank of Italy and comprises the Chairman, appointed by the Bank of Italy's Governor, and two Counselors, appointed for six years with the possibility of one renewal by the Prime Minister after the resolution of the Ministers' Council on the recommendation of the Bank of Italy's Governor and with the agreement of the Minister for the Economic Development. Some of its functions are delegated to the Directorate of the Bank of Italy integrated by the two Counselors of IVASS. Its mission includes the control on the sound and prudent operation of insurance companies, the guarantee of transparency and fairness of economic operations in the market and the protection of the stability, the efficiency, and the competition inside the market with specific reference to the consumers' interests.

Another Authority, the "Supervisory Commission for pension schemes (COVIP)" protects consumers' interests in the sector of social security services. It was established by the D. Lgs. 21.04.1993, n. 124 and is nowadays ruled by the D. lgs. 05.12.2005, n. 252. Its Chairman and its four members are appointed for four years with the possibility to be renewed by a resolution of the Ministers' Council, on the recommendation of the Minister of the Welfare with the agreement of the Minister of Economy and Finance. The Department of the Welfare has a power of direction on COVIP which reduces its operational independence. However, COVIP can be assimilated to other Independent Authorities because it guarantees the good functioning of the Pension funds' market, assuring its fairness and a sound and prudent functioning. COVIP regulates the access to the market through a licensing power and protects the beneficiaries of pension schemes.

Copyleft – Ius Publicum

Among the Authorities which operate in specific sectors, there is the Authority for the electricity and the gas, established by the Law 14.11.1995, n. 481. It is composed by the Chairman and two members appointed by decree of the President of the Republic, which follows a resolution of the Ministers' Council on the recommendation of the competent Minister accompanied by the advice of the competent Commissions set up in the Parliament. The Authority protects the final clients and guarantees an effective competition in the markets. In order to achieve these goals it sets the tariffs for the regulated services and supervises their quality, establishing mechanisms to refund consumers in case of in-observance of quality standards.

The Authority for the guarantees in telecommunications (AGCOM) was established by the Law 31.07.1997, n. 249 in place of the Guarantor for broadcasting and publishing, established by Law 06.08.1990, n. 223. Its members are the Chairman, appointed on recommendation of the Prime Minister with the agreement of the Minister of Communications, and four Commissioners, two of them chosen by the Senate and two by the Chamber of the Deputies. It has regulatory, supervisory and semi-judicial functions in the telecommunications' sector, promoting the competition in it, protecting the users, supervising the services' quality and settling issues between operators and users.

The Supervisory Authority for public contracts for works, services and supplies was established by art. 4 of the D. lgs. 12.04.2006, n. 163 in place of the Authority for public works established by art. 4 of the Law 11.02.1994, n. 109. Its membership, whose mandate lasts seven years without possibility of renewal, is jointly appointed by the Presidents of the two Chambers of the Parliament. The members elect the chairman among themselves. The Authority supervises public contracts for works, services and supplies, protecting the fairness and openness in the public procurement procedures and the efficiency in contracts' implementation. Moreover, it supervises the observance of competition in public tenders.

In order to guarantee constitutional rights, the Commission for the right to strike in public fundamental services and the Guarantor of privacy have been set up.

Copyleft – Ius Publicum

The first was established by art. 12 of the Law 12.06,1990, n. 146 (modified by the Law 26.02.2010, n. 25). It has nine members, which elect the Chairman among themselves. The members are appointed on the recommendation of the Presidents of the two chambers of the Parliament for six years with the possibility of one renewal. The Authority is called to balance the right to strike (guaranteed by art. 40 of the Italian Constitution) and other constitutional personal rights, such as the right to live, to health, to liberty, to safety, to movement, to welfare and social security schemes, to education and communications. To achieve these goals it has powers of conciliation and supervision for the observance of the rules set for the right to strike in fundamental services (advance notice, guarantee of essential services, gap from the previous strike, duration of the strike). It shall inform the competent administrations in case of noncompliance for the adoption of suitable decisions (sanctions etc.).

The Guarantor of privacy was established by the Law 31.12.1996, n. 675 and it is disciplined by art. 153 of the D. lgs 30.06.2003, n. 196. It has four members, two of which chosen by the Senate and two by the Chamber of the Deputies. Their mandate lasts four years with the possibility of one renewal. The members elect the Chairman among themselves; the chairman's vote prevails in case of parity. The Authority assures that personal data of the citizens are treated by public and private entities according to the "so called" Code of Privacy. To achieve such goals, it can request information to the data holders, make investigations and, if necessary, intervene to stop illegal treatment inflicting sanctions. It has also quasi judicial functions.

