

CEDR Journal of Rural Law

CEDR Journal de Droit Rural

CEDR Journal zum Recht des ländlichen Raums



Volume 2/2016

Number 2

Preface *(p. 4)*

President's Corner *(p. 5-7)*

News/Events *(p. 7)*

Obituaries *(p. 8-11)*

Monika A. Król (p. 12-30)

The common organisation of agricultural market regarding to the legal framework established at European level and implementation in Poland

José Martínez (p. 31-43)

Die Renationalisierung von Kompetenzen der EU – die grüne Gentechnik als primärrechtlicher Sündenfall oder Befreiungsschlag?

Jean-Michel Henny (p. 44-55)

Protection des eaux et agriculture

Dorota Lobos-Kotowska (p. 56-70)

Legal character of the agricultural agreements in the Polish legal system

Ángel Sánchez Hernández (p. 71-82)

Los Derechos de Adquisición Preferente en Ley Española de Montes

Citation:

Author, Title, CEDR-JRL, Vol. 2/2016, No. 2, pp., available from:

<http://www.cedr.org/publications/journal.php>

Editorial Director

Prof. Dr. Roland Norer (CEDR General Delegate)

Editor in Chief

Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Schweizer (CEDR President)

Consulting Editors

Dr. Leticia A. Bourges (CEDR General Secretary)

Geoff Whittaker (CEDR General Treasurer)

Scientific Committee

Dr. Luc Bodiguel (France)

Prof. mr. D. Willem Bruil (Netherlands)

Prof. Dr. Roman Budzinowski (Poland)

Prof. Michael Cardwell (United Kingdom)

Prof. Dr. Rudy Gotzen (Belgium)

Prof. Dr. José Martínez (Germany)

Prof. Dr. Esther Muñoz Espada (Spain)

Prof. Dr. Antonio Sciaudone (Italy)

ass.Prof. Dr. János Ede Szilágyi (Hungary)

Committee of honour

Prof. Dr. Ferdinando Albisinni (Italy)

Prof. em. Dr. Margaret Rosso Grossman (USA)

Prof. em. Dr. Dr. Erkki Hollo (Finland)

Prof. em. Dr. Joseph Hudault † (France)

Prof. Dr. Rudolf Mögele (European Commission)

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Tomas Prugberger (Hungary)

Prof. em. Dr. Paul Richli (Switzerland)

Prof. Christopher Rodgers (United Kingdom)

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Marilena Uliescu (Romania)

About us: <http://www.cedr.org>

Contact: sgcedr@yahoo.fr

7-11 Avenue des Chasseurs, 75017 Paris, France

ISSN: 2414-3456

Preface

Dear Reader

After the death of Joseph Hudault, we have again to report a serious loss this year. Therefore, this edition is devoted to the memory of Alberto Ballarín Marcial.

From now on the President of the CEDR will take the opportunity to inform you about current activities and considerations in his own "President's Corner". As usual, you will find interesting contributions, which clearly show the diversity of the CEDR. Thank you for your interest.

Roland Norer

Editorial Director

Chère lectrice, cher lecteur

Après la mort de Joseph Hudault nous devons encore annoncer une perte grave. C'est la raison pour laquelle cette édition est consacré à la mémoire de Alberto Ballarín Marcial.

À partir de maintenant le président de la CEDR profite de l'occasion pour vous informer sur les activités et les réflexions actuels dans le "President's Corner". Vous trouverez, comme de coutume, des articles intéressants qui montrent la diversité de la CEDR. Merci pour votre intérêt.

Roland Norer

Editorial Director

Sehr geehrte Leserinnen und Leser

Nach dem Tod Joseph Hudaults haben wir nun auch in diesem Jahr einen schweren Verlust zu vermelden: dem Andenken Alberto Ballarín Marcials sei diese Ausgabe gewidmet.

Neu wird ab sofort der Präsident des CEDR in einem eigenen „President's Corner“ die Gelegenheit wahrnehmen, über aktuelle Aktivitäten und Überlegungen zu informieren. Außerdem finden sich wie gewohnt interessante Beiträge, die die Vielfalt des CEDR anschaulich aufzeigen. Danke für Ihr Interesse.

Roland Norer

Editorial Director

President's Corner

Views of the President, Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Schweizer

60 years of the CEDR – The role of the CEDR in Europe and the wider world

The European Economic Community was created on 25 March 1957 upon the signing of the Treaty of Rome by Belgium, France, Italy, Luxembourg, the Netherlands and the Federal Republic of Germany. The European Council for Rural Law, or CEDR, was founded in the same year, just a few months later, at the initiative of the French Minister of Agriculture Pierre de Felice, and based in Paris. 2017 therefore marks the 60th anniversary of the CEDR and we will be celebrating the occasion. Founded as a politically independent scientific organisation, the aims of the CEDR were to support the adaptation of agricultural legislation in the Economic Community's Member States while also developing and maintaining the agricultural law of the European Economic Community. In so doing, the political framework for European agricultural law was mapped out clearly.

It was not long, however, before agricultural law organisations and associations from non-EEC countries began showing a keen interest in working together and engaging in an exchange with the CEDR. Many issues proved to be of interest to lots of national agricultural law associations, even though these associations did not belong to an EEC Member State. Agricultural property, agricultural land transactions, agricultural tenancy law, and legislation governing nature conservation, fertilisers and animal breeding were just some of the shared areas of interest. For some countries and their agricultural law associations, their relations with the CEDR were clearly also important in terms of being well prepared for accession to the European Economic Community at a later date.

From the outset, the CEDR was very open to the idea of collaborating with agricultural law associations from non-EEC countries. In 1973, this ultimately resulted in a change to the CEDR's statutes, under which the association formally opened up to agricultural law organisations from outside of the EEC. This led to organisations joining from Austria, Switzerland, Bulgaria, Poland, Romania, Russia, Norway, Spain, Hungary and Finland, and also explains why CEDR enjoyed excellent links to Eastern European countries even as early as the 1970s. This was quite remarkable given the division of Germany and Europe during the Cold War era! The actions of the CEDR therefore preceded EU enlargement by decades. Besides proving to be very beneficial, this also made preparations for accession by many Eastern Europe countries easier.

The European Economic Community evolved into the European Union, under which powers are transferred increasingly to the European level. Together with the European Commission, the European Council and the strengthening of the European Parliament, the Union also increasingly provides political impetus for Europe.

The question facing the CEDR was one of how to play an active role in the new framework of the European Union and to contribute to decisions regarding agricultural policy. In association with the International Green Week, the CEDR held a Scientific Session in Berlin in January 2007 together with key decision-makers from the European Union. These were namely Klaus-Dieter Borchardt, then Head of Cabinet for the Commissioner for Agriculture Mariann Fischer Boel (focusing on CAP reform and globalisation), Dr Rudolf Strohmeier, Head of Cabinet for Viviane Reding, (focusing on information technology) and the then Parliamentary State Secretary Dr Gerd Müller (currently

Federal Minister for Economic Cooperation and Development), as the representative of the Federal Government (focusing on a detailed study of agricultural and environmental law; see the special publication from May 2007, pages 1-37).

Encouraged by the success of this event, the idea of intensifying cooperation with the European institutions was born. The Scientific Session held for that purpose during the International Green Week in Berlin on 17 January 2014 was attended by Dr Rudolf Mögele, Deputy Director-General of the Directorate-General for Agriculture and Rural Development (European Commission), Dr Rüdiger Stotz, Director-General of the Library and Scientific Service (European Court of Justice) and Mr Herbert Dorfmann, MEP, as the representative of the European Parliament. The in-depth discussions revealed that all of the representatives of the European institutions were extremely interested in collaborating with the CEDR and assigned it an important role, not least in the transposition and interpretation of European law.

In the European Parliament, the European Commission and the European Court of Justice, the CEDR has the status of an advisory body. The roles assigned to and the expectations placed upon the CEDR can only be fulfilled if it evolves to address the new challenges it faces and if all members are strongly committed and play an active role within the association. The primary task of the CEDR is to help shape agricultural legislation and rural law for people living in rural areas and to make people aware of the fact that the agricultural sector is not just any branch of economic activity but is instead governed by its own specific principles. As a result, the CEDR will in future have to continue focusing more on issues of current legal and agricultural policy and to developing ways of resolving current problems. This will be the challenge for the coming years. One of the issues discussed at the session on 17 January 2014 was the decision to set up a CEDR Journal, the third issue of which is now available.

The keen interest shown by the European institutions in the work of the CEDR was also evident from our Congress in Potsdam, and the active participation of a number of prominent representatives from these institutions (Czesław Adam Siekierski, Chair of the European Parliament's Committee on Agriculture and Rural Development, Jerzy Plewa, Director-General of the European Commission's Directorate-General for Agriculture and Rural Development (DG AGRI), and Dr Rudolf Mögele, Deputy Director-General (DG AGRI).

At the CEDR's European Congress of Rural Law in Lille, we will continue our successful collaboration with the European institutions. The following topics will be addressed: the EU and national competition law in agriculture (Commission I); national regulations governing the competitiveness of agriculture (Commission II); and significant current developments in rural law (Commission III).

Interest in the work of the CEDR is not just confined to Europe and the European institutions, however. Over the last couple of years especially, there have been many interested parties from North and South America, Africa and Asia, who are not only attending our Congresses but wish to become direct CEDR members. In 2015, the CEDR's Board of Management therefore took the decision to open up membership to all continents. The CEDR now has members from all of the aforementioned regions.

Agricultural and rural law are fascinating legal fields and are of considerable importance in terms of both society and the economy as a whole. On the one hand, the primary objective for many

developing countries is to create a legal framework for a successful agricultural sector, for example with the aid of legislation regarding cooperatives, property, land transactions and agricultural tenancy as well as land law and environmental law. On the other hand, agricultural law also covers topic areas that are important to all countries around the world, such as health and food quality, the conservation of natural resources, genetic engineering and climate change.

It should therefore come as no surprise that the CEDR's work has garnered interest worldwide.

Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Schweizer

News

Publications

Arvanitoyannis Ioannis S., Authenticity of Foods of Animal Origin, Boca Raton 2016

Bürgi Bonanomi Elisabeth, Sustainable Development in International Law Making and Trade. International Food Governance and Trade in Agriculture, Cheltenham 2015

Düsing Mechthild/Martinez José (Hrsg.), Agrarrecht, Beck'sche Kurz-Kommentare, München 2016

Josling Timothy E./Tangermann Stefan (Hrsg.), Transatlantic Food and Agricultural Trade Policy. 50 Years of Conflict and Convergence, Cheltenham/Northampton 2015

Lüdtke-Handjery Christian/von Jeinsen Ulrich, Höfeordnung Kommentar, 11. Auflage, München 2015

Norer Roland (Hrsg.), Genetic Technology and Food Safety, Cham 2016

Schmitte Hubertus, Landwirtschaftliches Familien- und Erbrecht, 2. Auflage, Berlin 2015

Spiller Achim et al., Wege zu einer gesellschaftlich akzeptierten Nutztierhaltung, Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats für Agrarpolitik beim Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, Bonn 2015 (online unter: <http://buel.bmel.de/index.php/buel/article/view/82>)

Steffen Wilhelm/Ernst Johannes, Höfeordnung mit Höfeverfahrensordnung, Standardkommentar, 4. Auflage, Butjadingen-Stollhamm 2015

In memoriam Alberto Ballarín Marcial

C'est avec une immense tristesse que dans l'Association Espagnole de Droit agricole nous avons appris le décès de M^e Alberto Ballarín Marcial. Á la fin de l'été, j'ai téléphoné à Alberto Ballarín pour le féliciter pour ses mémoires, il avait écrit cinq cent belles pages de sa vie sous le titre *Mémoires d'un homme heureux*; une heure après de notre conversation il décédait, sa voix exprimait et maintenant encore ce qui il avait toujours été, une personne décidée et optimiste.

Homme brillant, ses mémoires reflètent une vie passionnante, dynamique et riche intellectuellement; il avait participé dans la vie politique intensément, en étant sa plus grande bénédiction sa famille. Naturellement, il a été un homme catholique, convaincu que la religion aide beaucoup à ce que Bertrand Rusell a appelé « la conquête du bonheur ».

La guerre civile lui a laissé quelques leçons sur la justice, sur l'importance du ce qui est naturellement juste et sur l'importance de la valeur de la sécurité juridique; pour cela il a décidé d'étudier du droit. Il est arrivé á être Notaire très jeune, après il est arrivé á la DGRN, (Dirección General de los Registros y del Notariado) ayant une grand influence sur la vida social et politique de Madrid. Il a aussi été sénateur, en étant président de la commission de défense du sénat. Très tôt dans sa vie professionnelle, il a réfléchi sur le monde agraire. Son enfance vécue dans la campagne aurait laissé un lien très utile pour l'avenir. Il a été président du IRYDA (Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario), ce qui lui a fait une grande illusion, également que sa contribution dans le CEDR. Il a eu une grande influence sur le Ministère de l'Agriculture et sur l'élaboration des lois agraires en Espagne, comme il n'a pas pu être d'autre manière, étant donné qu'il était un grand spécialiste en Droit agraire. Il a été toujours la tête visible de l'agrarisme en Espagne. Il nous a laissé une œuvre bibliographique extrêmement précieux, étant sa grande contribution: la conception du droit agraire comme droit agroalimentaire. En définitive, il á réalisé un important travail d'actualisation et une modernisation du droit agraire et rural espagnol. Ainsi s'achève une vie bien remplie comme notaire, comme politique, et comme ami.

Esther Muñiz Espada

Universidad de Valladolid

Dr. Alberto Ballarín Marcial: un referente del derecho agrario español

Afirmaba Ramón y Cajal que muchos honores y distinciones los rechazaba cuando pensaba en las manos encallecidas del agricultor por su labor de sol a sol.

El Dr. Alberto Ballarín Marcial, conocía muy bien al agricultor y al campo. Le preocupaban sus problemas y tenía un continuo desvelo por lograr avances sustantivos en la progresión jurídica y social del sector agrario. Su dedicación al Derecho Agrario le viene por haber nacido y vivido en el mundo rural al que se sentía obligado a servir. A través del Derecho luchó por los agricultores, los ganaderos y los silvicultores, cuyo duro trabajo y condiciones de vida poco confortables todavía hoy subsisten en muchos países.

Nació el 16 de abril de 1924, en la localidad de Sariñena (provincia de Huesca, España). Estudió Bachillerato en los Escolapios de Zaragoza, asumiendo una formación religiosa que le marcó para siempre.

Estudió leyes en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Ingresó, tras superar las correspondientes pruebas selectivas, en 1948 como Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado y también ingreso en el Cuerpo de Notarios.

En los años cincuenta, se formó de la mano del Prof. Dr. D. Federico de Castro, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Complutense de Madrid. Comenzó su formación como agrarista en el extranjero, estudiando el Derecho Agrario Francés, con el Prof. Dr. MICHEL DE JUGLART, civilista y agrarista, Catedrático en la Universidad de Burdeos y luego en París. En Italia, estudió Derecho Agrario con el ilustre Profesor florentino Dr. Bolla, maestro de profunda formación e indudable finura jurídica; y con el Prof. pisano Dr. LORENZO MOSSA, quien a través de su obra, puso de manifiesto la nueva realidad económica y social de la empresa, institución que sería el núcleo en torno al cual se lograría la reforma social.

En 1954, asiste al I Congreso Internacional de Derecho Agrario organizado por el Prof. BOLLA. En ese foro, el Dr. Ballarín teoriza sobre un nuevo Derecho Agrario basado en la concepción institucional de la empresa, más allá de las meras relaciones jurídicas y derechos subjetivos.

De regreso a España, en los primeros años de la década de los cincuenta, se puso manos a la obra para construir el edificio especial del Derecho Agrario español. Comenzó publicando un trabajo sobre "El Código Civil y la agricultura" en el que realiza una crítica del Código Civil español, mostrando la necesidad de modernizarlo.

Entró a formar parte del Instituto de Estudios Agrosociales, desde el que participa en toda la obra agrarista legislativa reformista de la década de los años cincuenta en adelante, moviéndose su trayectoria profesional entre el Derecho Agrario y la Política Agraria, lo que explica que muchos de sus trabajos sean, en realidad, de "política legislativa".

Su Tesis para lograr el título de Doctor, la defendió en 1957, en la Universidad de Zaragoza, y fue dirigida por el gran maestro del Derecho Civil Prof. Dr. D. José Luis Lacruz Berdejo, tratando sobre el tema "Partes, Pertenencias y Accesorios". Mereció el sobresaliente cum laude.

A principios de los años sesenta, conoce el gigantesco proceso reformista iniciado en Latinoamérica y analiza las leyes de reforma agraria latinoamericanas, escribiendo sobre los principios generales de la reforma agraria integral y definiendo la función social.

En 1961, el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Prof. Dr. D. Leonardo Prieto Castro, crea, la Cátedra del Doctorado de "Derecho Agrario", en la que desarrolló su actividad docente.

Fundador en 1963 y primer Director de la Asociación Española de Derecho Agrario, de la que luego fue su Presidente.

Un hito importante lo constituye la publicación en 1965 de su libro rubricado "Derecho Agrario" en el que traza las líneas de un Derecho Agrario de la empresa, entendida ésta como una entidad superior y definitiva de organización en cuyo seno debe cumplirse la función social, contribuyendo así a superar la agricultura tradicional mediante un nuevo estilo productivo. A lo largo del libro trata de demostrar, en aquellos momentos, la especialidad del Derecho Agrario en España, deduciendo además sus principios generales.

La evolución en su pensamiento se pone de manifiesto precisamente en una Conferencia pronunciada el 9 de mayo de 1973, en San José de Costa Rica, y que se publicó por el IICA PRACA, Corte Suprema de Justicia e Instituto de Tierra y Colonización, en la que, por esa fecha, ya extendía el concepto del Derecho Agrario al máximo para así abarcar, no sólo la actividad puramente de producción agraria, sino también todo lo relativo a la conservación de la naturaleza y la promoción del mundo rural.

Publicó más de una veintena de libros, cientos de artículos, trabajos de análisis dogmático, de Derecho Comparado, de crítica de la legislación y la jurisprudencia, destacando en toda su obra jurídica el valor estratégico del sector agrario en su doble conexión con la alimentación humana, así como con el desarrollo rural. Citaré únicamente, por ser su última obra destacada, el libro rubricado "LA UTILIDAD DEL DERECHO AGRARIO PARA LA MODERNIZACIÓN DE LA AGRICULTURA", publicado en Madrid, en 2008, por el Ministerio de Agricultura.

Alberto Ballarín Marcial fue notario, ilustre jurista, eminente agrarista convencido y siempre un insigne estudioso del Derecho Agrario. Fue miembro de la Academia de Agricultura de Francia, miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Sevilla, miembro de la Real Academia de Doctores de España, miembro del Comité Europeo de Derecho Rural y de la UMAU.

Fue uno de los siete expertos europeos encargados por el Comisario de agricultura de la UE, Sr. FISCHLER, para preparar la conferencia de Cork que diseñó y marcó el origen de la política agraria europea de Desarrollo Rural.

Coordino la redacción del "LIBRO BLANCO DE LA AGRICULTURA Y DEL DESARROLLO RURAL", entregado en abril de 2002 al Ministerio de Agricultura del Gobierno de España, con el objeto de poder contar con un completo y actualizado análisis del sector agrario español.

Fue SENADOR, elegido por la provincia de Huesca (1977-1982). Portavoz en la Comisión de Asuntos Exteriores del Senado. Presidente de la Comisión de Defensa del Senado.

Fue distinguido, entre otras condecoraciones, con la Gran Cruz del Mérito Agrícola, la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort, la Orden del mérito Agrícola de Francia, la Orden del Mérito de la República Italiana, y la Orden Nacional do Cruzeiro do Sul de Brasil.

Hemos perdido uno de los grandes referentes del Derecho Agrario. Fue un gran estudioso y un experto de la legislación agraria comparada. Era culto, un pensador clarividente, un gran conversador, comprometido con el sector agrario y el mundo rural. Sostenía, con toda razón, que un país con una agricultura desarrollada, moderna y competitiva, es un país mucho más fuerte, más próspero y más capacitado para hacer frente a todos los retos alimentarios, sociales, económicos y medioambientales.

Para D. Alberto Ballarín Marcial, el jurista agrarista siempre cuenta con una profunda inquietud renovadora. Ha de impulsar la labor del legislador para que cambié la Ley y así adaptarla a las nuevas exigencias sociales. El agrarista no debe tener más norte que la guía suprema de la Justicia. Su excelsa misión consiste en saber componer los intereses encontrados para formular una propuesta normativa adecuada, que una vez convertida en Ley, modifique la realidad, incidiendo sobre ella mediante la obligatoriedad de la norma y así construir un Derecho Agrario para el progreso de la humanidad (*Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria, Zaragoza, 1975, pp. 23 y ss*).

Es de justicia reconocerle su gran aportación a la construcción, en España, de los conceptos básicos y de los principios generales “especiales” sobre los que se asienta el Derecho Agrario. Además, y por último, también hemos de reconocerle su condición de agrarista que dedico toda su vida a reivindicar el papel del Derecho agrario y de la agricultura como piedra angular para sostener el progreso de los pueblos.