The Independent Commission for the evaluation, the transparency and the integrity of the public administrations (COVIP), established by art. 13 of the Dlgs 27.10.2009, n. 150, has many of the typical characters of the Independent Authorities. It is made of members appointed by a decree of the President of the Republic, which follows a resolution of the Ministers' Council on the recommendation of the Minister for Public Administration and Innovation in accordance with the Minister for the Enforcement of the Government's Program, accompanied by the advice of the Commissions set-up in the Parliament by qualified majority (2/3). The Commission is called to operate independently and autonomously in order to guide, coordinate and supervise the processes of public

Copyleft – Ius Publicum

administrations' evaluation, assuring the opening of the evaluation's systems and the transparency of the management's indicators.

4. RELATIONSHIPS BETWEEN INDEPENDENT AUTHORITIES

Independent authorities are generally characterized by sectorial powers and duties, since they are usually entitled to regulate specific economic sectors, even though there are authorities with general and horizontal powers, as for example the competition and the data protection agencies (AGCM and the Guarantor of privacy).

It may happen to face an intersection between the interventions carried out by two different independent authorities empowered with general and specific powers or with different specific powers (i.e. competition and electronic communications or competition and energy)[7]. The law does not provide for specific rules to solve conflicts, even though there are rules aimed at coordinating the action of the several authorities. A very useful first check in order to address this issue usually implies a careful evaluation about the authority more suited to deal on the specific subject matter. If that does not solve the conflict, the authority with horizontal and broader powers overcomes the other one[8].

[7] See, for instance, art. 7. par. 5 of D. Lgs. n. 385/1993, according to which "Bank of Italy, CONSOB, COVIP, and ISVAP [ora IVASS] cooperate each other, by exchanging information, in order to facilitate the respective duties. On the collaboration between independent authorities, see M. CLARICH, *I procedimenti e le forme di collaborazione tra Autorità di vigilanza*, in *Dir. proc. amm*., 2007, 301 ss..

[8] In this respect, see Cons. Stato, sez. VI, 16.10.2002, n. 5640, in *www.giustiziamministrativa.it.*

Copyleft – Ius Publicum

5. THE POWERS EXERCISED

As for the functions exercised, independent authorities have been granted not just administrative and executive powers, but also quasi-adjudicative and quasi-legislative ones[9].

5.1 Administrative functions and duties

Independent authorities have been granted administrative, adjudication and rule-making powers.

The administrative powers are exercised advising the Parliament with specific regard to the sector supervised by any single authority. As to the matter, independent authorities are entitled to send specific recommendations to the Parliament and to produce annual surveys concerning the specific sector supervised. More importantly, they perform their role adopting administrative orders that imply discretionary evaluations concerning technical aspects and concepts set forth by the law.

In particular, independent authorities play a fundamental role in regulating the access to markets, issuing specific authorizations necessary to allow enterprises to be operative in a given specific sector, or approving regulatory orders concerning specific market conducts[10]. These duties are sometimes combined with "certification powers" related to the managements of public registers including the list of economic subjects formally authorized to operate on regulated markets.

[9] On the coexistence between different powers as a typical feature of independent authorities, see M. D'ALBERTI, *Autorità amministrative indipendenti*, cit., 1 ss..

[10] On the discretion granted to independent authorities, see M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giurisdizionale*, in *I TAR*, 2002, 3858 ss..

Copyleft – Ius Publicum

Independent authorities can also regulate the market activities of specific enterprises, fixing prices and setting tariffs concerning the services performed and exchanged. Moreover, they perform supervising and controlling functions, specifically implemented through inspection powers and tools, including the possibility to collect information at the premises of the regulated enterprises.

The powers to issue cease and desist orders toward specific enterprises, if necessary supplemented by pecuniary sanctions, are generally considered part of the administrative powers granted to independent authorities. Such orders are aimed at reestablishing the correct functioning of the market, if needed through the revocation of previous authorizations or administrative permits[11].

As far as the procedure is concerned, independent agencies are bound by the rules and the principles set forth in the general law on administrative procedure n. 241/1990. Consequently, the rules concerning the duty to give reason, the proceeding officer, the right to be heard and the access to the file have been incorporated into specific regulations concerning the different authorities and are applied accordingly. Fair procedural rules are fundamental in order to fully protect the rights of enterprises interested by the action of the independent authorities[12]. For this reason, the rules concerning procedures involving the possibility to impose fines against one or more enterprises always provide for the right to be heard and the connected right to have full access to the file. Sometimes, in order to

[11] On the power to impose financial fines, see G. P. CIRILLO, *Il procedimento sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti e la decisione contenziosa alternativa del Garante per la protezione dei dati personali*, in *Foro amm*., 1998, 262 ss.; L. CUOCOLO, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quad. reg*., 2007, 33 ss. For a detailed analysis concerning the power to impose monetary sanctions, see M. FRATINI, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011.

[12] On this specific point, M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm*., 2004, 59 ss..

Copyleft – Ius Publicum

pursue full impartiality, the authority entitled to carry out the discovery is different from the one appointed to approve the final order[13].

5.2 Quasi-legislative powers

As previously mentioned, independent authorities have also been granted legislative and regulatory powers in order to technically implement and integrate the often-vague statutes approved by the Parliament[14]. In general terms, the rules approved by independent authorities are hierarchically subordinated to the statutes approved by the parliamentary assembly. However, in practical terms, statutes often grant very wide powers to independent agencies, establishing the objectives to be pursued without setting specific limitations. Such a situation is caused by the very same reasons that historically justified the birth and development of independent agencies. On one hand, a detailed and thorough legislative regulation approved by the Parliament could make useless the existence of administrative authorities independent from the government and, in part, from the legislator itself. On the other hand, the Parliament does not seem in the right position to approve technical regulations, better managed and carried on by independent and highly qualified bodies.

[13] For a general survey on the proceedings carried out by independent authorities, L. TORCHIA (ed.) *Lezioni*, cit., 131 ss..

[14] On the legislative powers of independent authorities, see also M. FOGLIA, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Quad. reg*., 2008, 559 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in *www. astrid-online.it*, 2009.

Copyleft – Ius Publicum

Having remarked that, it is necessary to understand the judicial fundamentals of the powers acknowledged to independent authorities not elected by the citizens and therefore located outside the so called "democratic circuit"[15].

First, notwithstanding the lack of constitutional rules specifically regarding the independent authorities, the constitutional relevance of such public bodies has been pointed out several times, since they protect constitutional principles and values (see, in particular, articles 21, 41, 47 e 97 Const.).

Second, several scholars have underlined the consistency between the role of the independent authorities and several fundamental principles embedded in the European law, such as the principles of competition, free circulation of goods, freedom of establishment, and consumers protection.

Moreover, it has been observed that independent authorities have to comply with the "rule of law principle", since their powers are set forth by parliamentary statutes and given that they are accountable to the legislator[16].

Finally, it is interesting to recall how the above mentioned strict procedural rules binding independent authorities can contribute to a more democratic and impartial exercise of their powers[17].

[15] See the exhaustive analysis carried on by Sezione consultiva per gli atti normativi of the Supreme administrative Court, dated February 14th 2005, no 11603/2004, in *www.giustiziamministrativa.it.*

[16] According to a part of the case law, the quasi legislative powers of independent authorities would have implicit judicial base: see, for instance TAR Lazio, Roma, Sez. II, 13 dicembre 2011, n. 9710, in *www.giustiziamministrativa.it*

[17] See G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti*, cit., 88.

Copyleft – Ius Publicum

In particular, the right to be heard and the right to access the file are relevant with reference to the approval of technical rules (regulatory powers)[18]. The general law on administrative procedure no. 241/1990 does not apply to the procedures aimed at the adoption of regulatory acts, since art. 13 of the same law excludes its application "*for the adoption of legislative act and general administrative orders*". Apart from such a provision, the participation of the stakeholder into the proceedings is always allowed by specific and detailed procedural rules both to allow a full protection of the stakeholder and to protect the democratic dialogue between the several parties involved[19].

Besides, facilitating the participation is also useful in order to reduce drawbacks related to information asymmetry, allowing the stakeholder to share their information and expertise with the competent authorities to achieve better and more accurate regulatory solutions[20]. The procedural rules on the adoption of rule-making orders establish both the

[18] On the right to take part into the procedure, see for instance M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 163 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative*, cit., 281 ss.; L. TORCHIA (ed.), *Lezioni*, cit., 127 ss.; M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010, 141 ss.; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010, 189 ss..

[19] See the previous note. 1Administrative courts deem the right to take part into the procedure not just a procedural right, but also a meaningful democratic tool: see for example, Cons. stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201; Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2006, n. 2444; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215; TAR Lazio, Roma, n. 9710/2011, cit., in *www.giustiziamministrativa.it.*

[20] On the reduction of informative asymmetries related to the participation into the procedure, see M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 168 ss. and the recommendation sent by the competition authority (AGCM) to the Italian Parliament, on January 14th 2002, n. 226.

Copyleft – Ius Publicum

duty to give reason[21] on behalf of the proceeding authority and the necessity of a previous impact assessment analysis (see art. 12 of the Law 29.07.2003, n. 229)[22].

5.3 Quasi judicial powers

Finally, independent authorities enjoy adjudication powers in order to solve disputes between markets operators in an adversary context. In such cases, the right to take part into the proceeding plays a fundamental role to ensure a fair and regular resolution of the disputes arose.

6. JUDICIAL REVIEW ON THE INDEPENDENT AGENCIES ACTION

According to articles 101 and 113 of the Italian Constitution - the former setting the ban to give equal authority to judicial ruling and administrative orders and the latter establishing the right to judicial review on administrative action - the judicial review on the independent authorities action is always acknowledged and allowed[23].

[21] On this specific matter, the case law is consistent: see Cons. Stato, sez. VI, n. 7972/2006, cit.; Cons. Stato, Sez. VI, n. 1215/2010,cit.; TAR Lazio, Roma, n. 9710/2011, cit.