Ángel Sánchez Hernández

Universidad de La Rioja

The common organisation of agricultural market regarding to the legal framework established at European level and implementation in Poland¹

Monika A. Król

Dr., Faculty of Law and Administration, University of Lodz

Abstract

Das reformierte Zahlungssystem der Direktzahlungen bringt viele Änderungen mit sich. Die früheren Direktzahlungen wurden von der Erfüllung anderweitiger Verpflichtungen abhängig gemacht und dienten der Unterstützung und Stabilisierung des landwirtschaftlichen Einkommens. Sie haben dazu beigetragen, die Öffentlichkeit mit landwirtschaftlichen und öffentlichen Gütern wie zum Beispiel Lebensmittelsicherheit oder Umweltgüter (Biodiversität, Umweltqualität, ländlicher Raum) zu versorgen. Im Gegensatz dazu werden Direktzahlungen heute mit Anforderungen an die Produktion verbunden. Das Zahlungssystem der nächsten Programmperiode der Gemeinsamen Agrarpolitik (GAP) von 2014 bis 2020 soll aktive Landwirte unterstützen, vor allem Junglandwirte, kleine und mittelgroße Betriebe. Zudem besteht mit dem neuen Zahlungssystem die Möglichkeit, die Unterstützung für Betriebe mit den höchsten Einkommen zu reduzieren. Im Rahmen der neuen Programmperiode erhöhte die GAP die Umwelanforderungen für die Unterstützung der landwirtschaftlichen Betriebe sowie die zusätzliche Unterstützung der Produzenten in Gebieten mit natürlichen Beschränkungen. Hieraus folgt auch die Neuausrichtung der landwirtschaftlichen Instrumente. Durch diese Neuerungen wurde die Gruppe der Landeigentümer von den Zahlungen ausgenommen, welche diese lediglich erhalten hat, um die Subventionen für die grössten Betriebe zu reduzieren und dieses Geld dann für die Entwicklung des ländlichen Raums einzusetzen. Eine Analyse der etablierten Rechtsansätze auf dem Gebiet der Direktzahlungen zeigt, dass das neue Modell der direkten Unterstützung neben dem grundlegenden Ziel ein angemessenes landwirtschaftliches Einkommen sicherzustellen auch umweltfreundliche landwirtschaftliche Methoden unterstützt. Die bewährten rechtlichen Maßnahmen verfolgen, sowohl direkt als auch indirekt, das Ziel des Schutzes der Biodiversität und der Landschaftspflege durch die Diversifizierung der Getreidekulturen, der Erhaltung von Weideland und der Setzung ökologischer Schwerpunkte oder gleichwertiger Praktiken.

1. Introduction

Reformed system of payments under the direct support schemes introduces many changes. The previous regulations² were not connected with direct payments from production but only subject to the fulfillment of cross-compliance requirements, which contributed to support and stabilization of farm income, and also contributed to providing the public, next to agricultural products also public

¹ This article is an extended version of the Polish National Report presented at the European Congress of Rural Law, in Potsdam in 2015. Partly in Polish version published: *Nowe rozwiązania prawne w zakresie płatności w ramach systemów wsparcia bezpośredniego*, "Studia Iuridica Agraria" 2015, v. XIII.

² Council Regulation (EC) No 73/2009 of 19 January 2009 establishing common rules for direct support schemes for farmers under the common agricultural policy and establishing certain support schemes for farmers, amending Regulations (EC) No 1290/2005, (EC) No 247/2006, (EC) No 378/2007 and repealing Regulation (EC) No 1782/2003, O.J. L 30 of 31.01.2009, p. 16.

goods³ such as food security or environmental goods (biodiversity, quality of the environment, rural landscape)⁴. While the payment system in the next programming period of the Common Agricultural Policy (CAP) for 2014-2020 is to support economically active farmers, with an emphasis on support for young farmers, small and medium-sized farms and with the possibility of reducing support to farms achieving the highest income. Under the new programming period the CAP increased environmental requirements relating to the support of farms, as well as maintained additional support to producers in areas with natural constraints.

2. Professionally active farmer

An important element of the reformed system of direct payments is dependent on support the fulfillment of the criteria of 'economically active farmer'. The introduction of this instrument comes down to the fact that a farmer who does not meet the requirements set out in the definition shall be excluded in the given year:

- 1) from all direct payments;
- 2) in the case of certain measures aimed at supporting rural development shall be considered as a farmer who does not meet the eligibility criteria or conditions for receiving the support. It should also be noted that the actions of the RDP 2014-2020⁵ require to meet the current legal requirements for professionally active farmers: quality systems for agricultural products and foodstuffs; help to start a business for young farmers; organic agriculture; payments to areas facing natural or other specific constraints (LFA); risk management systems (crop insurance, mutual funds, stabilization of income).

The concept of professionally active farmer is defined in Art. 9 of the Regulation of the European Parliament and of the Council (EU) No 1307/2013 of 17 December 2013. establishing rules for direct payments to farmers under support schemes within the common agricultural policy and repealing Council Regulation (EC) No 637/2008 and Council Regulation (EC) No 73/2009⁶.

The Polish Act of 5 February 2015 about payments under the direct support schemes⁷ does not contain a legal definition of the concept of "professionally active farmer", this concept expressly does not even exist in the law. However, Art. 7 paragraph 3 and 4 and Art. 34 paragraph 1 and 2 sec. 1 of

³ According to one of the economic concept direct payments are primarily a kind of compensation for provision of public goods, see: The future of CAP direct payments „Agricultural Policy Perspectives Brief”, No. 2, 2011, European Commission, DG Agri, Brussels.

⁴ K. Bańkowska, M.A. Król, Wynagradzanie za środowiskowe dobra publiczne dostarczane przez rolnictwo (Remuneration for environmental public goods provided by agriculture) [in:] M. Woźniak, Pierzchała (eds), Dobra publiczne w administracji (Public goods in administration), Toruń 2015, p. 215-235, although in Polish law doctrine there is the opinion of undermining the legitimacy of this thesis, see: D. Łobos-Kotowska, Działalność rolnicza jako przesłanka uzyskania uprawnienia do płatności (Agricultural activity as a circumstance for entitlement to direct payments), „Studia Iuridica Agraria” 2013, v. XI, p. 72.

⁵ The Rural Development Programme 2014 - 2020, based on the provisions of the European Union, in particular Regulation of the European Parliament and of the Council (EU) No 1305/2013 of 17 December 2013 on support for rural development by the European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD) and repealing Council Regulation (EC) No 1698/2005 and delegated and implementing acts of the European Commission, approved by Commission Decision CCI 2014PL06RDN001.

⁶ O. J. UE L 347 of 20.12.2013, p. 608 with amendments, hereinafter cited as: "Reg. No 1307/2013".

⁷ Journal of Laws (Dz.U.) of 2015, item 308, with amended., hereinafter cited as: "u.p.r.s.w.b.".

the Act implement provisions of Regulation No 1307/2013, aimed at ensuring targeting support for professionally active farmers.

In Poland, each beneficiary applying for direct payments in 2015, who in 2014 received the total amount of direct payments (excluding transitional national aids) of no more than EUR 5000 (before taking into account any reductions and exclusions⁸), will be automatically considered to be a professionally active farmer and participation in the system of support will not mean any additional obligations (Art. 7, paragraph 3 u.p.r.s.w.b. in connection with art. 9, paragraph 2, 3 and 4 of Reg. No 1307/2013).

Introduction of this general rule, is subject to a few exceptions. Under the current Regulation 1307/2013 a number of exemptions symptoms were contained and, in some cases, the obligation to document the economic activity in agriculture was introduced.

Pursuant to Art. 9 paragraph. 2, the first section of Reg. No 1307/2013, the subjective inclusion was concluded. No direct payments shall be granted to natural or legal persons, or to groups of natural or legal persons who: administer airports; administer water supply; administer permanent sports grounds and recreation facilities; provide rail transport services; provide services in the field of real estate.

However, in accordance with Art. 9 paragraph. 2, the second sec. of Reg. No. 1307/2013, where appropriate, Member States may on the basis of objective and non-discriminatory criteria decide to amend the list of indicated businesses and activities of other similar non-agricultural undertakings or activities, then they can decide to remove such additions. Therefore Art. 7 paragraph. 4 establishes optional capability to define such a list of other types of non-agricultural activities, by regulation of the Minister of Agriculture and Rural Development⁹.

EU rules establish, however, exceptions to this rule, this means return to the principle of taking payments.

On the basis of Art. 9, paragraph 2 the third sec. of Reg. No 1307/2013 mentioned categories entities covered by the exclusion will be able to demonstrate that they meet the criteria set out in that article, and therefore the possibility of becoming a professionally active farmer by documenting that:

- the annual amount of direct payments is at least 5% of the total revenue generated from non-agricultural activities in the last financial year for which such evidence is available;

⁸ Pursuant to Art. 17 paragraph. 2 point b of Commission Delegated Regulation (EU) No 639/2014 of 11 March 2014 supplementing Regulation (EU) No 1307/2013 of the European Parliament and of the Council establishing rules for direct payments to farmers under support schemes within the framework of the common agricultural policy and amending Annex X to that Regulation, O.J. EU L. No. 181 of 20.06. 2014, p. 1, hereinafter cited as: "Reg. No. 639/2014. "

⁹ Till now the Minister of Agriculture and Rural Development does not exercise his authority to issue an executive act.

- their agricultural activities is not a marginal. Pursuant to Art. 13 paragraph. 1, first sec. of Reg. No 639/2014, this requirement will be considered satisfied when all of the revenue from agricultural activity is at least 1/3 of the total revenues), or
- their main business or core business is performing agricultural activity - ie. not included in the official register of companies¹⁰.

Under Art. 34 of the Act types of evidence of the occurrence of the above-mentioned circumstances will be further specified in the implementing rules. In other cases, the principle of exclusion of entities involved, from the list mentioned above exclusions and rules of evidence of economic activity in agriculture will apply.

Examination of the existence of "professional activity" shall apply solely to farmers whose amount of direct payments exceeds 5000 euros, while they carry out (except for agricultural activity) types of non-agricultural activities referred to in Art. 9 paragraph 2, the first sec. of Reg. No 1307/2013 (including administration of airports), or other non-agricultural activities which will eventually be defined in the regulation issued under the optional authorization contained in Art. 7 paragraph 4 of the Act.

According to the data from the Agency for Restructuring and Modernisation of Agriculture (ARiMR) adopted solution will allow for automatic recognition of nearly 91% of farmers, with a total of 7.1 million hectares of agricultural land (50.52%), as professionally active. It should be noted, however, that the approach adopted in the Act will make it necessary to show compliance with the conditions of professionally active farmer will deal with the least possible number of beneficiaries. This is because the application by the European legislator over the analyzed solutions (ie. not extending the list of activities), the conducting of which will cover the procedure to check activity and establishing a threshold for payment of causing the automatic recognition of the entity for the economically active farmer at a maximum of 5000 euros.

To sum up, it should be emphasized that for the majority of Polish farmers the introduced new regulation will not bring significant changes. The majority of the beneficiaries, who in 2014 received the total amount of direct payments of no more than EUR 5000 will be automatically considered professionally active farmers to apply for the direct payments in 2015 and participation in the system of support will not entail any additional obligations. Thanks to this vast number of farmers will be considered active. From the point of view of the procedure of applying for support such an approach will simplify the process of applying for payment by the smallest holdings, from the point of view of the costs incurred by the paying agency will reduce the administrative burden associated with the operation of applications.

¹⁰ According to Art. 13 paragraph. 3, first sec. of Reg. No. 639/2014 agricultural activity is the main form of economic activity or objects of a legal person if it has been registered as a principal business or company objects in an official register of companies or any equivalent official register of a Member State. In the case of a natural person is required for entry into the equivalent records. In Poland activities in agriculture in terms of agricultural crops and farming and animal husbandry, horticulture, vegetable growing, forestry and inland fisheries, as well as in the field of agro-tourism and home-made wines), performed by a natural person is freely without entry in the register of economic activity. Agricultural producers are entered in the national registration system of producers, farm records and records of claims for payment.

3. Reduction in payments – degressivity

In accordance with Art. 11 Reg. No 1307/2013 Member States reduce the amount of direct payments to be granted to a farmer in a given calendar year by at least 5% for the portion of the amount exceeding EUR 150 thousand. This instrument is defined as *degressiveness of payment* (capping) and it is an optional instrument for Member States.

Attitude to the payment of annual reductions in individual Member States was diverse. The introduction of this instrument favored countries like Romania, Lithuania, Latvia, Italy, Portugal and Poland. In contrast, the Czech Republic, Denmark, Germany, France, Austria, the Netherlands and Sweden issued a negative assessment¹¹. For this reason, different Member States applied different solution to the reduction of payments¹². Most, as many as fifteen Member States¹³, with the surplus amount of over 150 thousand EUR, as referred to in Art. 11 Reg. No 1307/2013, adopted the minimum degressivity of 5%. Nine countries¹⁴ applied surtax up to 100% reduction of the basic payment with surplus amount between 150 thousand and 600 thousand euros. In nine countries reduction system was used (subtraction of salaries) of the salaries actually paid to farmers¹⁵. Several countries did not apply the reduction mechanism¹⁶. From the presented estimates within 5 years in years 2015-2020 achieved through the instrument of annual reductions will be EUR 558 million and will be credited to national envelopes to supporting rural development.

In Poland, pursuant to Art. 19 paragraph 1 u.p.r.s.w.b., under the new system of direct support reduction will be used, involving the reduction of payments by 100% of the excess amount of the single area payment over 150 thousand euros. Based on estimates¹⁷ it is assumed that with the reduction in payments will be covered only around 150 holdings and farms that have the area of not less than 1.4 thousand hectares. The limit above which the payments will not be paid are EUR 335 thousand per year.

The total amount obtained as a result of the application of this mechanism in Poland will reach approximately EUR 20 million per year and will be credited to the budget of the RDP.

¹¹ A. Czyżewski, S. Stępień, Punkty widzenia Polski i innych państw członkowskich Unii Europejskiej na WPR 2014-2020 (Viewpoints Polish and other European Union Member States on the CAP 2014-2020), "Journal of Agribusiness and Rural Development" 2012, v. 3, p. 75.

¹² The CAP towards 2020. Implementation of the new system of direct payments. MS notifications, DG Agriculture and Rural Development, European Commission.

¹³ Czech Republic, Denmark, Estonia, Cyprus, Spain, Latvia, Luxembourg, Malta, Netherlands, Portugal, Slovakia, Slovenia, Sweden, Finland, United Kingdom (England).

¹⁴ Austria, Belgium (Flanders), Ireland, Greece, Bulgaria, Poland, Italy, Hungary, the United Kingdom (Scotland).

¹⁵ Bulgaria, Estonia, Greece, Spain, Italy, Latvia, Luxembourg, Austria, Slovenia.

¹⁶ Germany, France, Croatia, Lithuania, Romania, Belgium (Wallonia).

¹⁷ Data from the Ministry of Agriculture materials.

4. Support for young farmers

Support for young farmers is one of the instruments of intense demographic impact on relations in agriculture. As emphasized in the doctrine the law¹⁸ legal solutions to facilitate generation change in agriculture are among the most important instruments to improve the agrarian structure in the countries of the old EU-15, used since the seventies. Also today in Poland all forms of support to facilitate start young farmers are regarded as a manifestation of stimulating structural change in the agricultural sector by facilitating the acquisition or establishment of farms by young people with appropriate qualifications, which is expected to lead to an increase in competitiveness of the agricultural sector¹⁹.

In the current term of the program there is a significant change in the system of support for young farmers who for the first time will receive support not only as previously from the second pillar of this policy, but for the first time it provided also specific payment for young farmers under the first pillar.

By virtue of Art. 50 Reg. No 1307/2013 Member States shall grant an annual payment to young farmers. It is an instrument classified as mandatory use by Member States. The purpose of this payment is additional income support for young farmers. It is the payment of the area given for maximum 5 years.

Pursuant to Art. 13 u.p.r.s.w.b. to grant payments for young farmers the requirements of Art. 50 paragraph 8 of Reg. No 1307/2013 shall apply. This means payment for young farmers will take the form of area payments and the rate will be 25% of the national average payment per hectare. This payment is paid to the area of land within the area approved for the farmer to the single area payment not exceeding 50 hectares.

The status of a young farmer holds a person under the age of 40 starting an agricultural holding first time as head of this farm or that has already begun such activities during five years prior to the first submission of an application under the single area payment scheme. A young farmer must be entitled to receive SAPS and meet the requirements of professionally active farmers.

Pursuant to Art. 49 paragraph 1 point b) of Reg. No 639/2014 the discussed payment may also be granted to a legal person or group of people (including spouses) if the legal person is entitled to payments under the system adopted, provided that at least one natural person, who meets the criteria for a young farmer (age, start-up), maintains effective and durable control over the legal person in terms of management decisions, benefits and financial risk in the first year of submitting the application for payment for young farmers. On the basis of the Regulation of the Minister of Agriculture and Rural Development of March 12, 2015 on detailed conditions and procedures for granting direct payments and payments not linked to tobacco²⁰, in § 6. 1 and 2 the conditions are set

¹⁸ Under Directive No. 159/72 on the modernization of farms, O.J. EC 1972 L 96, p. 1. For more on this topic: A. Lichorowicz, Problematyka struktur agrarnych w ustawodawstwie Wspólnoty Europejskiej (The issue of agricultural structures in the European Community legislation), Kraków 1996, p. 129 et seq.

¹⁹ P. Wojciechowski, A. Niewiadomski [in:] P. Czechowski (ed.), Prawo rolne (Agricultural law), Warszawa 2011, p. 432.

²⁰ Journal of Law (Dz.U.) from 2015, item 351 with amendments.

out for the exercise of the recognition by a young farmer the factual and permanent control over a legal person and a group of individuals with regard to decisions concerning the management, benefits and financial risk. In accordance with paragraph 46 of the preamble to Reg. 1307/2013 the purpose of payments to young farmers is income support for young farmers starting agricultural activity. In § 7 of the Polish Ministry of Agriculture regulation the requirements for fulfilling the condition for the start of the agricultural activity (ie. setting up) are set out.

For example, it is considered that the commencement of agricultural activity (ie. establishment of the holding) takes place in the year in which: 1) the farmer filled the first application for direct payments or 2) made the first request for financial assistance under the RDP 2007-2013 ; 3) took possession of the livestock covered by the obligation of notification to the register of livestock and marked and the headquarters of herds of these animals; 4) insured for the first time in the Agricultural Social Insurance Fund as a farmer or farmer's spouse or by virtue of the special branches of agricultural production; 5) begun conducting one of the special branches of agricultural production.

In Poland there is planned to be invested for this payment 2% of the national envelope, which is over EUR 67 million per year. The estimated rate of payments for young farmers will be approx. 59.8 EUR / ha. It is estimated that approx. 110 thousand farmers will qualify to this payment annually.

In addition to payments for young farmers under the new system of direct payments, generational change in agriculture will be supported by activities in the RDP 2014-2020. It will be mainly premium for young farmers, but to exploiting the potential of young farmers holdings will serve actions concerning the modernization of farms, restructuring of small farms, creating groups and producer organizations.

5. Support for small farms

Since the Second Mansholt Plan and the first great structural reform the 1972 European legislation, implementing the objectives set out in the Treaty of Rome²¹, supported a specific group of farms. As highlighted in the doctrine²², the main objective of Directive 159/72, next to the proclaimed modernization, was to help farmers who reach low income. Small farms have been for many years seen as an obstacle to modernization of agriculture in the EU and as a reserve labor force²³.

Today, after forty years of implementation of these instruments, despite the emergence of many new circumstances (even environmental) the basic directions of the CAP in terms of structural changes have not changed. Still, the subject of support are slim, multifunctional farms of family nature. Such a farm, which is not only a production (one of the economic foundations of the economy and food production), but also non-productive: 1) social (social responsibility, a place for

²¹ The Treaty Establishing the European Economic Community, signed in Rome on 25 March 1957.

²² A. Jurcewicz [in:] A. Stelmachowski (ed.), *Prawo rolne (Agricultural law)*, Warszawa 2008, p. 80.

²³ S. Wiggins, J. Kristen, L. Llambi, *The Future of Small Farms*, "World Development" 2010, v. 38, No. 10, pp. 1341–1348, <http://www.sciencedirect.com/science/journal/0305750X/38/10>.

the family, a buffer against poverty) and 2) ecological (environmental and biodiversity benefits and landscape)²⁴.

In Poland in 2013 there were 1,429 million farms, of which 1,362 million were small and medium-sized farms (from 1 ha to 50 ha) and was at the same time the number of farms benefiting from direct subsidies²⁵. The average size of a farm in the country is 11.37 ha²⁶. Approximately 862 thousand of the farm land has an area of less than 5 hectares. According to the FADN²⁷ more than half of Polish farms (56% of total households) reaches the value of agricultural production per year less than 4 thousand Euro (up to about 16 thousand. zł). Production value of more than 8 000 Euro (about 32.000 zł) reaches only one in four farms (26% of total households)²⁸.

Since the early nineties, that is after Poland's accession to the status of an associate, one of the most important problems to be solved in agricultural legislation was the adoption of legal solutions to improve the agrarian structure and creating a general farm development opportunities and acquire higher incomes²⁹.

In much of the small farms there is potential for development, there are opportunities to increase agricultural production, improve agricultural technology. In addition, small farms accounted for 82% of all households with incomes outside agriculture, good use of the chances of raising additional revenue through the provision of additional services or small manufacturing activities³⁰. The development of small farms in Poland will depend mainly on the increase in income from the farm. Hence, all the instruments to support small farms will be an incentive for the development of these farms and improve their profitability.

In the new programming period, small farms will use:

- support under the direct support scheme;
- as part of the Rural Development Programme.

²⁴ M. Dudzińska, K. Kocur-Bera, Definicja małego gospodarstwa rolnego (The definition of a small farm), „Infrastruktura i ekologia terenów wiejskich” 2013, v. 1, p. 18 and indicated literature.

²⁵ Agriculture Statistical Yearbook 2014, Central Statistical Office (GUS), Warszawa 2015, p. 113.

²⁶ According to CSO data, the average total area of farms in Poland in 2013. Amounted to 11.37 hectares and the average area of agricultural land on the farm is 10.08 hectares. Considering the land in good agricultural and the average drops to 9.97 hectares. Data: Land use and sown area in 2013, Central Statistical Office (GUS), Warszawa 2014, pp. 39, 43, 44, 52.

²⁷ Information on research FADN (Farm Accountancy Data Network) on: www.fadn.pl.

²⁸ Support for small farms in Poland in the new financial perspective 2014-2020, MRiRW, Warszawa 2013, p. 2.