[22] On the participation right into the adjudication procedure, see M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio*, cit., 59 ss.; E. L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in *www. astrid-online.it*, 2007.

[23] For a general survey on the right to judicial review on the independent authorities action, see L. TORCHIA (ed.), *Lezioni*, cit., 144 ss.; R. CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale*, in G. P. CIRILLO, R. CHIEPPA (ed.), *Le autorità amministrative*, cit., 91 ss..

Copyleft – Ius Publicum

The competent courts are generally the administrative ones, except for the action of the Guarantor of privacy, allocated to ordinary courts.

According to most scholars, administrative courts must pay a substantial deference to the conclusions reached by the independent authorities. Consequently, they are usually allowed to verify if the relevant rules (procedural and technical) have been applied fairly and respecting the objectives set forth by the law. Following the same principles, administrative courts cannot replace the conclusions reached by the independent authority with their own evaluations and conclusions.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO DE LA UNIÓN

INFORME ANUAL - 2012 - ESPAÑA

(Octubre 2012)

Prof. Daniel SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO

ÍNDICE

1. REFORMAS NORMATIVAS
2. DECISIONES JURISPRUDENCIALES
2.1 Tribunal Constitucional
2.2 Tribunal Supremo (sala de lo contencioso-administrativo)

A lo largo del año 2012, en España se han producido varios acontecimientos muy relevantes desde el punto de vista del Derecho administrativo europeo. Se trata de reformas y decisiones tanto constitucionales como legislativas, así como jurisprudenciales, con un gran impacto en la vida ordinaria de los ciudadanos y en el funcionamiento de las administraciones públicas. Todas estas medidas tienen su origen en las políticas adoptadas por la Unión Europea, o en foros intergubernamentales en los que se reúnen los Estados miembros de la Unión.

Copyleft – Ius Publicum

1. REFORMAS NORMATIVAS

El 27 de septiembre de 2011, y como consecuencia de la profunda crisis económica y de deuda pública en la que se encontraba España, entraba en vigor el nuevo artículo 135 de la Constitución española, mediante el cual se daba rango constitucional a la llamada "regla de oro" presupuestaria. La reforma daba cumplimiento a lo dispuesto en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Europea, firmado el 2 de marzo de 2012. Como consecuencia de la reforma constitucional, el Estado y las Comunidades Autónomas "no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros." Por primera vez, la Unión Europea aparecía expresamente mencionada en la Constitución española, y lo hacía para fijar un techo de gasto a las administraciones españolas que debería ser posteriormente determinado mediante Ley Orgánica.

Dicha Ley Orgánica entró en vigor el 1 de mayo de 2012, cuyo artículo 11, apartado 2, establece que "ninguna Administración Pública podrá incurrir en déficit estructural, definido como déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales". Esta regla sólo admite una excepción genérica "en caso de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo", las cuales admitirán "un déficit estructural del 0,4 por ciento del PIB nacional expresado en términos nominales, o el establecido en la normativa europea cuando este fuera inferior".

El impacto de esta disposición ha sido espectacular. Las Administraciones Públicas han realizado el mayor recorte presupuestario de la historia de la democracia, y probablemente uno de los más significativos de la reciente historia europea. Las estructuras organizativas de las Administraciones se han visto profundamente afectadas por estas medidas, así como el propio modelo de organización territorial español. Aunque aún es pronto para determinar el alcance preciso de las reformas ahora en curso, sí puede concluirse que el presente año es el primero de un largo proceso de transformación de la administración española, cuyo resultado final parece ser incierto.

Copyleft – Ius Publicum

Al hilo del nuevo marco presupuestario, el gobierno ha puesto en práctica un ambicioso plan de reformas entre las que se incluyen varios proyectos de liberalización de sectores económicos estratégicos, así como una revisión del sistema nacional, autonómico y local de licencias de actividades económicas. Estas medidas han sido fruto de las recomendaciones de la Comisión Europea, concretamente las presentadas en mayo de 2012 en el marco del procedimiento de desequilibrio macroeconómico, previsto en el artículo 121.6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE).

En septiembre de 2012 se anunció el envío a las Cortes del proyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, mediante la cual se pretende asegurar la libre circulación de bienes y prestación de servicios en todo el territorio nacional, reduciendo los costes derivados de la fragmentación del mercado interior. Esta medida, cuya aplicación responde a la misma lógica que la de la Directiva 2006/123, de servicios del mercado interior, introducirá un sistema de reconocimiento mutuo entre las administraciones españolas, hasta ahora inexistente con carácter general.

A ello se suma la reforma introducida mediante el Real-Decreto Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que crea un régimen general de actividades sin licencia para todas aquellas "actividades comerciales minoristas realizados a través de establecimientos permanentes, de una superficie útil de exposición y venta al público no superior a 300 metros cuadrados". Para estas actividades, "no podrá exigirse por parte de las administraciones o entidades del sector público la obtención de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, ni otras de clase similar o análogas que sujeten a previa autorización el ejercicio de la actividad comercial a desarrollar o la posibilidad misma de la apertura del establecimiento correspondiente." Estas medidas pretenden no sólo facilitar la apertura de establecimientos permanentes, sino también la entrada de capital extranjero en el país. Con este propósito, las medidas reflejan las exigencias de la libre prestación de servicios y de establecimiento, tal como están recogidas en el TFUE.

Copyleft – Ius Publicum

2. DECISIONES JURISPRUDENCIALES

2.1 Tribunal Constitucional

Después de plantear su primera cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en el año 2011, el Tribunal Constitucional español dictó una importante sentencia, con fecha de 2 de julio de 2012, con un significativo impacto para la aplicación del Derecho de la Unión en España. La STC 145/2012 ha supuesto un paso más en la constitucionalización del Derecho de la Unión, algo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) llevaba algunos años formalizando, pero no de forma definitiva. La STC 145/2012 supone un importante avance en esta dirección, al tiempo que afecta muy directamente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La STC 145/2012 resuelve un recurso de amparo contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sala de lo contencioso-administrativo), que desestimó el recurso interpuesto por Iberdrola contra una sanción administrativa. Dicha sanción era fruto de la negativa de Iberdrola a someterse al trámite de autorización ante la Comisión Nacional de Energía, previsto para la adquisición significativa de acciones o participaciones en empresas energéticas españolas. Dicho trámite había sido declarado contrario al Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia en una sentencia, dictada en un recurso por incumplimiento en el año 2009. Sin embargo, el Tribunal Superior de Madrid consideró que esta sentencia no le vinculaba, al tener exclusivamente efectos declarativos.

El TC estimó el amparo tras examinar con detalle el estatuto de las sentencias del Tribunal de Justicia dictadas en el marco de un recurso por incumplimiento. Tras constatar que el órgano jurisdiccional ordinario había otorgado únicamente efectos *ex nunc* a la sentencia del Tribunal de Justicia (con el efecto de ignorar la sentencia de condena, posterior al momento en que se omitió el trámite de autorización por Iberdrola), el TC llegó a la conclusión de que tanto el órgano jurisdiccional como la administración sancionadora incurrieron en una alteración del sistema de fuentes, proscrita por la Constitución. Así, el TC estimó el amparo, con base en los artículos 24 y 25 de la Constitución, que reconocen el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la tipicidad penal y sancionadora.

Copyleft – Ius Publicum

La sentencia 145/2012 es importante por varias razones. En primer lugar, porque confirma la obligación que tienen todos los poderes públicos (incluidos tribunales y administraciones públicas) de dar plenos efectos a las decisiones del Tribunal de Justicia, incluso cuando las consecuencias de la interpretación del Tribunal tienen efectos hacia el pasado. Esta conclusión ya era bien conocida con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la mano, pero la STC 145/2012 le otorga rango constitucional y la convierte en materia susceptible de amparo. En segundo lugar, la sentencia da un paso más y reconoce la relevancia constitucional de la aplicación del Derecho de la Unión, pero más allá del supuesto clásico del planteamiento de cuestiones prejudiciales. Hasta la fecha, el artículo 24 de la Constitución había servido para proteger aquellos supuestos en los que un órgano jurisdiccional de última instancia no planteaba una cuestión prejudicial incumpliendo lo dispuesto en el artículo 267.3 TFUE. La STC 145/2012 va más lejos y se centra en aquellos casos en los que un órgano jurisdiccional desatiende su obligación de inaplicar una norma nacional previamente declarada contraria al Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia. En tercer lugar, el TC apunta directamente a las administraciones públicas y les recuerda que ellas también tienen una obligación de inaplicar normas nacionales contrarias al Derecho de la Unión. En el FJ 5º de la STC 145/2012, el TC recuerda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto Costanzo y le da así relevancia constitucional, algo que lógicamente tiene un gran impacto desde el punto de vista de la aplicación administrativa del Derecho de la Unión.

2.2 Tibunal Supremo (sala de lo contencioso-administrativo)

El año 2012 se ha caracterizado por una amplia actividad jurisdiccional en lo referido al Derecho de la Unión. La sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias relevantes sobre Derecho de la Unión, entre las que destacan las siguientes.