²⁹ Also see: A. Lichorowicz, Harmonizacja polskiego ustawodawstwa strukturalnego w rolnictwie z ustawodawstwem Unii Europejskiej. Na przykładzie prawnego pojęcia gospodarstwa rolnego (Harmonisation of Polish agricultural structural legislation with EU legislation. For example the legal concept of a farm), PiP 1996, v. 4-5, P. Czechowski, Problemy harmonizacji prawa w związku z integracją polskiego rolnictwa z Unią Europejską (Problem of law harmonization in connection with the integration of the Polish agriculture with the European Union) [in:] St. Prutis (ed.), Polskie prawo rolne u progu Uni Europejskiej, Białystok 1998, p. 51 – 54, czy St. Prutis, Instrumenty prawne polityki strukturalnej w rolnictwie (dyskusje i bariery), (Legal instruments of structural policy in agriculture (discussions and barriers)), „Studia Iuridica Agraria” 2002, v. III, p. 193 i n.

³⁰ The deep characteristics of this type of farms: A. Chlebicka, J. Fałkowski, T. Wotek, Małe gospodarstwa w Polsce – charakterystyka (Small farms in Poland – characteristics), SAEPR/FAPA, Warszawa, March 2009, www.fapa.com.pl/gfx/saepr/Male_gospodarstwa_w_Polsce.pdf

Pursuant to art. 61 and Reg. 1307/2013 in the new program there was established a special, simplified form of support, defined as a system for small farms. This instrument is optional for both Member States and farmers of eligible households. If, however, the application of this scheme replaces any other payments to which the farmer would have been entitled had he remained in the general system or the single area payment and payment of its affiliates as well as payments related to production).

In 2015, in the framework of direct support, the holders of small farms will benefit from direct payments in the new system called "payment for small farms". The system will be voluntary for both Member States and farmers. It will replace all other payments made within the basic system of direct payments. Payment is in the form of a lump sum, charged by summing all payments to be granted to a farmer in a given year. Pursuant to Art. 19 paragraph. 2 u.p.r.s.w.b. The maximum payment amount can reach up to 1,250 euros per farm.

In everyday meanings, a small farm is associated with smallholders farmer, low income, limited resources and production primarily for their own needs. The question is what the farm, in the legal sense, should be regarded as small and eligible to benefit from a support scheme from the structural funds. Neither the European legislation, nor the doctrine developed a single definition of a small farm and there is no clear dividing line between the small, medium and large farm³¹. The definition of a small farm is dependent on the criterion of a holding. For the analysis physical factors can be used, such as agricultural area or amount of work on the farm or livestock density or derived income³².

Pursuant to Art. 56 u.p.r.s.w.b. a farmer applying for direct payments for 2015 shall be considered automatically as a farmer participating in the system for small farms, if:

1) they meet the conditions for the granting SAPS, or its affiliates and payments linked to production.

Pursuant to Art. 10 paragraph. 1 point a) and b) of Reg. No 1307/2013 minimum requirements for the payment of the following areas are set:

- the amount of support that equals 100 Euro. However, under Art. 10 paragraph 2 of Reg. 1307/2013 to reflect the structure of their agricultural economies, Member States may adjust the thresholds referred to in paragraph 1 point a) and b), within the limits set out in Annex IV. For this reason, Poland has implemented indicated in the Annex limit of 200 Euro (art. 7, paragraph 2 sec. 2 u.p.r.s.w.b.);

- or in terms of space - the total area of land within the area approved in the possession of the farmer is not less than 1 hectare (Art. 7, paragraph. 1 sec. 2 u.p.r.s.w.b.) ;

2) the total amount of direct payments determined for the farmer is not more than PLN equivalent of 1250 Euro.

³¹ M. Dudzińska, K. Kocur-Bera, *Definicja małego ...*, p. 20.

³² A. Chlebicka, J. Fałkowski, T. Wołek, *Małe gospodarstwa ...*, p. 3, or M. Dudzińska, K. Kocur-Bera, *Definicja małego ...*p., 21.

Farmers will be able to join the scheme for small farms only in the first year of its application, ie. in the year 2015 (application submitted by June 9, 2015). Pursuant to Art. 56 sec. 2 u.p.r.s.w.b. farmers receiving less than € 1250 will be incorporated into the system automatically. Withdrawal from the system will be possible at any time, and the will is associated with a lack of reusability in it in the coming years.

The main difference obtaining the status of small farm lies in the fact that pursuant to Art. 61 paragraph 3 of Reg. 1307/2013, farmers participating in the scheme are exempt from agricultural practices provided and must comply with agricultural practices beneficial for the climate and the environment, or equivalent practices as well as the release of the participating farmers' control standards and requirements of cross compliance.

According to ARiMR datas, it is estimated that in the system for small farms approx. 680 thousand households will participate, representing almost half of the total number of beneficiaries of direct payments in Poland³³.

It should also be noted that in the RDP for the years 2014 - 2020 there were proposed instruments of financial assistance - actions of which beneficiaries can be farmers running farms with low production capacity and low incomes from agricultural activities It will be mainly action *The restructuring of small farms (Restrukturyzacja małych gospodarstw)*, whose goal will be to make changes in the farm contribute to improving the competitiveness and increase profitability through an increase in economic size, In particular by changing the profile. The bonus will amount to 60 thousand PLN paid in two installments The beneficiary is a farmer insured in Agricultural Social Insurance Fund conducting agricultural activities correctly.

In addition, farmers eligible for the scheme for small farms will be able to use a special instrument within the RDP 2014-2020 *Payments to farmers returning small farms*. Support will be granted to those farmers who permanently transmit their farm to another farmer to enlarge the farm. The amount of this support under the RDP will provide 120% of the annual support, the receiving of which the beneficiary would qualify under the scheme for small farms in the first pillar of the Common Agricultural Policy. Aid will be paid once for the period from the date of transfer of the farm until 31 December 2020.

The beneficiaries of the system of small farms will also be able to benefit from other activities: The modernization of agricultural holdings; The premium for farmers commencing their agricultural activity or Organic farming whether Agri-environment-climate schemes.

6. Shifting funds between pillars

The European legislator, in accordance with the provisions of Regulation No 1311/2013 laying down the multiannual financial framework for 2014-2020³⁴, remained division into two funds, which

³³ A detailed description of the system of direct payments in Poland in the years 2015-2020 (data from the website of the National Sugar Beet Growers Association, <http://kzpsc.com.pl/files/files/szczegolowyopis%20systemuplatnosci%20bezposrednich.pdf>, on 02.08.2015.

³⁴ Council Regulation (EU, Euratom) No 1311/2013 of 2 December 2013 laying down the multiannual financial framework for 2014-2020, O. J. EU L 384 of 20.12.2013, p. 884.

are to fund the two pillars of the CAP, however, expressly the Art. 3. paragraph 1, the second paragraph of the flexibility of cash flow between the two pillars. As highlighted in the literature³⁵, according to the objective pursued of the introduced legislation, there is a need to reduce differences in the level of payments between farmers, regions, and especially the countries. For this reason, the new design of direct payments seeks to better exploit synergies with Pillar II.

Pursuant to Art. 14 Reg. 1307/2013 the principle of flexibility between pillars is detailed, on the basis of which Member States have the possibility of moving from 15% to 25% of funds from Pillar II to direct payments.

Kind of support	2015	2016	2017	2018	2019	2020	Total
CAP budget in total, in that:	4557	4573	4589	4607	4625	4623	27 574
Means for direct payments	2987	3005	3022	3042	3062	3062	18 180
Percent	65,5	65,7	65,8	66	66,2	66,2	65,8
Financial envelope for payments with 25% increase from 2nd Pillar of CAP	3379	3395	3412	3431	3451	3062	20 129
Percent in relation to entire CAP budget	74,1	74,2	74,3	74,5	74,6	66,2	73,0

Source: Data from the Ministry of Agriculture and Rural Development

A. Mickiewicz, B. Mickiewicz, Podstawowe zasady dopłat bezpośrednich stosowane w nowej perspektywie finansowej 2015-2020, „Problemy Drobnych Gospodarstw Rolnych” 2015, v. 1.

In Poland, pursuant to Art. 14 paragraph 2 first sec. of Reg. 1307/2013, 25% of the envelope of the second pillar for the years 2015-2020 has been shifted, ie. 2.34 billion EUR, increasing initial pool of funds for direct payments to 23,49 billion. The funds obtained as a result of this shift will be in the majority (about 73%) used to finance additional payment for small and medium-sized farms (payment to "the first hectares," ranging from 3.01 to 30 hectares in each farm). A similar pro-development result will have a scheduled payment for young farmers to which up to 2% of the annual national envelope is planned to be allocated. Poland also made full use of the possibility to allocate 15% of the national envelope for payments linked to production³⁶.

A new element of the system, mandatory throughout the EU, for which 30% of funds will be allocated (Art. 47 paragraph 1 of Reg. 1307/2013), will be payment for planting, subject to

³⁵ A. Mickiewicz, B. Mickiewicz, Podstawowe zasady dopłat bezpośrednich stosowane w nowej perspektywie finansowej 2015-2020 (Basic principles of direct payments applied in the new financial perspective 2015-2020), „Problemy Drobnych Gospodarstw Rolnych” 2015, v. 1, p. 12.

³⁶ Data: System płatności bezpośrednich ..., p. 2.

compliance with requirements for crop diversification, maintenance of permanent grassland and devoting part of the surface for environmental purposes.

The proposed solutions will enable effective and efficient use of available EU funds for providing consumers in Poland and the European Union healthy and high quality food in a way that takes into account the need to restructure and modernization of the agri-food sector and the requirements of the environment in Poland. This will be achieved through specific support for active, small and medium-sized farms that have a realistic chance of development in conditions of globalization of markets and changes in consumer expectations.

7. Greening

7.1. Payment for areas with natural constraints

As indicated in motive 46 of the preamble of Reg. No 1307/2013, to support the sustainable development of agriculture in areas with specific natural constraints, Member States should be allowed to use part of top levels for direct payments to grant all farmers with operations in these areas, or on some of these areas, if it is decided by the Member State, the annual area payment in addition to the basic payment. Pursuant to Art. 1 letter b) point (v) and chapter IV of Title III of Reg. 1307/2013, Member States may establish a voluntary payment for farmers in areas with natural constraints.

Polish legislator in Art. 3. 1 sec. 12 of the Act of 20 February 2015 on support for rural development with the participation of the European Agricultural Fund for Rural Development under the Rural Development Programme for 2014-2020³⁷ predicted payment for farmers operating in areas with natural constraints or with other specific constraints (the LFA payment).

As part of the payments three forms of compensation were provided: 1) compensation in mountain areas; 2) compensation for other areas affected by specific natural constraints; 3) compensation for other areas affected by specific constraints (Art. 3 sec. 1 point 12 letter a, b and c u.w.r.o.w.).

Based on the mandate contained in Art. 45 paragraph 1 section 1 of the Minister of Agriculture and Rural Development regulation of 13 March 2015 on detailed conditions and procedures for granting financial assistance under the measure "Payments to areas facing natural or other specific constraints" under the Rural Development Programme for 2014 -2020³⁸ specify the conditions and procedures for granting and payment of LFA payments.

The beneficiary of the payment (pursuant to paragraph 2 r.o.o.n.) will be professionally active farmer who own a farm located in the territory of the Republic of Poland and operate farming in LFA areas, with area of agricultural land belonging to the farm, amounting to at least 1 ha. The parcels covered by the aid, are used as an agricultural area (any area occupied by arable land, permanent grassland and permanent or permanent crops), and the surface must not be less than 0.1 hectares;

³⁷ Journal of Laws (Dz.U.) from 2015, item 349, hereinafter cited as: „u.w.r.o.w.”.

³⁸ Journal of Laws (Dz.U.) from 2015, item 364, hereinafter cited as: „r.o.o.n.”.

The rates of payments for farming in LFA areas defined in the paragraph 3 sec. 3 r.o.o.n., will be calculated separately for different types of these areas:

- 1) payment for mountain areas (LFA Mountain type) - 450 PLN / ha
- 2) payment for lowland areas (LFA lowland type):
 - a) LFA lowland type I - 179 PLN / ha
 - b) LFA lowland type II - 264 PLN / ha
- 3) payment for specific areas (LFA type specific) - 264 PLN / ha.

Legislature provided, however, paragraph 3 sec. 4 r.o.o.n. degressiveness of LFA payments depending on the total area of agricultural parcels or parts thereof covered. Depending on the area, the payment will be granted in the following dimensions: 1) from 1 to 25 hectares - 100% payment; 2) from 25.01 to 50 hectares - 50% of payments; 3) from 50.01 to 75 hectares - 25% of the payments; 4) over 75 ha - the payment will not be granted.

The adoption of such a solution is aimed at preventing excessive concentration of land in order to maintain subsidies. Payment rates are subject to certain modifications, and the instrument for a reduction greatly reduced (twice or even three times higher thresholds than the area of farms for farmers implementing a 5-year commitment). It is justified even from the point of view of the environmental effects of their operations. Lands of these farms will have to be maintained in good agricultural and environmental condition, and due to their location in naturally valuable areas will be served to improve the quality of natural elements of biodiversity.

7.2. Payment for environmental actions

One of the manifestations of greening the CAP is a mandatory part of the environmental component of direct payments, supporting agricultural practices beneficial for the climate and the environment. Under Reg. No 1307/2013 payment system after 2013 became more environmentally friendly - "greened". This term refers to the new financial instrument, the so-called payments for environmental measures, granted, in principle, in addition to the basic area payments to farmers, and dependent on the fulfillment of their additional requirements relating to environmental protection, to halt the decline of biodiversity and combat climate change.

The obligation of absolute fulfillment of the aforementioned practices does not apply to all farmers, because according to applicable regulations it depends on:

- 1) arable land on the farm;
- 2) entry into the scheme for small farms;
- 3) owning permanent grassland;
- 4) running organic production;

Payments for environmental activities are awarded for mandatory agricultural practices undertaken on farms. They consist of simple, generalized, non-contractual and annual actions linked

to agriculture, but going beyond cross-compliance requirements. Among the activities of those in the Art. 43 paragraph 2 of Reg. No 1307/2013 indicated:

- 1) the requirement of crop diversification;
- 2) the requirement to maintain permanent pasture;
- 3) the requirement to maintain ecological focus areas.

Diversification of crops, under Art. 44 Reg. No 1307/2013, is based on the need for several different crops in the number dependent on farm size. The legislator points out the difficulty in fulfilling this requirement by small family farms, releasing from the requirement farm up to 10 hectares. Due to the agrarian Polish structure and the average area of farms³⁹ an overwhelming majority will be freed from the obligation.

According to data from the ARiMR in Poland:

- 1) about 83% of households will be released from the obligation to implement crop diversification, which is, however, only 34% of the total arable land;
- 2) about 14% of households will be falling under the obligation of having two crops, and 3% of households having three crops. However, the data shows that 66% of the total arable land will be covered by the obligation to diversify crops⁴⁰.

Considering the area of arable land covered by the specified requirement must be stated significant potential effectiveness of this instrument in Poland, but also a negligible share of family farms with an area which is the national average⁴¹.

The Polish implementing legislation has not created any mechanism of incentives for voluntary action by diversification also in these smaller farms, which could contribute to achieving the objective of this regulation, which in the assumptions of the European legislator is to counteract monocultures and consequently is a very important element for biodiversity and landscape development in rural areas.

The regulation adopted in 2013 also retains the obligation to maintain the current area of permanent pasture, which concerns naturally shaped meadows and pastures, often on wetlands. This instrument is primarily intended to be used on Natura 2000 sites, designated in accordance with the provisions of Directive 92/43/EEC on the conservation of natural habitats and of wild fauna and

³⁹ According to Central Statistical Office (GUS) data, the average total area of farms in Poland in 2013. Amounted to 11.37 hectares and the average area of agricultural land on the farm is 10.08 hectares. Considering the land in good agricultural and the average drops to 9.97 hectares. Data: Land use and sown area in 2013. Central Statistical Office (GUS), Warszawa 2014, pp. 39, 43, 44, 52.

⁴⁰ Information bulletin, MRiRW, ARiMR, 2014, v. 6, p. 12.

⁴¹ More on this topic: M.A. Król, Rola gospodarstw rodzinnych w prawnej ochronie zasobów środowiska i różnorodności biologicznej (The role of family farms in the legal protection of environmental resources and biodiversity) [in:] Prawne mechanizmy wspierania i ochrony rolnictwa rodzinnego w Polsce i innych państwach Unii Europejskiej, ed. P. Litwiniuk, Warszawa 2015, p. 164.

flora living⁴² and Directive 2009/147/EC on the protection of wild birds⁴³ but it may also pursuant to Art. 45 paragraph 1 sentence 2 of Reg. 1307/2013 used elsewhere. Permanent grasslands are characterized by high species diversity of plants and animals that exist due to natural process of their long-term expansion on the land. In addition, they serve important role in preserving the existing landscape in these areas.

Another additional requirement established in the context of payments for environmental actions is to be the obligation to maintain the so-called ecological focus areas on the surface of not less than 5% of the acreage farms⁴⁴. Ecological focus areas include copper, terraces, buffer strips, plantings and shrubs, ponds, that is all of these elements of the landscape, which in the natural sciences are referred to as so-called environment islands surrounding agro-ecosystems⁴⁵. Their presence is crucial not only for biodiversity but plays also an essential part of the rural landscape, making its diversity.

Maintaining ecological focus areas will concern farms with an area exceeding 15 hectares of arable land. ARiMR data show⁴⁶ that about 91% of households will be released from the obligation to implement this practice. And the area of arable land subject to fulfillment of the obligation to maintain ecological focus areas will constitute approximately 54% of the total arable land in Poland and, therefore, as in the case of crop diversification, this obligation will be burdened by only a few, larger farms. In addition, provisions of Regulation contain a list of areas located on the farm, which can be considered as ecological focus area (including fallow land, landscape features, like ponds, trees forming a natural monument, ditches, field margins mid-field, or hedges), which still reduces the need to take proactive environmental actions in this regard.

7.3. Equivalent practices

Another element that needs mentioning is to establish the possibility of recognizing equivalent performance practices. Pursuant to Art. 43 paragraph 3 point and in conjunction to Annex IX of Reg. No 1307/2013 scope of implementation of commitments representing execution of practices equivalent to the triad of environmental activities has been defined. Equivalent practices cover similar practices, which result in equal or greater levels of benefits for the climate and environment as compared to one or more practices. Member States may, under national legislation consider to meet certain requirements for the execution of crop diversification obligation, maintenance of permanent grassland herbaceous, maintaining ecological focus areas.

In Poland under the provisions of Minister of Agricultural and Rural Development Regulation of 20 March 2015 on implementation of equivalent practices⁴⁷ only practices equivalent to the range

⁴² Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora, O. J. L 206 of 22.07.1992, p. 7.

⁴³ Directive 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the conservation of wild birds, O.J. L 20 of 26.01.2010, p. 7.

⁴⁴ This percentage may be increased by the Commission after 2017 to 7%.

⁴⁵ E. Symonides, Znaczenie powiązań ekologicznych w krajobrazie rolniczym, „Woda-Środowisko-Obszary Wiejskie” 2010, v. 10, p. 250.

⁴⁶ Data: Informacja na temat wybranych elementów nowego systemu płatności bezpośrednich po 2014 r., (Information on selected elements of a new system of direct payments after 2014), Warszawa, MRiRW, May 2014, p. 5.

⁴⁷ Journal of Laws (Dz.U.) of 2015, item. 433.

specified in Part I, point 2, second indent of Annex IX to Reg. No 1307/2013 were accepted, ie. in respect of the obligation, ie. 'use of at least 4 crop' in the main crop on the farm. On the basis of adopted in Poland solution, which by that obligation shall be recognized in the event of implementation of the requirement set out in Annex 2 to the Minister of Agricultural and Rural Development Regulation of 18 March 2015 on specific conditions and procedures for granting financial assistance under the measure Agrienvironment-climate action of the Development Programme of Rural Areas for 2014-2020⁴⁸, where in paragraph 1 in Part I. Package I. Sustainable agriculture the possibility of diversifying crops through equivalent practices was determined - the application of requirement 4 in the main crop during the year on arable land on the farm, where: 1) the share of main crops, including cereals in the crop structure does not exceed 65%, and 2) the share of each crop must not be less than 10%. Rating of the adopted solution is positive⁴⁹, it does not apply to the smallest farms (of which there are many in Poland) but only larger farms, which will counteract monocultures and reduce the share of cereals in the structure of crops.

8. Conclusions

The next CAP reform dictated by the new determinants of change: external constraints (eg competition in global markets, climate change) and partly other than in the past, internal considerations (such as the desire to reduce the budgetary resources and further enlargement of the EU with new Member States)⁵⁰.

Under these new circumstances follows the reorientation of agricultural policy instruments. The introduced solutions have eliminated a group of owners of land holdings with the sole purpose of receiving payment (so called "sofa farmers"), to reduce the subsidies for the largest farms, and the money saved spent on rural development.

Analysis of established legal solutions in the field of direct payments shows that despite the fundamental objective which is to ensure the appropriate level of farm income, which is the subject of increasingly frequent concerns of part of the economic doctrine⁵¹, the new model of direct support is also intended to support environment-friendly agricultural practices. The established legal measures also apply (both indirectly and directly) to the protection of biodiversity and landscape through crop diversification, maintenance of permanent pasture, the maintenance of ecological focus areas, or equivalent practices including, among others management of landscape features including thinning trees, trimming hedges, coastal forest vegetation restoration, stone walls, terraces, ditches, ponds (Section III. 5 of the Annex to Reg. No 1307/2013).

Factors speaking for the effective implementation of instruments of the so-called greening farms are:

⁴⁸ Journal of Laws (Dz.U.) of 2015, item 415.

⁴⁹ D. Stankiewicz, Opinia merytoryczna do projektu ustawy o płatnościach w ramach systemów wsparcia bezpośredniego (Opinion on the draft Law on payments under the direct support schemes), druk sejmowy nr 3080), Opinie Biura Analiz Sejmowych, <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=3080>

⁵⁰ A. Czyżewski, S. Stępień, Punkt widzenia ..., p. 70.

⁵¹ W. Czubał, W. Poczta, A. Sadowski, Wpływ proponowanej reformy systemu dopłat bezpośrednich po 2013 r. na sytuację polskiego rolnictwa (The impact of the proposed reform of the system of direct payments after 2013 on the situation of Polish agriculture), „Wieś i Rolnictwo” 2011, v. 4, p. 78-81.