Copyleft – Ius Publicum

2.2.1. Distintos niveles de control de compatibilidad de la inconstitucionalidad de la ley y de la comunitariedad de la ley: la sentencia de 12 de abril de 2012 y la jurisprudencia posterior

El Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre un recurso de casación interpuesto por Telefónica Móviles contra una sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2006, que resolvía un recurso dirigido, en origen, contra una liquidación por el concepto de Tasa por Reserva del Dominio Público Radioeléctrico, correspondiente al año 2001, por un importe que ascendía a 677.599,51 euros. En el origen de dicha liquidación se encontraba el contrato administrativo celebrado entre Telefónica Móviles y la Administración General del Estado de concesión de la prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de comunicaciones móviles personales, así como de concesión del uso del dominio público radioeléctrico. La liquidación reflejaba un aumento respecto de las liquidaciones de años anteriores nada menos que de 7,65 veces el importe de la liquidación del año precedente. Esta modificación era fruto de una modificación en la Ley General de Telecomunicaciones introducida a través de las Leyes 13/2000 y 14/2000, de acompañamiento.

Entre los múltiples motivos invocados por la recurrente, me ceñiré exclusivamente al relativo al Derecho de la Unión. El argumento de Telefónica Móviles se centra en el artículo 11.2 de la Directiva 97/13/CE, que permite a los Estados miembros "autorizar a sus autoridades nacionales de reglamentación a imponer gravámenes que tengan en cuenta la necesidad de garantizar el uso óptimo de dichos recursos, siempre y cuando no sean "discriminatorios" y tengan en cuenta "en especial, la necesidad de potenciar el desarrollo de servicios innovadores y de la competencia.". La recurrente entendía que el incremento de la Tasa tenía únicamente un fin recaudatorio y que nada tenía que ver con el desarrollo ni de los servicios innovadores ni de la competencia. Así pues, el Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, cuya respuesta otorgaba al órgano remitente un amplio margen de actuación. Tras declarar que "el mero hecho de que [un] incremento del importe del gravamen sea sustancial –valoración que no discuten en el presente caso las partes que han presentado observaciones escritas al Tribunal de Justicia– no entraña, por sí solo, una incompatibilidad con el objetivo que debe perseguir, con arreglo al artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13, el gravamen por utilización de recursos escasos", el

Copyleft – Ius Publicum

Tribunal de Justicia añadió a continuación que esta facultad sólo es admisible "siempre que se respeten las exigencias derivadas de dicho objetivo, es decir, siempre que el importe de dicho gravamen no sea excesivo ni esté subevaluado".

Ante esta respuesta desde Luxemburgo, el Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que el incremento no era desproporcionado. Para llegar a este resultado, desarrolló un alambicado razonamiento según el cual, muy resumidamente, la constatación de la incompatibilidad entre una Ley y el Derecho de la Unión no puede ser fruto de una mera ilegalidad, sino de una infracción palmaria. En palabras de la Sala:

> [N]inguna duda cabe de que esta Sala tiene que pronunciarse sobre el motivo de casación en el que se denuncia la infracción del citado art. 11 de la Directiva 97/13/CE, [partiendo de la siguiente premisa]: la presunción de que la Ley cuestionada respeta el Derecho comunitario. Punto de partida que deriva […] del respeto que los poderes públicos en general y esta Sala en particular deben a una norma emanada del Parlamento democrático, conforme al procedimiento establecido en las normas que conforman el bloque de la constitucionalidad, y que responde a una decisión de naturaleza política, que es propia de los representantes de la ciudadanía y que, desde dicha estricta perspectiva, escapa al control de este Tribunal o de cualquier otro.
>
> […]
>
> Presunción de conformidad de la Ley con el Derecho comunitario que tiene como corolario lógico el de que esta Sala sólo podrá declarar la contradicción del art. 66 de la Ley 13/2000 con la Directiva 97/13/CE si la sociedad recurrente, cumpliendo con la carga que le corresponde, mostrara a esta Sala la existencia de la lesión denunciada de forma evidente, palmaria. Y es que, insistimos, a diferencia de lo que sucede en aquellos casos en los que se aprecia la posible existencia de lesión constitucional, que obligan a los órganos judiciales a plantear motivadamente cuestión de inconstitucionalidad,

Copyleft – Ius Publicum

> para que sea el Tribunal Constitucional el que, en su caso, expulse la norma del ordenamiento jurídico, si esta Sala llegara a la conclusión de que la norma cuestionada en esta sede es contraria al Derecho comunitario, podría, sin mayores trámites, ordenar su inaplicación.
>
> […]
>
> Es precisamente la posibilidad de que se dé esta consecuencia tan grave, que, en definitiva, vendría a desautorizar la decisión del Parlamento del Estado, la que nos obliga a exigir del recurrente, con más fundamento que cuando se nos pide que planteemos una cuestión de inconstitucionalidad, que nos ofrezca, no meros indicios, más o menos sólidos, de la vulneración de la Directiva 97/13/CE, sino, prácticamente, certezas.