1) their mandatory nature - farmers are entitled to payment for all eligible land will be required to observe agricultural practices beneficial to the environment and climate, or alternatively will be able to make so called similar practices (listed in Annex IX of Reg. No 1307/2013⁵²), which result in equal or greater level of environmental benefits;

2) financial sanction for failure to comply "greening" by agricultural producers, being the possibility of withdrawal, in whole or in part of the aid⁵³. Payments are of administrative law and their granting shall be based on administrative law decision under specified procedure. Failure to comply with management requirements in accordance with established principles (agricultural practices beneficial for the environment and climate) in the years beyond 2017 will be able lead to sanctions even exceeding the amount received in respect of greening, which will mean a partial reduction of other payments;

3) the obligation to re-convert land into permanent pasture for plowing or conversion of permanent grassland in environmentally valuable areas (eg. Nature 2000 sites), applied regardless of the financial penalty in the form of reduced payments;

4) ensuring for this purpose 30% of the total funds allocated for direct payments. In this way, almost one-third of the grant funds earmarked for direct payments will be dependent on the fulfillment by Member States of more flexible and introduced gradually requirements relating to environmental protection.

On the other hand, factor limiting the effectiveness of this instrument are numerous exemptions to undertake agricultural practices beneficial for the environment and the climate. As follows from the above analysis, to farmers who carry out farming activities on arable land to 10 hectares and do not have permanent grassland or were enrolled in 2015 into the system for small farms receiving payments for greening, will not necessitate making changes in the management system.

⁵² 1. In terms of crop diversification crop rotation, winter soil cover, intercrop. 2. As regards the maintenance of permanent pasture: management of meadows or pastures while maintaining the requirement to maintain permanent grassland, extensive grazing system. 3. For the maintenance of ecological focus areas use any of the following practices: among others, ecological set-aside; the creation of "buffer zones" in areas with high nature value Nature 2000 sites or other places of biodiversity conservation; management of buffer zones which have not cultivation and boundary strips; management, restoration of landscape features (trees, hedges, coastal forest vegetation, stone walls - terraces, ditches, ponds).

⁵³ Based on Art. 63 ff., 77 sec. 6 Regulation (EU) No 1306/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 on the financing, management and monitoring of the common agricultural policy and repealing Council Regulations (EEC) No 352/78, (EC) No 165/94, (EC) No 2799/98, (EC) No 814/2000, (EC) No 1290/2005 and (EC) No 485/2008, OJ L 347 of 20.12.2013, p. 549–607.

Literature

Bańkowska, K., Król M.A., Wynagradzanie za środowiskowe dobra publiczne dostarczane przez rolnictwo [w:] M. Woźniak, M. Pierzchała (eds), *Dobra publiczne w administracji*, Toruń 2015

Biuletyn informacyjny, MRiRW, ARiMR, 2014, v. 6

Chlebicka A., Fałkowski J., Wołek T., Małe gospodarstwa w Polsce – charakterystyka, SAEPR/FAPA, Warszawa, marzec 2009 www.fapa.com.pl/gfx/saepr/Male_gospodarstwa_w_Polsce.pdf

Czechowski P., Problemy harmonizacji prawa w związku z integracją polskiego rolnictwa z Unią Europejską [in:] St. Prutis (ed.), *Polskie prawo rolne u progu Unii Europejskiej*, Białystok 1998

Czubak W., Poczta W., Sadowski A., Wpływ proponowanej reformy systemu dopłat bezpośrednich po 2013 r. na sytuację polskiego rolnictwa „*Wieś i Rolnictwo*” 2011, v. 4

Czyżewski, A., Stępień, S., Punkty widzenia Polski i innych państw członkowskich Unii Europejskiej na WPR 2014-2020

Dudzińska M., Kocur-Bera K., Definicja małego gospodarstwa rolnego, „*Infrastruktura i ekologia terenów wiejskich*” 2013, v. 1

Informacja na temat wybranych elementów nowego systemu płatności bezpośrednich po 2014 r., Warszawa, MRiRW, maj 2014

Jurcewicz A., [in:] A. Stelmachowski (ed.), *Prawo rolne*, Warszawa 2008

Król M.A., Rola gospodarstw rodzinnych w prawnej ochronie zasobów środowiska i różnorodności biologicznej [in:] *Prawne mechanizmy wspierania i ochrony rolnictwa rodzinnego w Polsce i innych państwach Unii Europejskiej*, P. Litwiniuk (ed.), Warszawa 2015

Lichorowicz A., Harmonizacja polskiego ustawodawstwa strukturalnego w rolnictwie z ustawodawstwem Unii Europejskiej (na przykładzie prawnego pojęcia gospodarstwa rolnego), PiP 1996, v. 4-5

Lichorowicz A., Problematyka struktur agrarnych w ustawodawstwie Wspólnoty Europejskiej, Kraków 1996

Łobos-Kotowska, D., Działalność rolnicza jako przesłanka uzyskania uprawnienia do płatności, „*Studia Iuridica Agraria*” 2013, v. XI

Mickiewicz A., Mickiewicz B., Podstawowe zasady dopłat bezpośrednich stosowane w nowej perspektywie finansowej 2015-2020, „*Problemy Drobnych Gospodarstw Rolnych*” 2015, v. 1

Pomoc dla małych gospodarstw rolnych w Polsce w nowej perspektywie finansowej 2014-2020, MRiRW, Warszawa, sierpień 2013

Prutis St., Instrumenty prawne polityki strukturalnej w rolnictwie (dyskusje i bariery), „*Studia Iuridica Agraria*” 2002, v. III

Rocznik statystyczny Rolnictwa 2014, Główny Urząd Statystyczny GUS (Central Statistical Office), Warszawa 2015

Rocznik statystyczny. Użytkowanie gruntów i powierzchnia zasiewów w 2013 r., (Land use and sown area in 2013), Główny Urząd Statystyczny GUS (Central Statistical Office), Warszawa 2014

Stankiewicz D., Opinia merytoryczna do projektu ustawy o płatnościach w ramach systemów wsparcia bezpośredniego (druk sejmowy nr 3080), Opinie Biura Analiz Sejmowych, <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=3080>

Symonides E., Znaczenie powiązań ekologicznych w krajobrazie rolniczym, „Woda-Środowisko- Obszary Wiejskie” 2010, v. 10

Szczegółowy opis systemu płatności bezpośrednich w Polsce w latach 2015-2020 (dane ze strony internetowej Krajowego Związku Plantatorów Buraków Cukrowych, <http://kzpb.com.pl/files/files/szczegolowyopis%20systemuplatnosci%20bezposrednich.pdf>

The CAP towards 2020. Implementation of the new system of direct payments. MS notifications, DG Agriculture and Rural Development, European Commission

The future of CAP direct payments „Agricultural Policy Perspectives Brief” 2011, v. 2, European Commission, DG Agri, Brussels

Wiggins S., Kristen J., Llambi L., *The Future of Small Farms*, “World Development” 2010, v. 38, No. 10, pp. 1341–1348, <http://www.sciencedirect.com/science/journal/0305750X/38/10>

Wojciechowski P., Niewiadomski A., [in:] P. Czechowski (ed.), *Prawo rolne*, Warszawa 2011

Die Renationalisierung von Kompetenzen der EU – die grüne Gentechnik als primärrechtlicher Sündenfall oder Befreiungsschlag?¹

José Martínez

Prof. Dr., Institut für Landwirtschaftsrecht, Universität Göttingen

Abstract

L'idée du marché unique atteint actuellement ses limites politiques et sociales. La Commission européenne a d'une part réagit avec un blocage du processus d'intégration et d'autre part par la renationalisation des certaines zones intégrées. Cela inclut le droit d'utiliser la technique génétique agricole. Comme cela, la contradiction entre les obligations internationales de l'UE sur le libre-échange des produits agricoles génétiquement modifiés et le manque de la volonté des États membres à mettre en œuvre cette obligation peut être surmonté. L'objet de la présente enquête est d'analyser, si une telle régression dans le processus d'intégration est autorisée par le droit européen et en même temps exempte l'UE de leurs obligations en vertu du droit international.

1. Die zunehmende Divergenz im Binnenmarkt

Der europäische Binnenmarkt ist in den letzten Jahren durch eine zunehmende Divergenz mitgliedstaatlicher, europäischer und gesellschaftlicher Interessen geprägt.² Die Ursachen hierfür sind vielschichtig: Sie reichen von Unterschieden zwischen den Wirtschaftsstrukturen der Mitgliedstaaten, die einen gemeinsamen wirtschaftspolitischen Konsens erschweren, bis hin zu einer sich verstärkenden Skepsis in den Gesellschaften der Mitgliedstaaten gegenüber den Bemühungen europäischer Institutionen, technische Entwicklungen einheitlich in der EU voranzutreiben. Die Reaktion der EU auf diese Divergenz bestand in den letzten Jahren vorrangig in einem Abbremsen der Integrationsgeschwindigkeit. Ziel sollte sein, den erreichten Grad der Integration zu vertiefen und die Akzeptanz der Union zu stärken, bevor neue Integrationsziele in Angriff genommen würden. Bei der Frage des Anbaus gentechnisch veränderter Pflanzen (GVO) scheint diese Methode aber nicht mehr auszureichend, da die bestehenden Divergenzen zu tief sind. Denn die EU ist zwar im Jahre 2001 mit der Freisetzungsrichtlinie³ in der herkömmlichen Weise vorangeschritten und hat die Zulassung des Anbaus von GMO harmonisiert. Doch diese Regelung haben die Mitgliedstaaten seitdem fast durchweg nur noch mangelhaft angewandt. Hier ist der Integrationsprozess in der Praxis zum Stillstand gekommen.

Die Gründe liegen in der fehlenden gesellschaftlichen Akzeptanz dieses spezifischen Integrationsschrittes. So lehnen 70 Prozent der EU-Bürger gentechnisch veränderte Pflanzen ab und

¹ Mit freundlicher Genehmigung des Duncker & Humblot Verlages. Erstabdruck in: Hendler/Ibler/Martínez (Hrsg.), Herausforderungen an die Kompetenzordnung der EU, Symposium zum 80. Geburtstag von Volkmar Götz, Berlin 2015, S. 81-95.

² Vgl. Huber, Verfassungsstaat und Finanzkrise, Baden-Baden 2014, S. 27f.

³ Richtlinie 2001/18 über die absichtliche Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen in die Umwelt, ABl L 106, S. 1.

54 Prozent halten sie gar für gefährlich. Einzig die Spanier befürworten Umfragen zufolge mehrheitlich den GVO-Anbau⁴. Als Folge dieser fehlenden Akzeptanz in der Bevölkerung setzen die Mitgliedstaaten diese Vorgaben des europäischen Binnenmarktes, die zugleich wirtschaftsvölkerrechtlich gefordert sind, nur noch mangelhaft um. So erlauben derzeit nur 6 Mitgliedstaaten umfassend den Anbau von zugelassenen gentechnisch veränderten Pflanzen. Die restlichen 22 Mitgliedstaaten schränken den Anbau aufgrund gesundheitlicher oder gesellschaftlicher Bedenken erheblich ein oder untersagen ihn gänzlich, wie im Falle Polens oder Österreich.⁵

Damit steht die Europäische Union und insbesondere die europäische Kommission, die über die Einhaltung des Rechts wachen soll, vor einem Dilemma. Zum einen haben sich sämtliche Mitgliedstaaten auf ein Zulassungsverfahren für die Freisetzung gentechnisch veränderter Pflanzen geeinigt, dass einen einheitlichen europäischen Markt schaffen soll. Auch die WTO drängt darauf, den europäischen Markt durch ein transparentes Zulassungssystem für gentechnisch veränderte Pflanzen zu öffnen.⁶ Zum anderen nutzen aber die Mitgliedstaaten ihren Einfluss im Zulassungsverfahren, um die Zulassung der Freisetzung von gentechnisch veränderten Pflanzen zu verhindern. Und auch nach Zulassung verhindern die meisten Mitgliedstaaten rechtlich und faktisch den Anbau dieser Pflanzen.

Denn zum einen hat der europäische Gesetzgeber die Mitgliedstaaten ermächtigt, auch nach bereits erfolgter Zulassung den Anbau einer gentechnisch veränderten Pflanzen befristet einzuschränken oder zu verbieten. Voraussetzung ist dafür, dass neue oder zusätzliche Informationen zum gesundheitlichen oder ökologischen Gefährdungspotenzial der gentechnisch veränderten Pflanze vorliegen und diese begründet dargelegt werden. Auf dieser Grundlage hat zum Beispiel Österreich eine landesweite gentechnikfreie Zone errichtet und Deutschland den Anbau bestimmter Sorten untersagt.⁷

⁴ EU-Kommission, Special-Eurobarometer 354, Food related risks, November 2010, S. 30; Im Rahmen der Untersuchung des Fachbereichs Agrarwirtschaft und Lebensmittelwissenschaften der Hochschule Neubrandenburg wurden Landwirte in Mecklenburg-Vorpommern befragt. Danach liegt dort der Anteil der Befürworter der Grünen Gentechnik in größeren Betrieben deutlich höher als in kleineren Betrieben. Während in Betrieben mit mehr als 500 ha landwirtschaftlich genutzter Fläche annähernd drei Viertel der Befragten angeben, sie stünden der neuen Technologie positiv gegenüber, lehnt in Betrieben mit weniger als 100 ha ein ebenso großer Anteil einen Einsatz der Grünen Gentechnik ab. Insgesamt können sich 35 % der Landwirte in Mecklenburg-Vorpommern vorstellen, in den kommenden fünf Jahren gentechnisch veränderte Pflanzen im eigenen Betrieb anzubauen; 43 % schließen dies hingegen aus. Knapp ein Fünftel ist noch unentschieden. Als Gründe für den Verzicht werden vornehmlich die fehlende Akzeptanz der Bevölkerung sowie Risiken für Umwelt und Gesundheit genannt. Potentielle Anwender wiederum sehen in erster Linie eine größere Rechtssicherheit als Voraussetzung für einen Anbau gentechnisch veränderter Sorten. Von den Vorteilen eines Einsatzes der Gentechnik in der Landwirtschaft wird am häufigsten die höhere Ertragsicherheit genannt, gefolgt von einer Senkung der Produktionskosten sowie Ertragssteigerungen: Siehe Befragung zur Akzeptanz der Grünen Gentechnik in der Landwirtschaft, in: Agra-Europe, (19) 2007, Dokumentationen, S. 1-10.

⁵ Ziolkowska, Widersprüche zwischen ökologischer Landwirtschaft und der Grünen Gentechnik in Polen, in: Zeitschrift für angewandte Umweltforschung, (18) 2007, S. 187-190; Reiter, Die Einstellung der Österreicher zu Kernenergie, Klimawandel und Genforschung: Auswertung und Kommentierung der Ergebnisse einer Meinungsumfrage, Wien 2008; Kerschner (u.a.), Kommentar zum Gentechnikgesetz, Wien 2007, S. 10f.

⁶ Siehe hierzu unten unter Punkt IV. 4.

⁷ Streinz, Gentechnikfreie Zone : Angleichung der Rechtsvorschriften, in: JuS 2006, S.828-833.

Zum anderen verhindern Umgebungsstrategien der Mitgliedstaaten durch faktisch begrenzende Maßnahmen, dass diese Produkte wirtschaftlich sinnvoll angebaut werden können. So verlangt Bulgarien Abstandsflächen von 30 km zu Schutzgebieten, 10 km zu Bienenfarmen und 7 km zu Betrieben mit biologischer Landwirtschaft, was insgesamt einem kompletten Anbauverbot gleichkommt. Auch Deutschland bedient sich derartiger faktisch begrenzender Maßnahmen. Es handelt sich um die Regelungen des Gentechnikgesetzes, die Gegenstand eines Normenkontrollantrags waren, über den das Bundesverfassungsgericht im November 2010 entschieden hat⁸. Zu diesen faktisch begrenzenden Maßnahmen zählen insbesondere die Ansprüche aus Benutzungsbeeinträchtigungen nach § 36 a GenTG und das Standortregister nach § 16 a GenTG. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Regelung für verfassungsgemäß erachtet. Der Gesetzgeber verfolge mit der einseitigen Belastung des Gentechnik verwendenden Landwirts mit dem wirtschaftlichen Risiko legitime Ziele des Gemeinwohls.⁹ Gerade vor dem Hintergrund der breiten gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Debatte um den Einsatz von Gentechnik und einer angemessener staatlichen Regulierung habe der Gesetzgeber hierbei nicht nur einen weiten Entscheidungsspielraum.¹⁰ Vielmehr sei er zu einer derartigen Regelung sogar verpflichtet.¹¹ Denn angesichts eines noch nicht endgültig geklärten Erkenntnisstandes der Wissenschaft bei der Beurteilung der langfristigen Folgen eines Einsatzes von Gentechnik und der Erheblichkeit der möglichen Risiken treffe den Staat die Pflicht, sich bereits im Vorfeld einer Gefahr schützend vor das Grundrecht auf Leben und Gesundheit der Bevölkerung zu stellen.¹²

Zugleich ermöglicht die mitgliedstaatlich geprägte Struktur des Zulassungsverfahrens, dass das Zulassungsverfahren kaum angewandt worden ist.¹³ Will nämlich ein Mitgliedstaat dem Antrag eines Unternehmens auf Zulassung nicht stattgeben, verfügt er über die Letztentscheidungskompetenz.¹⁴ Und auch wenn der Mitgliedstaat dem Antrag stattgeben will, geht die Sachkompetenz zwar auf die Union über. Hier entscheidet aber zunächst nicht die Kommission über die Zulässigkeit, sondern im Komitologie-Verfahren ein Ausschuss, der aus Vertretern der Mitgliedstaaten besteht. Angesichts der bestehenden Mehrheit der Mitgliedstaaten gegen die Gentechnologie hat der Ausschuss in der Regel die Entscheidung ausgesetzt. In diesem Fall tritt der Rat an die Stelle des Ausschusses. Da auch hier in der Regel keine Einigung erzielt werden konnte, entschied die Kommission durch Beschluss. Hierbei war allerdings die Kommission aufgrund des politischen Drucks der überwiegenden Mehrheit der Mitgliedstaaten sehr zurückhaltend und so sind bis heute trotz vorliegender ca. 20 Anträge nur wenige gentechnisch veränderte Pflanzen für das Inverkehrbringen zugelassen. Das harmonisierte Zulassungsverfahren ermöglicht daher den 22 Mitgliedstaaten, den von der Kommission und 6 Mitgliedstaaten erwünschten Ausbau des europäischen Gentechnikmarktes politisch zu blockieren. Im Ergebnis hat somit die Liberalisierung des Gentechnikmarktes durch die EU nicht zu einer Öffnung der europäischen Märkte für den Anbau gentechnisch veränderter Pflanzen geführt.

⁸ BVerfG, 24.11.2010, 1 BvF 2/05

⁹ BVerfG, 24.11.2010, 1 BvF 2/05, Rz. 141.

¹⁰ BVerfG, 24.11.2010, 1 BvF 2/05, Rz. 234.

¹¹ BVerfG, 24.11.2010, 1 BvF 2/05, Rz. 224/233.

¹² BVerfG, 24.11.2010, 1 BvF 2/05, Rz. 224/233.

¹³ Hierzu Martinez, Jahrbuch, S. 148.

¹⁴ Di Fabio/Kreiner, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. II, § 63, Rz. 94.

2. Die Renationalisierung als Antwort der EU

Angesichts der seit 10 Jahren als Sackgasse empfundenen Situation entschied sich die Kommission 2010 zu einer Flucht nach vorn und schlug die Renationalisierung der Anbauzulassung vor.¹⁵ Das Parlament hatte dies im Juli 2011 befürwortet. Das lange im EU-Ministerrat auch von Deutschland blockierte Dossier wurde erst im Jahr 2014 in veränderter Form wiederbelebt¹⁶. Nach Zustimmung des Europäischen Parlaments im Januar 2015 hat der Rat am 5. März 2015 dem Entwurf zugestimmt.¹⁷ Nach dem Willen der EU-Kommission soll es schon im Frühjahr 2015 in Kraft treten.

Der Richtlinienentwurf greift die Idee der Renationalisierung auf, die seit dem Vertrag von Lissabon primärrechtlich verankert ist. Zugleich zielt er aber dabei auf den Wesenskern der Europäischen Union, die Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes, denn er berührt einen Politikbereich, der durch die Freisetzungsrichtlinie bereits vollständig harmonisiert ist. Anhand des Richtlinienentwurfs will ich aufzeigen, dass die europäische Kompetenzordnung ausreichend flexibel ist, um eine derartige Fragmentierung des Binnenmarktrechts als Folge einer Rücküberantwortung der Sachkompetenz an die Mitgliedstaaten zu ermöglichen. Die Ausgestaltung der Kompetenzordnung findet aber ihre Grenze in den wirtschaftsvölkerrechtlichen Verpflichtungen der EU und der Mitgliedstaaten.

Schauen wir uns dazu zunächst den Richtlinienentwurf und hierbei konkret Art. 26b Abs. 3 an:¹⁸ Er betrifft das Zulassungsverfahren ausschließlich für den Anbau gentechnisch veränderter Pflanzen, nicht hingegen für den Einsatz und den Handel. Die derzeit geltende Freisetzungsrichtlinie verlangt für das sogenannte Inverkehrbringen einer gentechnisch veränderten Pflanzenart (zu dem der Anbau gehört) eine Zulassung im Rahmen eines europäisch harmonisierten Verfahrens. Die Zulassung bestimmt sich ausschließlich nach den Kriterien der Freisetzungsrichtlinie¹⁹. Danach darf das Inverkehrbringen von gentechnisch veränderten Organismen nur dann untersagt werden, wenn eine

¹⁵ Siehe hierzu Martinez, Grenzen einer Renationalisierung des Agrar-Binnenmarktes, in: Jahrbuch des österreichischen Agrarrecht 2011, S. 145ff.

¹⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2001/18/EG betreffend die den Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit, den Anbau von GVO auf ihrem Hoheitsgebiet zu beschränken oder zu untersagen, KOM(2010) 0375.

¹⁷ Rat der EU, 6853/1/15 REV 1.

¹⁸ „Widersetzt sich der Anmelder/Antragsteller der Anpassung des geografischen Geltungsbereichs seiner Anmeldung/seines Antrags entsprechend einem Ersuchen eines Mitgliedstaats gemäß Absatz 1, so kann der betreffende Mitgliedstaat Maßnahmen erlassen, um den Anbau des betreffenden GVO nach dessen Zulassung gemäß Teil C dieser Richtlinie oder der Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 in seinem gesamten Hoheitsgebiet oder in Teilen davon untersagen, sofern diese Maßnahmen im Einklang mit dem Unionsrecht stehen und begründet, verhältnismäßig und nicht diskriminierend sind und sich außerdem auf zwingende Gründe stützen, die beispielsweise Folgendes betreffen:

- a. umweltpolitische Ziele, die sich von den gemäß der Richtlinie 2001/18/EG und der Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 bewerteten Faktoren unterscheiden;
- b. Raumordnung;
- c. Landnutzung;
- d. sozioökonomische Auswirkungen;
- e. Vermeidung des Vorhandenseins von GVO in anderen Erzeugnissen unbeschadet des Artikels 26a;
- f. agrarpolitische Ziele;
- g. öffentliche Ordnung.“

¹⁹ Art. 6ff. RL 2001/18/EG

Gefährdung von zwei Rechtsgütern, 1. der menschlichen Gesundheit und 2. der Umwelt zu erwarten ist. Sobald die gentechnisch veränderte Pflanze zugelassen ist, unterliegt sie als Ware den allgemeinen Bestimmungen der Warenverkehrsfreiheit. Die Mitgliedstaaten dürfen daher nicht grundsätzlich den freien Verkehr und damit den Anbau dieser Pflanzen auf ihrem Hoheitsgebiet untersagen, beschränken oder behindern.

Im Wege einer Schutzklausel werden die Mitgliedstaaten ermächtigt, auch nach bereits erfolgter Zulassung den Anbau einer gentechnisch veränderten Pflanze befristet einzuschränken oder zu verbieten. Voraussetzung ist allerdings, dass neue oder zusätzliche Informationen zum gesundheitlichen oder ökologischen Gefährdungspotential der gentechnisch veränderten Pflanze vorliegen und diese begründet dargelegt werden. Derartige gesicherte Erkenntnisse liegen derzeit nicht vor, sondern es besteht nur ein Verdacht einer Gefahr für Umwelt und Gesundheit.²⁰

Der Richtlinienentwurf belässt zwar das Zulassungsverfahren, ermöglicht den Mitgliedstaaten aber einen einseitigen Ausstieg aus dem harmonisierten Bereich (opt- out).²¹ Hierzu sollen die Mitgliedstaaten einen weitergehenden Gestaltungsspielraum dadurch erhalten, dass sie Anbaubeschränkungen oder sogar -verbote erlassen dürfen, wenn „zwingende Gründe“ dies rechtfertigen. Klingt dieses zunächst noch vertraut nach der Cassis-de-Dijon Formel²², so wird dieses vertraute Gefühl durch die Regelbeispiele durchbrochen, die der Entwurf im Anschluss auflistet:

- umweltpolitische Ziele, die sich von den im Zulassungsverfahren bewerteten Faktoren unterscheiden;
- Raumordnung;
- Landnutzung;
- sozioökonomische Auswirkungen;
- Vermeidung des Vorhandenseins von GVO in anderen Erzeugnissen unbeschadet zur Koexistenz;
- agrarpolitische Ziele;
- öffentliche Ordnung.

²⁰ Vgl. Bundesamt für Naturschutz, Grundlagen der Umweltrisikoprüfung und des Monitorings transgener Pflanzen, abrufbar unter https://www.bfn.de/0301_risiko.html.

²¹ Grundsätzlich hierzu: Sion, The Politics of Opt-Out in the European Union: Voluntary or Involuntary Defection? In Thinking Together. Proceedings of the IWM Junior Fellows' Conference, Winter 2003, ed. A. Cashin and J. Jirsa, Vienna: IWM Junior Visiting Fellows' Conferences, Vol. 16; Adler-Nissen, Opting out of the European Union, Cambridge 2014; spezifisch zum Gentechnikrecht siehe Strack, Der lange Weg zum opt-out, in: Natur und Recht 2014, S. 829ff.

²² Siehe hierzu zuletzt Herren, Das Cassis de Dijon-Prinzip : eine rechtsvergleichende Studie zur Äquivalenz von Rechtsnormen im WTO-Recht, im EU-Recht und im schweizerischen Recht, Bern 2014.

3. Das Konzept der Renationalisierung

Handelt es sich aber bei dieser Anerkennung zwingender Gründe überhaupt um eine Renationalisierung? Der Begriff der Renationalisierung ist bislang vorwiegend eher in der Politologie verwandt worden. Gleichwohl handelt es sich auch um ein rechtliches Konzept.

Unter Renationalisierung verstehe ich die Rückübertragung einer Sachkompetenz von der Europäischen Union auf die Mitgliedstaaten²³. Dabei sind formell die primärrechtliche und die sekundärrechtliche Renationalisierung zu unterscheiden: Die primärrechtliche Renationalisierung betrifft die Rückübertragung von Unionskompetenzen an die Mitgliedstaaten im Wege primärrechtlicher Vertragsänderung, während die Union bei der sekundärrechtlichen Renationalisierung die Sachverantwortung im Wege von Verordnungen und Richtlinien zurücküberträgt.

Art. 48 Abs. 2 Satz 2 EUV stellt klar, dass eine primärrechtliche Renationalisierung, d.h. die Reduktion übertragener Zuständigkeiten der Union zulässig ist. Eine primärrechtliche Renationalisierung ist zwingend bei der Rückübertragung ausschließlicher Kompetenzen nach Art. 2 Abs. 1 AEUV.²⁴

Das Anwendungsgebiet der sekundärrechtlichen Renationalisierung sind hingegen die geteilten Zuständigkeiten. Nach Art. 2 Abs. 2 Satz 3 AEUV nehmen die Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeiten wieder wahr, sofern und soweit die Union entschieden hat, ihre Zuständigkeiten nicht mehr wahrzunehmen. Die Bestimmung verdeutlicht zugleich, dass die Union auch berechtigt ist, nur Teilbereiche einer Sachkompetenz zurück zu übertragen.²⁵ In Fall einer derartigen partiellen Renationalisierung muss der Mitgliedstaat bei der Ausübung seiner rückübertragenen Sachkompetenz den bei der Union zulässigerweise verbliebenen Rechtsrahmen weiter berücksichtigen.

Beim Richtlinienentwurf handelt es sich um eine partielle sekundärrechtliche Renationalisierung. Das verwundert zunächst, weil die Richtlinie die Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Anbauverbote an das Vorliegen „zwingender Gründe“ knüpft. Diese zwingenden Gründe haben aber mit den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen der Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung konzeptionell wenig gemein.

Die zwingenden Gründe der Cassis-Rechtsprechung sind europarechtliche Rechtskonzepte, die von der Kommission und dem EuGH vollumfänglich überprüfbar sind, wobei den Staaten eine Einschätzungsprärogative zusteht. Vor allem dienen sie aber dem Schutz des Allgemeinwohls,

²³ Vgl. Frasch, Gefahr für den Binnenmarkt, SWP-Aktuell 25 (Mai 2009), S. 1f.

²⁴ Schwarze, Der Reformvertrag von Lissabon – Wesentliche Elemente des Reformvertrages, EuR 2009, Beiheft 1, S. 9.

²⁵ Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. München 2011, Art. 2 AEUV, Rdnr. 20; Streinz, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. München 2012, Art. 2 AEUV, Rdnr. 9.

verstanden als europäische Rechtsgüter und –werte und eben nicht mitgliedstaatlichen und damit partikularen Interessen.²⁶

Die zwingenden Gründe nach dem Richtlinienentwurf sind hingegen nicht vollumfänglich überprüfbar. Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, vollständige oder partielle Anbauverbote zu erlassen, sollen der Kommission mindestens 75 Tage vor deren Annahme einen Entwurf dieser Maßnahmen übermitteln.²⁷ Während dieser 75-tägigen Stillhaltefrist soll der Mitgliedstaat davon absehen, diese Maßnahmen zu erlassen und durchzuführen. Ist die Kommission der Auffassung, dass der Mitgliedstaat seine Befugnisse gemäß dieser Richtlinie missbraucht, so teilt sie dies dem betreffenden Mitgliedstaat binnen der 75-tägigen Stillhaltefrist mit.²⁸ Die Kommission kann Vorschläge dazu unterbreiten, wie diese Maßnahmen zu ändern sind, damit sie den Auflagen dieser Richtlinie genügen. Nach Ablauf der 75-tägigen Stillhaltefrist obliegt es allerdings dem jeweiligen Mitgliedstaat zu entscheiden, ob er seine Maßnahmen ändert, um den Bemerkungen der Kommission Rechnung zu tragen, oder ob er sie in der ursprünglich vorgeschlagenen Form erlässt.²⁹

Damit handelt es sich um eine neue Rechtfertigungsebene, die über den Ausgestaltungsspielraum hinausgeht, wie er bislang den Mitgliedstaaten z.B. durch die Rechtsprechung des EuGH zu Wettmonopolen im Hinblick auf das Konzept des „Schutzes der öffentlichen Gesundheit“ eingeräumt worden ist.³⁰ Denn dieser Ausgestaltungsspielraum besteht nur in den Grenzen normativer Voraussetzungstatbestände, die europäisch ausgelegt werden. So hat der EuGH in seiner Entscheidung zum Wettmonopol Deutschland diese Grenzen der Ausgestaltungsfreiheit aufgezeigt.³¹ Beim neuen Vorschlag der Kommission indes bestehen derartige Grenzen nicht. Denn jenseits der allgemeinen europarechtlichen Vorgaben der Diskriminierungsfreiheit und der Verhältnismäßigkeit ist zu beachten, dass die dort genannten zwingenden Gründe nur mitgliedstaatliche Interessen schützen und daher nicht einheitlich zu definieren sind.

4. Grenzen einer Renationalisierung

4.1. Renationalisierung und Art. 114 AEUV

Ist diese Rückführung der Sachkompetenz und damit diese Renationalisierung zulässig? Welche Grenzen muss der europäische Gesetzgeber beachten, wenn er die Verantwortung für geteilte Kompetenzen an die Mitgliedstaaten zurückführt? Der Richtlinienentwurf wird auf Art. 114 AEUV gestützt, der insoweit auch die Antwort auf die Frage bietet: Die Renationalisierung ist zulässig, soweit sie dem Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes dient.

²⁶ Ahlfeld, Zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 30 EGV, Baden-Baden 1997, S. 237.

²⁷ Art. 26b Abs. 4 Richtlinien-Entwurf.

²⁸ Siehe Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament gemäß Artikel 294 Absatz 6 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union betreffend den Standpunkt des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2001/18/EG betreffend die den Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit, den Anbau von genetisch veränderten Organismen (GVO) auf ihrem Hoheitsgebiet zu beschränken oder zu untersagen, KOM (2014)570final, S. 10.

²⁹ Siehe EU-Kommission (Fn. 28).

³⁰ Siehe EU-Kommission (Fn. 28).

³¹ EuGH, Urt. v. 8.09.2010, Rs C-409/06 (Winner Wetten).

Handelt es sich aber nicht vielmehr um eine Maßnahme, die den Binnenmarkt einschränkt? Harmonisierung und partielle Renationalisierung schließen sich grundsätzlich nicht aus. Entscheidend ist, auf das Ziel des Binnenmarktes als Gesamtziel abzustellen und nicht auf punktuelle Erreichungsgrade. So hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung, so z.B. in der Entscheidung *Swedish Match* hierzu festgestellt, daß Art. 114 AEUV eine geeignete Kompetenzgrundlage für den europäischen Gesetzgeber ist, um den Handel mit bestimmten Waren, in diesem Fall Snus-Tabak, zu untersagen.³² Voraussetzung ist die begründete Befürchtung, daß die Mitgliedstaaten zu keiner Übereinstimmung bezüglich der anzuwendenden Schutzstandards kommen und damit das Binnenmarktziel hinsichtlich des gesamten Tabaksektors gefährdet ist.³³ Wenn somit Art.114 AEUV den Gesetzgeber ermächtigt, einen gesamten Markt zu untersagen, um das Gesamtziel „Binnenmarkt“ nicht zu gefährden, so muss erst recht eine teilweise Begrenzung eines Marktes durch die Ermächtigung zum Erlass von Anbauverböten vom Anwendungsbereich dieser Norm erfasst sein.

Dabei muss die Kommission begründen, daß die Renationalisierung der Anbauzulassungen dem Ziel der Erhaltung des Binnenmarktes für gentechnisch veränderte Pflanzen dient. Die Anforderungen an diesen Nachweis sind nach Ansicht des EuGH zwar gering: So betont er in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Alliance for natural health*, daß der „Gemeinschaftsgesetzgeber hinsichtlich der gerichtlichen Nachprüfbarkeit der Voraussetzungen über ein weites Ermessen in einem Bereich wie dem hier betroffenen verfügt, der von ihm politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen verlangt und in dem er komplexe Prüfungen durchführen muss³⁴. Folglich ist eine in diesem Bereich erlassene Maßnahme nur dann rechtswidrig, wenn sie zur Erreichung des Zieles offensichtlich ungeeignet ist.“³⁵ Die Geeignetheit wird man sicherlich annehmen können. Denn die Kommission setzt sicherlich darauf, dass aufgrund der Ausstiegsmöglichkeit hinsichtlich des Anbaus die Widerstände der Mitgliedstaaten bei der Zulassung von gentechnisch veränderten Pflanzen zurückgehen werden.

4.2. Kohärenz der Renationalisierung mit primärrechtlichen Zielen?

Zugleich beschränken aber der EuGH und ein Großteil der Literatur die opt-out-Berechtigung auf den Schutz der in Art. 36 und Art. 114 Abs. 4 und 5 AEUV genannten Rechtsgüter.³⁶ Dadurch soll verhindert werden, dass die opt-out Klausel zum Freibrief für die Mitgliedstaaten wird, um aus dem durch Rechtsangleichung bewirkten Integrationsprozess auszuscheren. Partikuläre wirtschaftliche Gesichtspunkte könnten in keinem Fall als Rechtfertigungsgrund iSv Art. 114 Abs. 4 AEUV in Betracht kommen.³⁷ Der Gesetzgeber sei daher verpflichtet, die Durchbrechung der Harmonisierung nur restriktiv anzuwenden und sie ausschließlich mit Binnenmarktzielen zu rechtfertigen.

³² EuGH, Urt. v. 14.12.2004, Rs. C-210/03 (*Swedish Match*).

³³ Herr, Grenzen der Rechtsangleichung nach Art. 95 EG ; Zugleich eine Anmerkung zu den Urteilen des EuGH vom 14.12.2004 (*Arnold André* und *Swedish Match*), in: *EuZW* 2005, S. 171ff.

³⁴ EuGH, Urt. v. 12.07.2005, Rs C-154/04 und C-155/04, Rdnr. 28.

³⁵ EuGH, Urt. v. 12.07.2005, Rs C-154/04 und C-155/04, Rdnr. 29; bereits zuvor Urteil v. 13.07.1995, Rs. C-350/92, Rdnr. 35.

³⁶ Tietje, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union*, 54. Ergänzungslieferung 2014 Art. 114, Rdnr. 170 mwN.

³⁷ Tietje, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union*, 54. Ergänzungslieferung 2014 Art. 114, Rdnr. 170.

Diese Ansicht geht jedoch unzutreffenderweise von einer Vorstellung eines relativen Vorrangs des Binnenmarktes aus, den auch die in Abs. 4 und 5 geregelten Ausnahmen beachten müssen. Denn ein derartiger Vorrang des Binnenmarktes ist den Verträgen nicht zu entnehmen.³⁸ Vielmehr verdeutlichen die Querschnittsklauseln, dass dem Binnenmarkt andere europäische Vertragsziele, wie z.B. der Umweltschutz gleichrangig³⁹ zur Seite stehen. Bei der Ausgestaltung der opt-out-Regelungen sind somit die grundsätzlich gleichrangigen Vertragsziele im Sinne praktischer Konkordanz gegeneinander abzuwägen.

Durch den Kommissionsentwurf sind neben dem Binnenmarktziel auch die Ziele Umweltschutz, Gesundheitsschutz, Verbraucherschutz und der Außenhandel betroffen. Der Kommission geht aber mit dem Richtlinienentwurf über die bisherigen Vertragsziele hinaus. Sicherlich dient die opt-out-Klausel einem höheren Umweltschutz, in dem sie im Sinne des Vorsorgeprinzips die Wahrscheinlichkeit einer möglichen Gefahr reduziert. Indes handelt es sich bei der Raumordnung, der Landnutzung, und insbesondere den sozioökonomischen Auswirkungen nicht um europäische Vertragsziele. Dies will ich im Folgenden anhand der opt-out-Gründe „sozioökonomische Auswirkungen“ und Raumordnung verdeutlichen, um sodann festzustellen, dass auch dieser Rückgriff auf mitgliedstaatliche Ziele ausnahmsweise mit dem System der Integration kohärent ist.

4.3. Renationalisierung zum Schutz mitgliedstaatlicher Ziele

4.3.1. Sozioökonomische Auswirkungen als Opt-out Grund

Der opt-out Grund „sozioökonomische Auswirkungen des Anbaus gentechnisch veränderten Saatgutes“ ist seit 2008 in der Diskussion. Im Dezember 2008 einigten sich die EU-Umweltminister erstmals politisch darauf, bei der Marktzulassung von GVO auch sozioökonomische Aspekte und Auswirkungen auf die landwirtschaftliche Nachhaltigkeit zu berücksichtigen.⁴⁰ Damit sollte eine vollständigeres und über gesundheits- und umweltbezogene Risikoinformationen hinausgehende Bewertung von GVO ermöglicht werden. Zugleich sollte die rechtliche Diskussion um die Zulassung von GVO explizit auf sozioökonomische Faktoren geöffnet und damit jenseits der bisherigen Rechtsfertigungsgrenzen Umwelt- und Gesundheitsrisiken ermöglicht werden.⁴¹

Auf Ersuchen des Ministerrats der Europäischen Union untersuchte die Kommission die Sichtweisen und Erfahrungen der Mitgliedstaaten zu sozioökonomischen Aspekten.⁴² Sie kommt zum Ergebnis, dass derzeit nur wenige regulatorische Erfahrungen mit der formellen Berücksichtigung dieser Belange besteht.⁴³ In Europa berücksichtigt Norwegen seit 1993 Auswirkungen die sozialen

³⁸ Wie hier Kahl, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl., München 2011, Art. 114, Rdnr. 44. mwN.

³⁹ Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl., München 2011, Art. 6 AEUV, Rdnr. 21f.

⁴⁰ Ergebnisse der EU-Ratstagung (Umwelt) vom 4. Dezember 2008 in Brüssel, abrufbar unter: www.bmu.de/europa_und_umwelt/ratstagungen_der_eu/umwelt/doc/42879.php.

⁴¹ Spök, Sozioökonomische Auswirkungen von GVO, abrufbar unter <file:///C:/Lehrstuhl%202014/BLE/Sozio%C3%B6konomische%20Auswirkungen%20von%20GVO%20%20GeN.htm>.

⁴² Europäische Kommission: Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und an den Rat über die sozioökonomischen Auswirkungen des Anbaus von GVO auf der Grundlage der Beiträge der Mitgliedstaaten gemäß den Schlussfolgerungen des Rates „Umwelt“ vom Dezember 2008, Brüssel 2011.

⁴³ Europäische Kommission: Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und an den Rat über die sozioökonomischen Auswirkungen des Anbaus von GVO auf der Grundlage der Beiträge der Mitgliedstaaten gemäß den Schlussfolgerungen des Rates „Umwelt“ vom Dezember 2008, Brüssel 2011, S. 4.

Implikationen von Rechtssetzungsakten im Gentechnikbereich.⁴⁴ Frankreich hat 2008 einen Beirat eingerichtet, der Stellungnahmen zu ökonomischen, ethischen und sozialen Aspekten abgibt.⁴⁵

Eine allgemein gültige Definition beziehungsweise Grenzziehung besteht derzeit nicht. Mögliche Auswirkungen des Anbaus von gv-Pflanzen, jenseits von gesundheitlichen und umweltbezogenen Effekten werden in der Literatur als ökonomische, agronomische, agroökologische, soziale beziehungsweise gesellschaftliche und manchmal auch explizit als sozioökonomische beschrieben. Darüber hinaus gibt es auch Beschreibungen von ethischen, politischen und kulturellen Implikationen. Und so sprechen Art. 7 und 19 der EU-Verordnung 1829/2003 offen von „anderen legitimen Faktoren“. Eine Eingrenzung dessen, was im Zusammenhang mit dem Anbau von GVO-Pflanzen mit sozioökonomischen Faktoren gemeint ist, ist aber, wie darzulegen sein wird, notwendig.⁴⁶ Ähnlich wie bei der Risikoabschätzung wird man sich bei der Abschätzung von sozioökonomischen Auswirkungen auf Eingrenzungen und Leitlinien einigen müssen, um zu vergleich- und diskutierbaren Bewertungen zu kommen.