Lo importante de esta resolución no es precisamente su espíritu europeo, sino más bien lo contrario. Se trata de una decisión que crea un dudoso precedente cuyas consecuencias están aún por determinar. Lo que sí está claro es que el Tribunal Supremo ha adoptado una jurisprudencia en abierta contradicción con la del Tribunal de Justicia, que durante décadas ha reclamado la igualdad en la aplicación del Derecho de la Unión en relación con las vías de aplicación nacionales. En el asunto Transportes Urbanos esta exigencia se aplicó al mismísimo Tribunal Supremo, y precisamente para evitar una aplicación de la normativa procesal que diferenciaba entre leyes inconstitucionales y leyes anti-comunitarias. No obstante, parece que le Tribunal Supremo español está dispuesto a cuestionar la sentencia Transportes Urbanos, pero sin que lo mencione expresamente en ningún momento[1].

[1] Doctrina posteriormente reproducida en varias sentencias posteriores de la misma sala, concretamente las dictadas el 24 de mayo, 21 de junio y 19 de julio de 2012.

Copyleft – Ius Publicum

2.2.2. Discriminaciones inversas europeas y derechos de residencia: la sentencia de 27 de abril de 2012

Este año el Tribunal Supremo ha resuelto también un importante asunto sobre reagrupación familiar y la interpretación de la Directiva 2004/38, de residencia, en el que se aplica a una situación "interna" el Derecho de la Unión con el fin de remediar una discriminación a la inversa. Como es sabido, la aplicación del Derecho de la Unión puede generar situaciones más perjudiciales para quienes no se encuentran en el ámbito de aplicación de dicho ordenamiento. En esos casos, el ordenamiento nacional puede extender la protección a quienes se hallan fuera de la órbita comunitaria. Esto es precisamente lo que ha hecho el Tribunal Supremo en una importante decisión que extiende los términos de la reagrupación previstos en el Derecho de la Unión a situaciones internas. El hecho de que los padres no se encontraban "a cargo" de su hijo, nacionalizado español y residente en España, a pesar de que contaban con recursos para mantenerse económicamente en España, justificó la desestimación inicial de su solicitud de residencia. El Tribunal Supremo interpretó la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto Jia , en especial su definición de las circunstancias que dan pie a que un familiar se encuentre "a cargo" del residente, y descartó fundadamente los argumentos del Estado.

Además de las importantes consecuencias que ha tenido esta resolución en el Derecho de extranjería, es también importante destacar cómo el Tribunal Supremo aplica el principio de igualdad previsto en la Constitución española para extender el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión a fin de remediar discriminaciones con efectos perniciosos para los particulares.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

BOOK REVIEW

H. C. H. HOFMANN, R. L. WEAVER, *Transatlantic Perspectives on Administrative Law*, Bruylant, Bruxelles, 2011, 271 pages.

ISBN: 978-2-8027-3052-1.

(January 2013)

FRANCO PEIRONE

The book *"Transatlantic Perspectives on Administrative Law"* addresses a well-known issue dealing with an innovative approach. The comparative analysis of the US and EU administrative laws is examined through the tools of a new trans-national administrative law, rising from the two sides of the Atlantic Ocean.

The trans-Atlantic administrative law is characterized not only by the common roots and perspectives but also by suffering the consequences of the internationalisation of legal systems too. The administrative actions are often the necessary result of obligations arising from international organizations such as UN, OECD, WTO.

The common scope of the various articles included in the book is to highlight the gains which the US and the EU systems could obtain studying mutually and learning from past failures.

The main objective is to focus the proper task of the study. The US administrative law, since the 30's, is something different from the European's one, and is more likely a fourth power which carries on the three

Copyleft – Ius Publicum

traditional functions of legislative, executive, judiciary powers. This, above all, thanks to the large functions and powers assumed by the system of the agencies, which develop the main tasks of the public law, as competition, services, public order. It can be a huge issue, since the XXIth century outstanding matter of public law, rather than the separation of powers, is the threat of the monopolization of powers by a single type of decision-making bodies, as the agencies are. The solution is to find a balance with the issues carried on by agencies, as effectiveness and efficiency, with the value of democracy, as transparency and public participation.

The EU system of administrative law mainly faces the different problem of the direct implementation, which induces a vague and inconsistent legal landscape.

The scholars of the EU administrative law have tried to overcome this issue with the theorization of the functional, organizational and procedural dimensions of the EU administrative law. The first one concerns what polices have to be implement. The second regards the main actors (European and national) involved in these developments. The last one underlines the cooperation between these actors. The functional unity of the EU administrative law is therefore carried on organically by different actors but engaged in a procedural cooperation. Nevertheless, from this concepts of mixed administration and shared sovereignty could derive a lack of accountability. The future challenge for the EU administrative law is to provide *ex post* and *ex ante* mechanisms of political and legal accountability for administrative action in general and not policy-specific.