Sozioökonomische Abschätzungen erfordern jedoch notwendigerweise eine mitgliedstaatliche Perspektive, d.h. sie können nicht durch die EU vorgenommen werden. Denn die jeweils unterschiedliche Umwelt und die regional unterschiedlichen agrar- und soziokulturellen Kontexte führen zu unterschiedlichen Ergebnissen.⁴⁷ So sind die Auswirkungen eines GVO-Einsatzes abhängig von der spezifischen Agrarstruktur des Landes; auf eine industrielle Landwirtschaft wird sich der Einsatz anders auswirken als auf eine kleinstrukturierte, bäuerliche und nachhaltige Landwirtschaft⁴⁸

4.3.2. Raumordnung als Opt-out Grund

Das gleiche gilt für die Raumordnung. Denn die Raumordnung ist kein Wert an sich, insbesondere kein europäischer Wert oder Ziel.⁴⁹ Es ist ein Instrument zum Schutz von Werten und Gütern. Die Ausgestaltung muss daher notwendigerweise den Mitgliedstaaten überlassen bleiben. Die Europäische Raumordnung ist „nur“ ein Teil der allgemeinen Koordinations- und Gestaltungsaufgabe der Gemeinschaft.⁵⁰ Diese Aufgabe folgt im Gegensatz zum Binnenmarkt bislang nicht aus einer ausdrücklichen primärrechtlichen Zielbestimmung. Die Koordinations- und Gestaltungsaufgabe ergibt sich vielmehr aus der Summe der einzelnen fachpolitischen Koordinations- und Gestaltungskompetenzen der Union, mit denen sie koordinierend auf die Raumgestaltung durch die Mitgliedstaaten wirkt oder mit denen sie den Raum unmittelbar gestaltet. Sie basiert mithin auf der Feststellung, dass die Union das Territorium der Mitgliedstaaten durch ihre Fachpolitiken

⁴⁴ Rosendal, GMO assessment in Norway: societal utility and sustainable development, in: EMBO reports 10 (2009), S.939f.

⁴⁵ Haut Conseil des Biotechnologies, eingerichtet durch Beschluss der Nationalversammlung von Juni 2008.

⁴⁶ Siehe unten unter Punkt IV. 3.

⁴⁷ Evaluation of the EU legislative framework in the field of cultivation of GMOs under Directive 2001/18/EC and Regulation (EC) No 1829/2003, and the placing on the market of GMOs as or in products under Directive 2001/18/EC Final Report, S. 10.

⁴⁸ Spök, Sozioökonomische Auswirkungen von GVO, abrufbar unter file:///C:/Lehrstuhl%202014/BLE/Sozio%C3%B6konomische%20Auswirkungen%20von%20GVO%20%20GeN.htm.

⁴⁹ Erbguth, Europäisches Raumordnungsrecht: neue Regelungskompetenzen der EU im Gefolge des Vertrags von Lissabon?, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 137 (2012), S.73-91.

⁵⁰ Martinez, Die Gestaltung des ländlichen Raums der Europäischen Union, in: Jahrbuch des Agrarrechts Bd. X, 2011, S.119ff.

mitgestaltet. Die Europäische Raumordnung bündelt diese sektoriellen Aufgaben und fasst sie in einem eigenen konzeptionellen Rahmen zusammen.

4.4. Renationalisierung als Instrument einer abgestuften Integration

Diese hier dargelegten Rechtfertigungsgründe dienen im Kern ausschließlich vermeintlichen Souveränitätsinteressen der Mitgliedstaaten und nicht europäischen Vertragszielen. Ich bin gleichwohl der Auffassung, dass eine partielle Renationalisierung auch zum Schutz dieser ausschließlich mitgliedstaatlicher Interessen zulässig ist. Denn sie eröffnet Handlungsmöglichkeiten für die Mitgliedstaaten in Sachbereichen, in denen die Mitgliedstaaten aus den anfangs genannten Gründen den Weg der europäischen Integration durch Rechtsangleichung nicht beschreiten wollen.

Im Gegensatz zur Ansicht von Tietje⁵¹ lässt sich dieses in ein Gesamtkonzept der gestuften Integration einfügen. Dem System des Binnenmarktes und den Grundfreiheiten war zwar bislang die Anerkennung eines Rechtfertigungsgrundes „fehlende gesellschaftliche Akzeptanz“ wesensfremd. Besonders deutlich hat das der EuGH zum Gentechnikrecht in der Rechtssache Sausheim aus dem Jahre 2009 formuliert.⁵² So führt der EuGH konkret mit Blick auf „Gewaltakte, insbesondere das Ausreißen der Pflanzungen“ aus, „dass sich ein Mitgliedstaat nach ständiger Rechtsprechung nicht auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner internen Rechtsordnung berufen kann, um die Nichteinhaltung der aus dem Gemeinschaftsrecht folgenden Verpflichtungen zu rechtfertigen.“⁵³ Insbesondere könne er sich „nicht im Stadium der Durchführung einer Handlung der Gemeinschaft auf auftretende Schwierigkeiten einschließlich solcher, die mit dem Widerstand von Privatpersonen in Zusammenhang stehen, berufen, um die Nichtbeachtung der Verpflichtungen und Fristen zu rechtfertigen, die sich aus Vorschriften des Gemeinschaftsrechts ergeben.“⁵⁴ Des Weiteren hat der EuGH in einer weiteren Entscheidung zur Gentechnik ethische oder religiöse Argumente für ein nationales Saatgutverbot für gentechnisch veränderte Pflanzen ohne nähere, tragfähige Begründung seitens des Mitgliedstaates nicht akzeptiert.⁵⁵ Damit kann die Union grundsätzlich nicht auf das Fehlen der Akzeptanz eines europaweit zugelassenen und damit in den Binnenmarkt integrierten Produkts dadurch reagieren, dass sie die Verkehrsfreiheit dieses Produktes begrenzt.

Jedoch hat der EuGH bereits in der Rs. Kind aus dem Jahr 1982 festgestellt, dass außergewöhnliche Verhältnisse Einschränkungen dieses Grundsatz rechtfertigen können.⁵⁶ Ausnahmen können z.B. in einer Situation gerechtfertigt sein, die durch die schrittweise Verwirklichung eines einheitlichen Marktes gekennzeichnet sind. Im Gentechnikrecht steht die Union in der Tat vor einer außergewöhnlichen Situation, die über die bislang anerkannten Instrumente des Binnenmarktes nicht gelöst werden konnte.⁵⁷ Jedoch müssen zwei Sicherungen beachtet werden, die der EuGH in seiner Rechtsprechung unterstrichen hat: 1. Der EuGH hat nur vorübergehende Einschränkungen

⁵¹ Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 54. Ergänzungslieferung 2014 Art. 114, Rdnr. 158.

⁵² EuGH, Urt. v. 17.02.2009, Rs. C-552/07, Slg. 2009, I-987.

⁵³ EuGH, Urt. v. 17.02.2009, Rs. C-552/07, Slg. 2009, I-987 mit Bezug auf EuGH, Urt. v. 9.12.2008, Rs. C-121/07, Slg. 2008, I-9159, Rdnr. 72.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 9.12.2008, Rs. C-121/07, Slg. 2008, I-9159, Rdnr. 72.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 16.07.2009 - C-165/08, Rdnr. 57; grundsätzlich hierzu Satish, Zu Anbauverboten für gentechnisch veränderte Organismen (GVO) aus ethischen Gründen, NuR 2002, S. 687ff.

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 15.09.1982, Slg. 1982, 2885, Rz. 19.

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 15.09.1982, Slg. 1982, 2885, Rz. 19, 24f., 27.

anerkannt, die in einem dynamischen Prozeß der Integration sich als zwingend erforderlich erweisen können.⁵⁸ 2. Der EuGH verlangt auch in Ausnahmesituationen spezifische, eng auszulegende Begrenzungen der mitgliedstaatlichen Rechtfertigungsgründe. Eine derartige Begrenzungsfunktion kann derzeit die Voraussetzung „sozioökonomische Gründen“ nicht erfüllen.⁵⁹ Hier ist eine Konkretisierung (durch die Mitgliedstaaten) zwingend erforderlich.

Dieser möglichen systemkonformen Ausgestaltung innerhalb der Kompetenzordnung der EU steht nicht entgegen, dass dieser Regelungsmechanismus im internationalen Bereich in vergleichbaren Sachbereichen seit langer Zeit bekannt ist und effizient eingesetzt wird. Denn gerade weil „derartige Vorschriften in internationalen Rechtsordnungen, die ein einzelstaatliches Abweichen von ansonsten anerkannten Grundprinzipien erlauben, nicht sachgegenständlich im Hinblick auf vermeintliche Schutzgüter zu erklären sind, sondern nur damit, dass so Sicherheitsventile geschaffen werden, die es demokratisch legitimierten Regierungen erlauben, überhaupt an dem jeweiligen Integrationsprozess teilzunehmen“⁶⁰, wird deutlich, dass es sich hierbei um ein Instrument der Integration handelt. Die vermeintliche Paradoxität besteht allein darin, dass durch das Nachgeben zugunsten des integrationsfeindlichen und insofern auch protektionistischen Handlungsdrucks eine Integration des Staates im Bereich der GVO überhaupt ermöglicht wird.

4.5. Völkerrechtliche Verpflichtungen als Grenze der Renationalisierung

Zwar kann also das Binnenmarktrecht so ausgelegt werden, dass wirtschaftliche Partikularinteressen des Mitgliedstaates die Rückführung der geteilten Kompetenz ermöglichen. Gleichwohl findet diese Kompetenzregelung ihre Grenze im Wirtschaftsvölkerrecht. Denn die WTO besteht zu Recht darauf, den europäischen Markt durch ein transparentes Zulassungssystem für gentechnisch veränderte Pflanzen zu öffnen.

Die WTO beruft sich dabei auf das Übereinkommen über die Anwendung von gesundheitspolizeilichen und pflanzenschutzrechtlichen Maßnahmen (das SPS Übereinkommen) sowie auf das Übereinkommen über technische Handelshemmnisse (das TBT-Übereinkommen).⁶¹ Beide Übereinkommen sind nach Art. II:2 i.V.m. Anhang 1A WTO für alle WTO-Mitglieder verbindlich. Hierzu gehören neben den Mitgliedstaaten auch die EU als Rechtsnachfolgerin der EG.⁶² Das SPS-Übereinkommen legt fest, dass handelsbeschränkende Maßnahmen nur ergriffen werden dürfen, soweit dies für den Gesundheitsschutz erforderlich ist.⁶³ Die Vertragsstaaten müssen hierzu zwar bestehende internationale Standards zugrunde legen, sie dürfen aber auch darüber hinaus gehende eigenständige Schutzstandards definieren.⁶⁴ Diese müssen jedoch auf transparent ermittelten

⁵⁸ EuGH, Urt. v. 15.09.1982, Slg. 1982, 2885, Rz. 19, 24f., 27; siehe hierzu Martinez, Jahrbuch S. 159..

⁵⁹ Spök, Sozioökonomische Auswirkungen von GVO, abrufbar unter <file:///C:/Lehrstuhl%202014/BLE/Sozio%C3%B6konomische%20Auswirkungen%20von%20GVO%20%20GeN.htm>.

⁶⁰ Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 54. Ergänzungslieferung 2014 Art. 114, Rdnr. 159.

⁶¹ Übereinkommens über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen, vom 15.04.1994, ABl.L 336, S. 40; Übereinkommen über technische Handelshemmnisse v. 15.04.1994, ABl. L 336, S. 86.

⁶² Art. 1 Abs. 3 S. 3 EUV.

⁶³ Anhang (1) (a) und (b) SPS-Übereinkommen.

⁶⁴ Anhang A Nr.3 SPS-Übereinkommen.

wissenschaftlichen Erkenntnissen ausschließlich zum Schutz der Gesundheit und Leben beruhen und nicht diskriminierend wirken. Ebenso zielt das TBT-Abkommen darauf, dass technische Vorschriften und Standards nicht in protektionistischer Absicht aufgestellt und keine unnötigen Handelshemmnisse geschaffen werden. Zum Schutz von Leben und Gesundheit, zum Schutz der Umwelt oder zur Wahrung von Verbraucherinteressen hat jedes Land das Recht, solche Standards aufzustellen, die es für angemessen erachtet, und die dafür notwendigen Maßnahmen zu ergreifen. Diese Standards müssen auf den verfügbaren wissenschaftlichen und technischen Informationen beruhen. Weder nach dem SPS noch nach dem TBT Übereinkommen sind aber vorsorgende Maßnahmen bei einem reinen Gefahrenverdacht zulässig.⁶⁵ Ein solcher Gefahrenverdacht liegt aber im Fall gentechnisch veränderter Pflanzen vor, da die Bedenken in den Gesellschaften der EU-Mitgliedstaaten bislang auf nicht konkretisierbaren Befürchtungen beruhen und auch die Wissenschaft das sich erst künftig realisierende Gefahrenpotential nicht mit hinreichender Sicherheit ermitteln kann.⁶⁶ Demgemäß hat ein Schiedsgericht der WTO das zwischen 1998 und 2003 auf diesen Gefahrenverdacht hin in der EU verabschiedete Zulassungsmoratorium für gentechnisch veränderte Pflanzen als Verstoß gegen die genannten WTO-Übereinkommen gewertet.⁶⁷

Insoweit ist der Rückgriff auf Rechtfertigungsgründe Umwelt und Gesundheit nur bei einem spezifischen Nachweis möglich. Die Anordnung von Anbauverböten mit der Rechtfertigung Raumordnung oder sozioökonomischer Gründe, insbesondere der fehlenden Akzeptanz in der Bevölkerung ist nach WTO-Recht indes nicht möglich, da es derartige Öffnungsklausel nicht kennt.⁶⁸

An die völkerrechtlichen Vorgaben ist der europäische Gesetzgeber gebunden. Durch die Rückübertragung von Kompetenzen mit dem Ziel, den Mitgliedstaaten ein völkervertragswidriges Verhalten zu ermöglichen, verletzt die EU selbst ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen aus dem WTO-Übereinkommen. Die EU kann daher dieses Dilemma nicht rechtlich dadurch lösen, dass sie den mitgliedstaatlichen Forderungen nachgibt und den Teilbereich in dem Wissen renationalisiert, dass die Mitgliedstaaten völkerrechtswidrig von der zurückerhaltenen Kompetenzausübung Gebrauch machen. Vielmehr ist rechtlich eine Anpassung der völkerrechtlichen Verpflichtungen erforderlich (z.B. im Wege der TTIP-Verhandlungen, was aber derzeit nicht realistisch erscheint) oder eine rechtspolitische Informationskampagne über die beschränkten Gestaltungsmöglichkeiten der EU und der Mitgliedstaaten.

⁶⁵Vgl. Strack, Der lange Weg zum opt-out, in: Natur und Recht 2014, S. 831f.

⁶⁶ Vgl. BVerfG, 24.11.2010, 1 BvF 2/05.

⁶⁷ WTO Dispute Settlement v. 29.9.2006, USA, Canada and Argentina vs. European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, DS291, DS292 and DS293.

⁶⁸ Strack, Der lange Weg zum opt-out, in: Natur und Recht 2014, S. 835.

Protection des eaux et agriculture¹

Jean-Michel Henny

Docteur en droit, avocat, chargé de cours à l'Université de Lausanne

Abstract

Die Landwirte in der Schweiz werden in ihrer Eigenschaft als Betreiber oder Eigentümer von landwirtschaftlichen Flächen direkt von den Wasserschutzmaßnahmen betroffen. Die Einschränkungen, die ihnen durch die Limitierung der Anbauverfahren, das Verbot oder die Begrenzung der Verwendung von Dünger oder Pflanzenschutzmitteln auferlegt werden, haben Auswirkungen auf ihr Einkommen und ihre wirtschaftlichen Entwicklungsmöglichkeiten. Da nur sie unter diesen Folgen, die rein dem öffentlichen Interesse dienen, leiden, haben sie Anspruch auf eine angemessene Entschädigung. Das Gesetz sieht dies jedoch nur in begrenzten Maße vor. Die Praxis hat deshalb von den Behörden anerkannte Standards etabliert. Wie sieht es jedoch mit dem Raum aus, der für das Wasser reserviert ist?

Die Regeln für Direktzahlungen, vor allem diejenige auf ökologische Leistungen, sehen vor den Beitrag der Landwirte zur Erhaltung der Wasserressourcen anzuerkennen. Dies schränkt den Anspruch auf die im Rahmen der spezifischen Rechtsvorschriften über den Schutz der Gewässer fälligen Entschädigungen ein. Die kürzlich erfolgte Anerkennung der Gewässerräume und Maßnahmen zur Renaturierung von Gewässern haben erhebliche Auswirkungen auf die landwirtschaftlichen Flächen, insbesondere werden Anbauflächen erheblich reduziert. Trotz der jüngsten Anpassungen² müssen noch offene Fragen diskutiert werden.

1. Les enjeux

Le territoire suisse est exigu et les zones habitables restreintes. La densité de la population y est élevée. Pour préserver les ressources en eau et garantir leur qualité, un arsenal juridique étendu est en place.

Pour protéger la nature et l'environnement, le législateur a décidé il y a peu de réserver aux eaux un espace libre aux abords des lacs et rivières pour leur redonner un cadre naturel là où rivières et ruisseaux étaient mis sous terre ou canalisés il y a quelques décennies encore³.

Les agriculteurs sont directement touchés par les mesures prises pour la protection des eaux en leur qualité de propriétaires des terres qui abritent les nappes phréatiques et les sources. Ils cultivent les rives des lacs et rivières que l'on veut remodeler. Ils sont soumis à des contraintes nombreuses pour l'exploitation du sol et l'utilisation des engrais et des produits phytosanitaires.

¹ Avec l'aimable autorisation de l'éditeur Stämpfli. Impression préliminaire: Blätter für Agrarrecht 2015, pp. 179-193.

² La modification de l'OEaux du 4 novembre 2015 qui entre en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (RO 2015 4791).

³ Il s'agit là d'éléments introduits par la LF du 11 déc. 2009 (renaturation), en vigueur depuis le 1er janv. 2011 (RO 2010 4285 ; FF 2008 7307 7343).

A ces contraintes s'ajoutent les effets de l'accroissement des surfaces forestières et les règles de l'aménagement du territoire, en particulier celles qui tendent à la préservation des bonnes terres labourables, les surfaces d'assolement.

Quelles sont, en bref, ces règles et contraintes⁴ ?

On verra successivement les règles qui visent la lutte contre les crues (ch. 2), celles qui protègent les eaux souterraines (ch. 3), celles qui réservent un certain espace aux eaux (ch. 4), enfin, celles qui tendent à la revitalisation des eaux (ch. 5).

2. La protection contre les crues

2.1. Les mesures

La loi fédérale sur l'aménagement des cours d'eau⁵, a pour but de protéger les personnes et les biens matériels importants contre l'action dommageable des eaux, en particulier celle qui est causée par les inondations, les érosions et les alluvionnements. C'est la protection contre les crues. Cette activité incombe aux cantons qui entretiennent les ouvrages et les planifient. Si cela ne suffit pas, ils procèdent à des corrections de cours d'eau, à des endiguements, et réalisent des dépotoirs à alluvions ou des bassins de rétention de crues, ainsi que toutes autres mesures propres à empêcher les mouvements de terrain⁶.

Lors d'interventions dans les eaux, le tracé naturel des rivières doit être autant que possible respecté ou, à défaut, reconstitué afin d'accueillir une faune et une flore diversifiées, de maintenir les interactions entre eaux superficielles et eaux souterraines et de favoriser le développement d'une végétation adaptée à la station sur les rives⁷.

La Confédération finance les mesures prises par les cantons qui réalisent au préalable des études de base qui servent à établir des inventaires des ouvrages et installations qui ont une importance pour la sécurité en cas de crues. Les cantons doivent aussi tenir un cadastre des dangers, effectuer un relevé de l'état des eaux et de leurs modifications et répertorier les sinistres d'une certaine importance⁸.

Les cantons doivent désigner dans leurs plans directeurs et leurs plans d'affectation, les zones dangereuses et l'espace à réserver aux eaux⁹.

⁴ Cet aperçu succinct ne vise pas à l'exhaustivité ; on peut se référer à l'ouvrage suivant : Peter Hettlich/Luc Jansen/Roland Norer (Hrsg.), *Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und Wasserbaugesetz*, Schulthess Verlag, à paraître en mars 2016.

⁵ RS 721.100.

⁶ Art. 3 al. 1 et 2 de la Loi sur l'aménagement des cours d'eau.

⁷ Il s'agit là d'éléments introduits plus particulièrement par la LF du 11 déc. 2009 (renaturation), en vigueur depuis le 1er janv. 2011 (RO 2010 4285 ; FF 2008 7307 7343).

⁸ Voir notamment l'art. 27 de l'ordonnance sur l'aménagement des cours d'eau (OACE ; RS 721.100.1).

⁹ Art. 21 OACE.

2.2. Les incidences pour l'agriculture

Lorsque les collectivités publiques construisent des digues, dépotoirs ou bassins de rétention, elles deviennent en règle générale propriétaires de ces aménagements et du terrain qui les supporte par acquisition de gré à gré ou par expropriation formelle si aucun accord ne peut intervenir.

Si, malgré les aménagements en question, les terres peuvent toujours être cultivées, on se trouve alors dans la situation traitée ci-dessous (ch. 4).

3. La protection des eaux souterraines

3.1. La protection des eaux en général

La Loi fédérale sur la protection des eaux¹⁰ a pour but de protéger les eaux contre toute atteinte nuisible. Elle vise notamment à préserver la santé des êtres humains, des animaux et des plantes, à garantir l'approvisionnement en eau potable, à promouvoir un usage ménager de l'eau, à sauvegarder les biotopes ainsi que les eaux piscicoles, tout comme à sauvegarder les eaux en tant qu'élément du paysage, pour l'irrigation des terres agricoles, pour permettre leur utilisation pour les loisirs, ainsi que pour assurer le fonctionnement naturel du régime hydrologique.

La loi s'applique tant aux eaux superficielles qu'aux eaux souterraines.

La loi interdit l'introduction dans l'eau de substances de nature à les polluer et exige le traitement des eaux polluées dans des stations centrales d'épuration. Quant aux eaux non polluées, elles doivent être infiltrées ou déversées dans les eaux superficielles à certaines conditions.

Pour garantir le respect de ces règles, un permis de construire ne peut être délivré qu'à la condition que toutes les eaux produites soient traitées ou évacuées conformément à la loi^{11,12}.

3.2. Les mesures d'organisation du territoire

Les cantons doivent subdiviser leur territoire en secteurs de protection des eaux et doivent en particulier délimiter des zones de protection autour des captages et des installations d'alimentation artificielle des eaux souterraines qui sont d'intérêt public¹³. Ils peuvent également fixer des périmètres importants pour l'exploitation et l'alimentation artificielle futures des nappes souterraines¹⁴.