Copyleft – Ius Publicum

Some tasks in the US and EU systems have started from common roots but reached different solutions. Talking about the electric energy sector in the XXth century the solution was a vertically integrated system, in both legal orders, based on a large monopoly state-managed (EU) or a big private firm (US). Both solutions caused a welfare social loss since those systems produced less electricity at higher prices compared to market prices due to the government's intervention (e.g. nationalisation). It became clear that these three functions - generation, transmission and distribution of the electricity - were not necessarily joined each other. Therefore the governments have tried to find out an alternative dialogue to solve the conflicts between the interested groups, especially between public and private. This approach crowns nowadays in a collaborative governance of electric market facing its special featuring (production undifferentiated, natural monopoly) consistently with the competition.

The best option is a self-regulation set by firms supported by the government: this improves fairness and efficiency more than the free market forces. Firms benefit from keeping themselves clean before the government's intervention. Government's regulation should not be completely removed, but should still take place at a multi-level dimension (federal, state, local). The US model of auto-regulatory organization shows a cross-boundary effect, which can be effective for the EU assets as well.

Right now the EU is trying to impose that kind of regulation on electricity - command control mechanism - that the US is now refusing, creating a truly independent authority as a chain between stakeholders and third users. Therefore the EU system seems condemned to the worst choice, fixing price

Copyleft – Ius Publicum

regulation - no electric system pan-European exists neither agencies nor inner controls - and leaving the Member States free to determine the prices.

Administrative law is also a useful tool for protecting the consumers. The free-trade organizations (EU, NAFTA, MERCOSUR) have brought advantages for the developed countries (e.g. low-cost manufactured) but also social and health costs: serious health issues related to the products arriving from developing countries, resulting in increased costs on consumers for the imported goods (e.g. toxic foods).

It's obvious that nation-states have specific troubles of scale to respond to the dangers of world-trade; moreover their traditional systems are based mostly on liability rules and not on preventing rules.

The solution lies in creating multi-national structures for increasing cooperation among different countries. During the mad-cow crisis the EU lacked the coordination and an unique top-level head research structure for determining health-risk levels; France tried to stop importing meat from UK but consequently had been sanctioned by the EU Commission and by the ECJ. Later on the EU created the European Food Safety Authority [EFSA].

After the mad-cow crisis the Members States could impose fines and nowadays the EU Commission oversees the national controls. Moreover, the Commission harmonizes these fines and implements a system of reports.

Focusing on the main principles of the administrative systems, transparency and participation had always been trademark of the US administrative law. Their lack in the EU law is one of the reasons about the feeling that EU is perceived as remote and undemocratic. Such principles are therefore the platform for future challenges for the EU law.

Copyleft – Ius Publicum

The failures of some US administrative acts, initially established to implement transparency and participation (Federal Advisory Committee Act; Sunshine Act) disclosed structural obstacles these principles to improve: on such failures the EU system should deeply reflect.

Interestingly the US administrative system was firstly developed and then reached his peak during the New Deal; at that time persons had no right of access to any agency records, nor that was any requirement for those agencies to publish the regulation they adopted. The Due process Clause was likely to guarantee the correct procedure, where the transparency could give just space for political pressure. The public participation was unnecessary to protect the public, since the experts inside the administration were believed to protect the public interest at the best. It was an elitist, un-democratic solution as the EU law is right now.

The APA rejected the New Deal model for an ultimate judicial model: since the agencies were no longer trusted to pursue the public interest, the public's interest needed to be represented by advocacy on behalf of public interest, balancing the countervailing private interests.

The next model of "regulation-negotiation" (*"reg-neg"*) was based on involving stakeholders, negotiating with them the terms of a proposed regulation. The aim was to avoid the judicial model, tackling the conflict between the competing private and public interest, both in the procedure before and then in front of the court. Obviously even this model, based on costs-benefits analysis to prevent litigation before the courts, privileged certain kind of interest of the administration (e.g. money) and sacrificed others ones (e.g. health, environment).

Copyleft – Ius Publicum

The agencies, created to support the EU Commission with technical analysis but also to develop the power and visibility of the EU institutions, still lack a clear regime of responsibility. The independence of agencies - the *Meroni* doctrine - is not more a mantra. As already happened with the legal accountability by judicial review to the decision of agencies or through internal-board of appeal, the same should be accomplished with regard to political accountability. The EU Parliament has gained more chances to scrutinize the appointments of the agencies' members.

This is also consistent with the decisional role assumed by several agencies (European Chemical Agency, ECHA), which are authorized to adopt legally binding decisions.

Even if their original scopes and tasks were different - for agencies, enhance the EU executive room for discretion at European level, for networks, foster the cooperation among Member States - now they both serve the same scope: improving the administration of the common market and the coherent application of the EU law in the Member States. Agencies still work on a scheme of direct implementation, where the networks are used to deal with the issues of indirect implementation or when the sovereign authority delegated to the EU institutions is still limited. In such a case the agencies' s functions would face off not only political but also legal constraints.

Nowadays there are no more differences between building up an Agency or a Network neither in their functions and powers (e.g. European Telecommunication Agency; Proposal for an European Migration Network; Proposal for an Energy Agency).

Copyleft – Ius Publicum