Les cantons établissent des cartes de protection des eaux qui fixent en particulier les zones de protection des eaux souterraines¹⁵. Ce sont ces zones de protection qui ont l'impact le plus important pour les agriculteurs¹⁶.

¹⁰ LEaux ; RS 814.20.

¹¹ Art. 17 LEaux.

¹² On mentionne ici pour mémoire les règles concernant le maintien de débits résiduels convenables (art. 29 à 36 LEaux), les règles sur les éclusées (art. 39a LEaux) et le maintien du régime de charriage d'un cours d'eau (art. 43a LEaux).

¹³ Art. 20 LEaux.

¹⁴ Art. 21 LEaux.

¹⁵ Art. 30 al. 1 let. b de l'Ordonnance sur la protection des eaux (OEaux ; RS 814.201).

Les zones de protection des eaux souterraines¹⁷ se composent des zones S1, S2 et S3¹⁸.

La zone S1 doit empêcher que les captages et les installations d'alimentation artificielle soient endommagés ou pollués. Elle comprend le captage et ses abords immédiats. Dans cette zone, seuls les travaux de construction et les activités servant à l'utilisation de l'eau potable sont autorisés¹⁹.

La zone S2 doit empêcher que des germes et des virus pénètrent dans le captage, que les eaux du sous-sol soient polluées par des excavations et travaux souterrains et que l'écoulement des eaux du sous-sol soit entravée par des installations en sous-sol. Dans cette zone, sont interdites les exploitations industrielles et artisanales impliquant un risque pour les eaux du sous-sol, les constructions diminuant le volume d'emménagement ou la section d'écoulement de l'aquifère, l'infiltration d'eaux à évacuer, la réduction préjudiciable des couches de couverture protectrices, certaines canalisations, les sondes thermiques qui prélèvent ou rejettent de la chaleur dans le sous-sol, ainsi que les réservoirs et les conduites enterrées contenant des liquides de nature à polluer les eaux²⁰. Sont en outre interdits la construction d'ouvrages et d'installations, sauf exceptions, les travaux d'excavation altérant les couches protectrices (sol et couches de couverture), l'infiltration d'eaux à évacuer ainsi que les autres activités qui constituent une menace pour l'utilisation de l'eau potable.

Selon l'ordonnance modifiée en 2015, la zone S3 n'est plus prévue que dans les aquifères en roches meubles et les aquifères karstiques ou fissurés faiblement hétérogènes²¹. Elle doit garantir qu'en cas de danger imminent, par exemple en cas d'accident impliquant des substances pouvant polluer les eaux, on dispose de suffisamment de temps et d'espace pour prendre les mesures qui s'imposent²². Cette zone est soumise aux mêmes restrictions que la zone S2, sauf pour les travaux d'excavation altérant les couches protectrices, notamment²³.

3.3. Les mesures spécifiques s'appliquant à l'agriculture

3.1.1. Les normes générales de la loi sur la protection des eaux²⁴

Toute exploitation pratiquant la garde d'animaux de rente doit s'efforcer d'équilibrer le bilan des engrais. Les engrais de ferme²⁵ doivent être utilisés dans l'agriculture, l'horticulture et le jardinage, selon l'état de la technique et d'une manière compatible avec l'environnement.

¹⁶ On ne traitera pas ici des secteurs de protection des eaux ni des périmètres de protection des eaux souterraines.

¹⁷ Les règles spécifiques concernant les zones de protection des eaux souterraines se trouvent à l'annexe 4 OEaux. Ces dispositions ont été modifiées le 4 novembre 2015 pour entrer en vigueur le 1er janvier 2016. La présente contribution se réfère aux règles nouvelles (RO 2015 4791).

¹⁸ Les notions de zone de captage (S1), zone de protection rapprochée (S2) et zone de protection éloignée (S3) ont été supprimées dans le texte entrant en vigueur en 2016.

¹⁹ Ch. 122 et 223 de l'annexe 4 OEaux. L'exception consentie pour l'herbe fauchée laissée sur place (ch. 223 dans sa teneur avant le 1er janvier 2016) a été supprimée.

²⁰ Annexe 4 OEaux, ch. 221 et 222.

²¹ Annexe 4 OEaux, ch. 121.

²² Annexe 4 OEaux, ch. 124.

²³ Annexe 4 OEaux, ch. 221.

²⁴ Spécialement, l'art. 14 LEaux.

L'exploitation doit disposer d'installations permettant d'entreposer ses engrais pendant trois mois au moins. Cette durée peut être plus longue pour les exploitations situées en région de montagne ou soumises à des conditions climatiques défavorables.

La quantité d'engrais par hectare de surface utile ne doit pas dépasser trois unités de gros bétail-fumure²⁶. Si une partie de l'engrais de ferme provenant de l'exploitation est épandue hors du rayon d'exploitation normal pour la localité²⁷, le nombre d'animaux de rente doit permettre l'épandage, sur la surface utile, en propre ou en fermage, de la moitié au moins de la quantité d'engrais de ferme provenant de l'exploitation.

Les exploitations qui cèdent des engrais de ferme doivent enregistrer toutes les livraisons dans le système d'information visé à l'art. 165 f de la loi sur l'agriculture²⁸.

Les sols doivent être exploités selon l'état de la technique, de manière à ne pas porter préjudice aux eaux, en évitant notamment que les engrais ou les produits pour le traitement des plantes ne soient emportés par ruissellement ou lessivage²⁹.

Pour l'exécution de ces dispositions, les cantons veillent à ce que les exploitants agricoles soient conseillés par une vulgarisation en matière d'engrais³⁰. La Confédération peut allouer des indemnités pour les mesures prises par l'agriculture afin d'empêcher le ruissellement et le lessivage de substances à certaines conditions et selon des modalités précisées dans la loi³¹.

3.1.2. Les engrais et les produits phytosanitaires dans les zones S de protection des eaux

S'agissant des engrais et des produits phytosanitaires dans les zones de protection des eaux, l'OEaux renvoie³² aux règles posées par l'Ordonnance sur la réduction des risques liés aux produits chimiques³³.

Dans la zone S1 les engrais et les produits phytosanitaires sont interdits³⁴.

²⁵ Par engrais de ferme on entend le fumier ainsi que le purin ou lisier.

²⁶ Selon l'art. 14 al. 8 LEaux, une unité de gros bétail – fumure correspond à la production annuelle moyenne d'engrais de ferme d'une vache de 600 kg. Pour convertir en UGBF le nombre d'animaux de rente d'une exploitation, on se basera sur la quantité d'éléments fertilisants qu'ils produisent annuellement ; cette quantité est, pour une UGBF, de 105 kg d'azote et de 15 kg de phosphore (art. 23 OEaux).

²⁷ Ce rayon comprend les surfaces agricoles utiles situées à une distance maximale de 6 km par la route de l'étable où sont produits les engrais de ferme (art. 24 OEaux).

²⁸ RS 910.1.

²⁹ Art. 27 Leaux.

³⁰ Art. 51 Leaux.

³¹ Art. 62a Leaux.

³² Annexe 4 OEaux, ch. 221 et 222.

³³ Ordonnance sur la réduction des risques liés à l'utilisation de substances, de préparations et d'objets particulièrement dangereux (ORRChim ; RS 814.81) cette ordonnance tire sa base légale de la loi sur les produits chimiques (RS 813.1), de la loi sur la protection de l'environnement (RS 814.01), de la loi sur la protection des eaux (RS 814.20), de la loi sur les denrées alimentaires (RS 817.0) et de la loi sur les entraves techniques au commerce (RS 946.51).

Dans la zone S2, il est interdit d'épandre des engrais de ferme liquides ou des engrais de recyclage liquides³⁵. Les autorités cantonales peuvent cependant permettre jusqu'à trois épandages de 20 m³ par hectare au maximum par période de végétation, à des intervalles suffisamment espacés, si la qualité du sol est telle qu'aucun microorganisme pathogène ne peut parvenir dans le captage ou dans l'installation de l'alimentation artificielle³⁶. Quant aux produits phytosanitaires, leur utilisation est limitée³⁷. Ils ne doivent pas être utilisés dans cette zone si le produit lui-même ou ses métabolites ayant un effet biologique risquent d'aboutir dans les captages d'eau potable en raison de leur mobilité et de leur mauvaise dégradabilité³⁸.

La zone S3 ne semble pas concernée par des restrictions spécifiques d'utilisation des engrais et produits phytosanitaires.

3.1.3. Les règles générales découlant de la réglementation sur les paiements directs

Il convient aussi de rappeler, même si cela ne ressort pas de la législation fédérale sur la protection des eaux, les contraintes auxquelles sont soumis à l'heure actuelle les agriculteurs dans le cadre des règles sur les paiements directs, en particulier pour les prestations écologiques requises (PER)³⁹. On citera le bilan de fumure équilibré, la part appropriée de surfaces de promotion de la biodiversité et la sélection et l'utilisation ciblée des produits phytosanitaires⁴⁰. Mais il faut aussi mentionner les règles restreignant l'utilisation d'engrais et produits phytosanitaires pour pratiquement toutes les surfaces de promotion de la biodiversité⁴¹. Ces éléments et contraintes auxquelles les agriculteurs doivent souscrire pour obtenir les paiements directs réduisent l'impact des dispositions prévues spécifiquement par les règles sur la protection des eaux.

3.4. Les contraintes et restrictions et leur indemnisation

Les cantons, lorsqu'ils délimitent les zones de protection, fixent les restrictions nécessaires au droit de propriété. Il appartient cependant aux détenteurs de captages d'eaux souterraines de faire les relevés nécessaires pour délimiter les zones de protection, notamment en recourant à des expertises hydrogéologiques, d'acquérir les droits réels nécessaires, en particulier et notamment pour les installations situées dans la zone S1, et de « *prendre à leur charge les indemnités à verser en cas de restriction du droit de propriété* »⁴².

Lorsque les propriétaires de captages deviennent propriétaires de tout ou partie des zones de protection, la question de l'indemnité est réglée de façon relativement simple car il y a accord de gré à gré, procédure de remembrement ou expropriation formelle, si les conditions d'une telle

³⁴ Annexe 2.5, ch. 1.1 et annexe 2,6, ch.3.3.1 ORRChim.

³⁵ Annexe 2.6 ORRChim, ch. 3.3.1 al. 2.

³⁶ Annexe 2.6 ORRChim, ch. 3.3.2 al. 1.

³⁷ Annexe 2.5 ORRChim, ch.1.1, al.3, qui renvoie à l'Ordonnance sur les produits phytosanitaires (RS 916.161).

³⁸ Art. 68 de l'Ordonnance sur les produits phytosanitaires.

³⁹ Ordonnance sur les paiements directs versés dans l'agriculture (OPD ; RS 910.13).

⁴⁰ Art. 13, 14 et 18 OPD.

⁴¹ Annexe 4 OPD.

⁴² Art. 20 LEaux.

procédure sont réunies⁴³. S'il s'agit de terrains situés hors de la zone à bâtir, le prix correspondra habituellement au prix non surfait, parfois qualifié de prix licite, prévu à l'art. 66 LDFR⁴⁴.

En revanche, lorsque le propriétaire du captage impose des restrictions à l'exploitant sans devenir propriétaire du terrain, il doit en principe l'indemniser si celui-ci subit un dommage lié à la zone de protection. Il s'agit alors d'examiner la question sous l'angle d'une éventuelle expropriation matérielle. Ce n'est pas le lieu ici de rappeler les principes et la jurisprudence liés à cette notion. On se bornera à souligner que dans un arrêt du 22 octobre 1980⁴⁵, le Tribunal fédéral a considéré que le classement d'un terrain en zone S de protection des eaux n'était en principe pas constitutif d'une expropriation matérielle car il s'agit là d'une mesure de police. L'art. 20, al. 2 let. c, serait destiné à désigner l'entité responsable du paiement d'une éventuelle indemnité⁴⁶.

Il y a lieu cependant d'examiner à chaque fois la situation sous l'angle du cas concret pour vérifier si les conséquences d'un classement en zone S ne sont pas, dans un cas particulier, constitutives d'une expropriation matérielle.

Dans la pratique, les propriétaires de captages indemnisent les exploitants en utilisant notamment les critères suivants⁴⁷ :

- L'élément déterminant est la perte de revenu en comparant les marges brutes.
- La démarche consiste à mettre en balance et à chiffrer les avantages et les inconvénients résultant d'une modification de l'exploitation induite par les mesures de protection des eaux.
- On tient compte de la production diminuée mais aussi d'éventuelles contributions augmentées, ainsi que des frais de production qui augmentent ou diminuent. Par exemple, la renonciation à une culture supprime également des frais de machines.
- Il faut aussi tenir compte des entraves à l'exploitation, par exemple pour des clôtures destinées à protéger la zone S1.
- Il peut aussi y avoir des frais supplémentaires liés à la forme des parcelles en raison de la nécessité de les exploiter différemment à cause de surfaces inexploitable ou difficilement exploitables.
- S'agissant de l'interdiction de purinage (engrais liquide au sens de la réglementation) il faut distinguer selon que la parcelle est déjà grevée d'une servitude foncière limitant ou interdisant les apports de purin, si l'exploitant n'a pas de bétail ou ne produit que très peu de purin, ou si, au contraire, la charge en bétail est élevée et, enfin, si le purin peut être valorisé sur d'autres surfaces de l'exploitation.

⁴³ Art. 68 LEaux.

⁴⁴ Loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991 (LDFR ; RS 211.412.11).

⁴⁵ ATF 106 Ib 300.

⁴⁶ Veronika Huber-Wälchli, Kostentragung für Massnahmen bei bestehenden Anlagen in neuen Grundwasserschutzzonen, in *Umweltrecht in der Praxis*, 2003, p. 799.

⁴⁷ On se réfère ici plus particulièrement au système appliqué par MandaTerre, entité dépendant de l'association Prométerre (www.prometerre.ch/mandaterre/protection_des_eaux), en remerciant son responsable Joseph Mastrullo pour ses informations.

- Pour les produits phytosanitaires, l'interdiction de certains produits entraîne par exemple des frais supplémentaires de désherbage alternatif ou complique les traitements.
- Sur la base des différents critères pris en compte, la marge brute est calculée et l'indemnité finalement à la charge du bénéficiaire du captage résulte de la perte de marge brute.
- Bien entendu, tous ces calculs prennent en compte la possibilité de mieux valoriser les terres par des cultures extensives rétribuées de façon adéquate au sens des règles sur les paiements directs.

4. L'espace réservé aux eaux⁴⁸

4.1. Le concept et les contraintes

Les cantons doivent déterminer l'espace nécessaire aux eaux superficielles pour garantir leurs fonctions naturelles, la protection contre les crues et leur utilisation. C'est par le moyen des plans directeurs et des plans d'affectation que les cantons doivent prendre en compte l'espace réservé aux eaux afin que celui-ci soit aménagé et exploité de manière extensive⁴⁹. On distingue l'espace réservé aux cours d'eau et l'espace réservé aux étendues d'eaux, les lacs en particulier.

L'espace réservé aux *cours d'eau* est déterminé en fonction de la largeur naturelle du lit⁵⁰ Il y a des exceptions pour les zones densément bâties, notamment⁵¹.

Quant à l'espace réservé aux *étendues d'eau*, il doit avoir une largeur d'au moins 15 m à partir de la rive. Cet espace peut être augmenté dans un but de protection contre les crues, pour une revitalisation du cours d'eau, pour la préservation d'intérêts prépondérants de protection de la nature et du paysage ou pour l'utilisation des eaux. Là aussi, il y a des exceptions⁵².

L'espace réservé aux eaux est soumis à des contraintes importantes quant à son aménagement et à son exploitation, qui doit rester extensive⁵³.

Ne peuvent être construits dans l'espace réservé aux eaux que les installations dont l'implantation est imposée par leur destination et qui servent des intérêts publics tels que les chemins pour piétons et de randonnée pédestre, les centrales en rivière et les ponts. Cependant, si aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose, les autorités peuvent autoriser des installations conformes à

⁴⁸ Ces dispositions ont été introduites ou modifiées pour entrer en vigueur le 1er janvier 2011 (RO 2010 4285 ; FF 2008 7307 7343).

⁴⁹ Art. 36a LEaux.

⁵⁰ Au sens de l'ar. 41a OEaux, la largeur de l'espace est de 11 m au moins pour les cours d'eau dont la largeur naturelle du fond du lit est inférieure à 1 m, de six fois la largeur du fond du lit + 5 m pour les cours d'eau dont la largeur naturelle au fond du lit mesure entre 1 et 5 m, et la largeur du fond du lit + 30 m pour les cours d'eau dont la largeur naturelle du fond du lit est supérieure à 5 m. Ces chiffres sont valables pour les biotopes d'importance nationale, les réserves naturelles, les sites marécageux, etc. S'il s'agit d'autres secteurs, la largeur de l'espace réservé aux cours d'eau est de 11 m au moins pour les cours d'eau dont la largeur naturelle du fond du lit est inférieure à 2 m et de deux fois et demie la largeur du fond du lit + 7 m pour les cours d'eau dont la largeur naturelle du fond du lit mesure entre 2 et 15 m.

⁵¹ Art. 41a, al. 4 OEaux.

⁵² Art. 41b OEaux.

⁵³ Art. 41c OEaux.

l'affectation de la zone dans les zones densément bâties, ainsi que des chemins agricoles et forestiers gravelés ou dotés de bandes de roulement à une distance minimale de 3 m de la rive, si les conditions topographiques laissent peu de marge, et des parties d'installations servant au prélèvement ou au déversement d'eau. De plus, les installations et les cultures pérennes⁵⁴ situées dans les espaces réservés aux eaux bénéficient en principe de la garantie de la situation acquise si elles ont été mises en place légalement et peuvent être utilisées conformément à leur destination⁵⁵.

Tout épandage d'engrais ou de produits phytosanitaires⁵⁶ est interdit dans l'espace réservé aux eaux. Au-delà d'une bande riveraine large de 3 m, les traitements plante par plante sont autorisés pour les plantes posant des problèmes, s'il est impossible de les combattre raisonnablement par des moyens mécaniques⁵⁷. L'espace réservé aux eaux peut faire l'objet d'une exploitation agricole pour autant qu'il soit aménagé en surface à litière, en haie, en bosquet champêtre, en berge boisée, en prairie riveraine d'un cours d'eau, en prairie extensive, en pâturage extensif ou en pâturage boisé conformément à l'Ordonnance sur les paiements directs⁵⁸. Ces exigences s'appliquent également à l'exploitation de surfaces situées en-dehors de la surface agricole utile.

4.2. Les surfaces d'assolement

L'art. 36a al. 3 LEaux prévoit que l'espace réservé aux eaux n'est pas considéré comme surface d'assolement et exige que la disparition de telles surfaces soit compensée conformément à la LAT⁵⁹.

Au sens de l'art. 41c bis OEaux, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2016, les terres cultivables dans l'espace réservé aux eaux doivent être indiquées séparément par les cantons lorsqu'ils dressent l'inventaire des surfaces d'assolement au sens de l'art. 28 de l'ordonnance du 28 juin 2000 sur l'aménagement du territoire⁶⁰. Ces surfaces peuvent rester imputées à la surface totale minimale d'assolement. Sur décision du Conseil fédéral⁶¹, elles peuvent être exploitées de manière intensive en cas d'urgence. Cependant, si les terres cultivables dans l'espace réservé aux eaux sont affectées à des mesures constructives ou de protection contre les crues ou de revitalisation des eaux, leur perte doit être compensée au sens des surfaces d'assolement⁶².

⁵⁴ Voir art. 22 al. 1, de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur la terminologie agricole (OTerm ; RS 910.91).

⁵⁵ Cet assouplissement concernant les chemins agricoles et forestiers et les cultures pérennes résulte de la modification de l'OEaux du 4 novembre 2015 qui entre en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (RO 2015 4791).

⁵⁶ Voir l'ordonnance sur la réduction des risques liés aux produits chimiques (ORRChim ; RS 814.81), annexe 2.5, ch. 1.1 al. 1 let. e pour les produits phytosanitaires et annexe 2.6, ch. 3.3.1 al. 1, let. d pour les engrais.

⁵⁷ Art. 41c al. 3 OEaux.

⁵⁸ RS 910.13.

⁵⁹ Voir art. 13 de la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT ; RS 700).

⁶⁰ RS 700.1.

⁶¹ Art. 5 LEaux.

⁶² Pour cette question liée aux surfaces d'assolement, on se référera avec profit à la fiche établie le 20 mai 2014 par l'OFEV, l'OFAG et l'ARE <http://www.bafu.admin.ch/wasser/13465/13486/14112/index.html>.

4.3. Les contraintes et l'indemnisation

Les espaces réservés aux eaux que doivent et devront établir les cantons et communes s'étendent sur des surfaces que certains estiment à 20'000 hectares⁶³. Comment les agriculteurs seront-ils indemnisés pour les contraintes qui leur sont imposées ?

Il faut souligner que toute surface exploitée dans l'espace réservé aux eaux reste, dans la mesure du possible, en possession de l'agriculteur. Elle est considérée comme une surface de promotion de la biodiversité⁶⁴.

Là aussi, comme pour les zones de protection des eaux souterraines, il faut se référer aux divers cas concrets pour apprécier quel est l'éventuel dommage subi par l'exploitant en rappelant que le mode de culture doit être extensif mais que toute exploitation n'est pas interdite et qu'il faut dès lors se référer à l'ensemble de la réglementation qui s'applique aux agriculteurs dans ce cadre, y compris les normes PER et les règles sur les paiements directs.

Il n'y a, pour les contraintes imposées aux propriétaires en application de l'introduction de l'espace réservé aux eaux, aucune disposition légale comparable à l'art. 20 al. 2 let. c LEaux. En tous les cas, l'entité qui impose ici des contraintes n'est pas le détenteur d'un captage mais bien la collectivité publique qui impose les règles. Dans la mesure où il s'agit par exemple de plans d'affectation communaux, ce sera en principe à la commune territoriale qu'il incombera d'assumer d'éventuelles indemnités.

Il n'y a pas de disposition prévoyant, comme pour la revitalisation des eaux⁶⁵ des contributions fédérales pour la planification et la mise en œuvre de l'espace réservé aux eaux.

4.4. L'acquisition de gré à gré, le remembrement ou l'expropriation

Si l'exécution de la LEaux l'exige et qu'une acquisition de gré à gré⁶⁶ n'est pas possible, les cantons peuvent ordonner des remembrements et acquérir les droits nécessaires par voie d'expropriation. Une telle procédure n'est cependant applicable qu'à la condition qu'il ne soit pas possible d'atteindre l'objectif visé au moyen d'une acquisition de gré à gré ou d'un remembrement⁶⁷.

5. La revitalisation des eaux

5.1. La notion et l'impact

Les cantons doivent veiller à revitaliser les eaux. Par revitalisation, il faut entendre le rétablissement, par des travaux de construction, des fonctions naturelles d'eaux superficielles endiguées, corrigées, couvertes ou mises sous terre⁶⁸.

⁶³ Voir notamment p. 2 de la fiche établie le 20 mai 2014 par l'OFEV, l'OFAG et l'ARE <http://www.bafu.admin.ch/wasser/13465/13486/14112/index.html>.

⁶⁴ Voir notamment l'art. 41c, al.4 OEaux.

⁶⁵ Art. 62b LEaux.

⁶⁶ Une autorisation d'acquisition n'est pas nécessaire au sens de l'art. 62, let. h, de la loi fédérale sur le droit foncier rural (LDFR ; RS 211.412.11).

⁶⁷ Art. 68 al. 1 à 4 LEaux.

⁶⁸ Art. 4 let. m LEaux.

Les cantons doivent planifier les revitalisations et en établir le calendrier. Ils doivent veiller à ce que les plans directeurs et plans d'affectation prennent en compte cette planification. La disparition de surfaces d'assolement doit être compensée conformément à la LAT⁶⁹.

La Confédération alloue aux cantons des indemnités sous la forme de contributions globales pour la planification et la mise en œuvre de mesures destinées à revitaliser les eaux. Des indemnités complémentaires peuvent être allouées en cas de projet particulièrement onéreux.

Les indemnités ne sont versées que si les mesures envisagées reposent sur une planification adéquate, assure une protection efficace des eaux, sont conformes à l'état de la technique et sont économiques⁷⁰.

Les cantons doivent réunir les bases nécessaires pour planifier les revitalisations et établir une telle planification pour une période de 20 ans en fixant les tronçons de cours d'eau et portions de rives d'étendues d'eau à revitaliser⁷¹ avec les mesures à prendre et les délais pour les réaliser. Ils doivent accorder la priorité aux revitalisations dont l'utilité est grande pour la nature et le paysage, présentent un rapport avantageux au vu du coût prévisible et sont accrues grâce à l'action conjointe d'autres mesures de protection de biotopes naturels ou de protection contre les crues. Les planifications cantonales pour les cours d'eau doivent être établies pour le 31 décembre 2014 et celle pour les étendues d'eau pour le 31 décembre 2018. Ces planifications doivent être révisées tous les 12 ans. C'est l'OFEV qui prévise⁷².

5.2. Les contraintes et l'indemnisation

Si, dans le cadre des mesures prises pour réserver un espace aux eaux, l'agriculteur peut continuer à exploiter son terrain, il n'en va en principe pas de même lorsqu'il s'agit de mesures de revitalisation qui sont destinées avant tout à permettre à la rivière de reprendre un cours normal, son lit pouvant, n'étant plus canalisé, divaguer, s'étendre et se réduire sur une surface qui ne pourra ainsi plus être cultivée. Ces terres deviendront propriété de la collectivité publique, dans la plupart des cas des communes. Celles-ci devront acquérir ces terrains de gré à gré, par voie de remembrement ou, si cela n'est pas possible, par voie d'expropriation.

Pour encourager les cantons à revitaliser leurs eaux, la Confédération ouvre sa bourse⁷³. Mais elle n'oublie pas les exploitants de l'espace réservé aux eaux qui sont indemnisés selon la Loi sur l'agriculture pour l'exploitation extensive de leurs surfaces. Le budget le plafond des dépenses agricoles sont augmentés en conséquence⁷⁴.

⁶⁹ Voir art. 13 LAT (RS 700).

⁷⁰ Art. 63 LEaux.

⁷¹ Selon le rapport de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil des Etats du 12 août 2008, la mesure concerne près de 30'000 km de cours d'eau (FF 2008 7316).

⁷² Art. 41d OEaux.

⁷³ Art. 62b LEaux.

⁷⁴ Art. 62b, al. 5 LEaux.

6. Pour conclure

Les agriculteurs, en leur qualité d'exploitants ou de propriétaires de terres agricoles, sont directement touchés par les mesures de protection des eaux. Les contraintes qui leur sont imposées, par la limitation des modes de culture, par l'interdiction ou les restrictions d'épandage d'engrais ou d'utilisation de produits phytosanitaires ont un impact certain sur leurs revenus et leurs possibilités de développement économique. Dès lors qu'ils subissent seuls les conséquences de mesures qui vont dans le sens de l'intérêt public, ils doivent être dédommagés convenablement. La loi le prévoit de façon restreinte. La pratique a cependant mis en place des normes généralement admises par les collectivités publiques et les propriétaires de captages. Qu'en sera-t-il pour l'espace réservé aux eaux ?

Force est cependant d'admettre que les règles sur les paiements directs, en particulier celle relatives aux prestations écologiques requises, vont dans le sens d'une reconnaissance de l'apport des exploitants à la préservation des ressources en eau. Cela limite d'autant le recours à des indemnités qui seraient dues en application de la législation spécifique sur la protection des eaux.

L'institution récente de l'espace réservé aux eaux et les mesures prises pour la renaturation des eaux ont et auront un impact considérable sur les surfaces agricoles, en particulier sur les surfaces d'assolement, qui seront sensiblement réduites. Malgré de récents ajustages⁷⁵, la question doit encore être débattue.

⁷⁵ La modification de l'OEaux du 4 novembre 2015 qui entre en vigueur le 1er janvier 2016 (RO 2015 4791).

Legal character of the agricultural agreements in the Polish legal system¹

Dorota Łobos – Kotowska

Associate Prof. Dr., University of Silesia

Abstract

Le problème des accords agricoles est strictement lié aux critères de la séparation du droit agricole qui est accepté par la doctrine polonaise et ouest-européenne. La réglementation des accords dans le droit civil concernant les relations agricoles a donné lieu à la séparation de cette branche de la loi.

Cet article présente le caractère juridique des accords conclus par les agriculteurs et d'autres personnes exerçant des activités économiques dans les zones rurales. L'article ne comprend pas une analyse détaillée des solutions juridiques trouvées dans des accords particuliers, mais essaie plutôt de répondre à la question si les accords agricoles ont été séparés dans le système juridique polonais et d'indiquer les critères de cette séparation, s'ils existent.

L'article fournit la méthodologie des accords agricoles en tenant compte de la méthode du droit civil et administratif appliqué pour régler les relations juridiques. Les considérations comprennent non seulement les questions essentielles, mais aussi la difficulté dans le procès pour réclamer des dommages-intérêts.

1. Introduction

The issue of agricultural agreements is of special importance for the agricultural law. For it is strictly connected with separation of the agricultural law assumed by the Polish and West-European doctrine. As argued by part of representatives with approach to the European agricultural law doctrine, namely adoption of specific legislation covering civil law agreements concerning agricultural relationship provided the grounds for this law theory separation². Searching for interrelations between the agricultural agreements separation and the idea regarding the agricultural law autonomy is as much difficult as the agricultural law doctrine fails to formulate the criteria in concern uniformly. So far, in the Polish doctrine the matter with regard to the definitions of agricultural agreements and the criteria to separate them has not been a subject matter of a monographic study, although postulates for the need to separate a category of agricultural agreements are formulated³. Moreover, the undoubted inconvenience is also the lack of judicial decisions concerning the discussed issue, which should be the basis for conducted considerations. Shaping the judicature practice would probably allow more comprehensive development of the issue presented.

¹ Article will be published in the *Przegląd Prawa Rolnego* (2016), no. 2.

² Compare for more details: A. Lichorowicz, *Ewolucja polskiej definicji prawa rolnego na tle doktryny zachodnioeuropejskiej* (Evolution of the Polish definition of agricultural law against the West-European doctrine), *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, 1997, sentence 4, p. 595 and the next ones.

³ The criteria for agricultural agreements separation in the Polish agricultural law doctrine have been noted by A. Stelmachowski, (in:) *Prawo rolne (Agricultural Law)*, Warsaw 2005, p. 15 and the next ones.

The paper is purposed to submit the legal character of agreements concluded by farmers, as well as by other entities conducting economic activity in rural areas. However, the author's assumption is not a detailed juridical analysis of legal solutions adopted under particular agreements, but rather an attempt to answer a question whether in the Polish legal system separation of a separate agreements category has been provided, i.e. agricultural agreements, and if any, to indicate the criteria of their separation.

Positive response to this question shall allow the attempt to provide some systematics of agricultural agreements, in particular with reference to the applied methods for regulations of legal relations. Therefore, the indication whether the agreements concluded are typical civil and legal agreements, or whether they are agreements of public and regulatory character. The taken up issues are extremely broad, and deliberations shall be carried out in the public, as well as private law and cover not only substantive issues but procedural ones, as well connected with claiming damages. In view of editorial framework, essential attention will be focused on the indication of legal character of the agreements concluded by entities operating in rural areas. Besides, the author's approach to the subject also enables to present the procedure for settlement of disputes in agricultural cases arisen from fulfillment of such agreements.

2. Criteria for separation of agricultural agreements

Assumption of affiliation category of agricultural law norms to the public law of the private law shall enter into distinction of two models the agricultural law development. The German model based in particular on the public law norms was shaped in connections with agrarian reforms, enfranchisement and settlement policy. While the Roman model of the agricultural law development, where the agricultural law is derived in the greater degree from the civil law has been separated through providing the norms including regulations specific for agriculture, only⁴.

The Polish for establishing agriculture law autonomy refers to the second of the models presented. Therefore, it is to be at least briefly identifying the view of the European doctrine concerning the criteria for separation of agricultural agreements. Thus, they may be a starting point for searching the criteria to separate agricultural agreements in the Polish legal system.

The first view group representatives indicate a personal situation criterion to separate agricultural agreements, where approach to legislation protecting in a particular way a farmer profession justifies this concept. According to the supporters, the agricultural agreements are the ones which describe a farmer's legal position⁵.

The other view group refers to subject-matter criterion. According to it, the agricultural agreements are the ones which regulate the activity of broadly understood farms, while an

⁴ In the Polish agriculture law doctrine the need to establish separation criteria for agricultural agreements was pointed out by A. Stelmachowski, (in:) *Prawo rolne (Agricultural Law)*, Warsaw 2005, p. 15 and the next ones.

⁵ Compare the reference formulated in France: L. Lorvellee, *Le contenu de droit rural francais*, *Rivista di Diritto Agrario* 1986, no. 1.

agricultural holding in more recent literature. The referred view is common in the modern Italian⁶ and Spanish⁷ doctrine. In the Polish agricultural law science this view is expressed in postulatory layer. Through evolution of the notions no separation of an agricultural holding category occurred. However, the view on recognition of the farm as a specific enterprise category and the agricultural activity as an economic activity was fully accepted⁸.

Currently, the most widespread distinction of agricultural agreements based on the criterion of conducted agricultural activity and agricultural land use. The attempt to precise the subject-matter criterion in the Italian doctrine undertook Antonio Carrozza. He indicated that the circle of agricultural law norms addressees is significantly wider than the circle of agricultural entrepreneurs. Thus, separation of agricultural law institutions or agricultural agreements may appear merely on the basis of fundamental concepts. And among them he included legal relations based on specific principles, recognized by the agricultural law only. To avoid discretion in the assumed classification, he created a special criterion of the agricultural character institution (*agrarieta*). By virtue of this criterion, the agricultural law character features the agreements, or wider the referred institutions, which relate to the production based on biological laws, where natural, climate conditions determine the production process, and which cannot be under exact influence of an agricultural producer⁹.

Here, it is worth noting that the criterion as formulated need to be supplemented with the aspects relating to rural development, which constitutes Pillar II of the Common Agricultural Policy (CAP). In fact, the agriculture is not mono-functional focused to the agricultural production function, but it has multi-functional dimension, where it also exercises functions within environmental protection and social functions. It seems that fulfillment of such additional functions in rural areas can be also satisfied by other entities, which act the functions in the referred areas (entrepreneurs conducting economic activity in rural areas, rural municipalities or urban and rural municipalities, forest districts, cultural institution). To the extent it is worth citing the view on the matter of Prof. J. Hudault, who pointed out that the agricultural law means the law of agricultural environment and its users¹⁰.

Taking this assumption into consideration, it should be noted that some individualities, also outlined in the Polish doctrine and decisive on the specific character of such agreements, which provide the agricultural law principles, decide on classification of agreements as the agricultural ones. The most essential principle assigned by the legislator with the constitutional principle is family

⁶ The view assumed in the Italian doctrine due to separation of a definition of legal agricultural enterprise (*impresa agraria*) in the civil code, compare B. Rossi, *Istituzioni di diritto agrario*, Bologna 1954, p. 8; G. Galloni, *Lezioni sull diritto dell'impresa agricola*, Naples 1980, p. 20; G. Lazzara, *Impresa agricola – disposizioni generali*, Bologna 1980, p. 11. This stream in the modern Italian doctrine is represented by L. Costato, (in:) *Trattato breve di diritto agrario e comunitario*, Padua 1994, p. 3 and A. Germano *Manuale di Diritto Agrario*, Turin 1995, p. 20.

⁷ In the Spanish doctrine the view represented by A. Ballarin Marcia, *Estudios de Derecho Agrario*, Saragossa 1975, p. 123.

⁸ Similarly, inter alia Budzinowski, *Prawo rolne (Agricultural Law)*, edited by Budzinowski, Warsaw 2015, pp. 111-114; B. Jeżyńska, *Rolnik jako przedsiębiorca (Farmer as an entrepreneur)*, Lublin 2008, p. 276; J. Bieluk, *O potrzebie wprowadzenia do prawa polskiego pojęcia przedsiębiorstwa rolnego (On the need to implement in the Polish law a notion of an agricultural enterprises)*, *Studia Iuridica Agraria*, 2013, no. 11, pp. 147-161.

⁹ A. Carrozza, *Lezioni di diritto agrario*, Vol. 1, Milano 1988, p. 10.

¹⁰ J. Hadault, *Droit rural*, Paris 1987, p. 28.

farm protection which constitutes the basis for the agricultural system of the Republic of Poland¹¹. The principle of protection of agricultural producer's workshop is also of the significant importance. In means in particular, special protection of persons conducting agricultural holdings towards persons not conducting agricultural activities, but residing or conducting non-agricultural activities in rural areas (operating in rural areas). This principle shall also lead to ensure the desired agrarian structure of agricultural holdings in Poland. After Poland's accession to the EU in 2004 the principle of protection of income level for rural population, in particular through assurance of the support to agricultural producers' income from the Union funds, as well as the support within Pillar II of the CAP has grown in importance. Implementation of the referred principle appears both through the direct support system and for agricultural land owners as well as through the support under the Rural Development Programme for agricultural producers, agri-food producers, entrepreneurs conducting non-agricultural activities in rural areas, cultural institutions, public entities, first of all of communes and commune organizational units. Under this principle, protection without taking undue production risk and adequate social protection level, in particular with regard to social insurance. However, two other principles, it means one of protection for agricultural product consumer or a principle for providing agricultural production in accordance with environmental protection requirements explicitly indicate that agricultural law principles, at the same time the rules relating to agricultural agreements also fall within the consumer's protection and environmental protection, as well¹².

The described criteria for separation of agricultural agreements based on agricultural law principles shall allow very broad approach to the categories of the agreements in concern. It disregards the personal situation criterion. This group of agreements can include not only agreements concluded by the agricultural producer and relating to the agricultural holding and its links to the market, but also agreements governing the rights and duties of entities which operate in rural areas.

Separation of agricultural agreements gives rise to consider in them a specific character of agricultural law relations. It should be manifested in assurance of protection to the agricultural producer, who is without a doubt the weaker contractual party, and at the same time, assurance of protection to the food products consumer. With regard to non-production functions of rural areas, the agricultural agreements shall protect the interests of entities providing social and environmental welfare. It is also necessary to take into account protection of the public interest. It appears first of all in shaping the contents of agreements and relatively numerous regulations which provide the public authority bodies with the stronger role than the ones which a contractor is entitled to. Balance achievement regarding that scope seems to be a fundamental demand.

3. Agricultural agreements – the selected substantive aspects

Searching the criteria for separation of agricultural agreements in the Polish law it is to take into consideration not only the specific character of agricultural agreements, but also the regulation method applied in the referred agreements. Referring to the second of the indicated aspects for

¹¹ Pursuant to Article 23 of the Republic of Poland Constitution dated 2.04.1997 (Journal of Laws: Dz.U. no. 78, pos. 483), Podstawą ustroju rolnego państwa jest gospodarstwo rodzinne (A family farm is the basis for a state agricultural system.) The referred principle violates no regulations of Article 21 and 23.

¹² The principles in the Polish agricultural law doctrine formulated by A. Lichorowicz, (in:) Prawo rolne (Agricultural Law) edited by A. Stelmachowski, Warsaw 2003, p. 20.

separation of agricultural agreements, at the beginning it has to be stated that **such agreements has a civil law character in the Polish law system, though they are not homogenous**. In fact, a part of the agreements is subjectively or objectively connected with the administrative area. The phenomenon of agricultural law publicization, understood as a process in which the increase of public and regulatory regulations concerning agriculture issues occurs, has been recognised in the agricultural law doctrine¹³. However, it does not mean that the agricultural agreements shall lose their primary, civil and legal character. The complementarity phenomenon of the civil law and administrative law method in one agreement is in the Polish agricultural law doctrine so clear that it requires noting in the paper¹⁴.

The Polish civil law fails to define the agreement normatively, and in particular the provisions of the Civil Code neither define a concept of the agreement, nor determine in the general way prerequisites required to conclude it. However, in the civil law doctrine is generally accepted that the agreement shall cover common intention of parties, focused to appear, modify or terminate legal effects¹⁵. The civil law systems in the European countries, including the Polish legal system accept the supremacy of the principle of freedom of contracts, which is a fundamental principal of the law of obligations. In the Polish legal system the principle of freedom of contracts has been expressed in Article 353.1 of the Civil Code. According to the wording of the quoted provision, parties concluding an agreement may arrange a legal relation which links them at their own discretion, as long as its contents or goal were opposed neither the properties (character) of the relation, nor the act and the principles of community life. The principle in concern includes the freedom of a subject regarding their intent to enter into a contractual relationship, the freedom of choice of a counterparty, freedom to shape the contractual contents, freedom regarding formal requirements, including the requirements regarding a form of the legal action, freedom of choice of a mode to conclude the agreement.¹⁶ Moreover, at

¹³ Compare Budzinowski, *Problemy ogólne prawa rolnego. Przemiany podstaw legislacyjnych i koncepcji doktrynalnych* (General issues of agriculture law. Changes in legislative basis and doctrinal concepts), Poznań 2008, p. 138 and the next ones

¹⁴ The issue is noticed in the agricultural law doctrine inter alia by S. Prutis, *Relacje pomiędzy cywilną a administracyjną metodą regulacji prawnej na przykładzie instytucji prawa rolnego* (Relations between civil and administrative method of legal regulation on the example of agricultural law institution), (in:) *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka* (Private law current problems. Memorial book dedicated to Prof. Edward Gniewko), Warsaw 2010, D. Łobos – Kotowska, *Charakter prawny umowy przyznania pomocy z Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich* (Legal character of the agreement for granting the aid from the European Agricultural Fund), SIA 2009, Vol. VII, edited by S. Prutis and T. Kurowska; D. Łobos – Kotowska, *Umowy przyznawania pomocy z Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich* (Agreements for granting the aid from the the European the European Agricultural Fund for Rural Development), Warsaw 2013.

¹⁵ According to a definition of A. Wolter it may be assumed that a contract is a legal action due to which factual situation is acknowledged, comprising at least two statements of will which intent to establish, modify or terminate civil law relation, and under the act the factual situation is linked with legal effects not only expressed in the statement of will but also not covered by such a statement, however resulting from the act, from the principles of community life or established habits (Article 56 of the Civil Code), in similar way W. Czachórski, *Zobowiązania* (Obligations), Warsaw 1995, p. 102.

¹⁶ Compare inter alia W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska – Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu* (Obligations. Framework), Warsaw 2009, pp. 145 - 146 and the next ones, P. Grzybowski, (in:) *System prawa cywilnego* (Civil law system), Ossolineum 1985, Vol. I, p. 51 and the next ones, M. Safjan, *Kodeks cywilny. Komentarz* (Civil Code. Commentary) Articles: 1-449.11, edited by K. Pietrzykowski, Warsaw 2008, p. 915 and the next ones, C. Żuławska, *Wokół zasady wolności umów* (Close in to the rule of the freedom of contract)

least in formal construction, the parties of a civil law agreement are characterised by formal equivalence. It means that the parties of a legal relation are equal and none of them may independently decide about the rights and obligations of the counterparty. Besides, classification of the agreements to the civil law sphere depends also on proceedings element. Any agreements where the parties act in forms of civil law are – in the event of claims – subject to judicial decisions of common (civil) courts and they are settled in the civil law procedure. In practice of the agricultural law, there are not many agreements which ‘purely’ fulfil such assumptions.

In the agricultural law, it should be noted, beside the agreements of civil law character, a group of agricultural agreements which belong to a category of civil law agreements, however elements of administrative law are more or less clearly visible in them.

In the referred group of agreements, it has to be outlined the agricultural agreements concluded by agricultural administration bodies. In agriculture consensual activities forms of the administration play an increasingly important role. In particular, such tendency is illustrated in the issue for supporting rural development, where direction of changes in the administration character is clearly evident. It evaluates from powerful administration to service-providing administration¹⁷. At present agriculture is not mono-functional, supporting the production function of agricultural holdings, but it has multi-functional dimension consisting of environmental and social support of rural areas. The attainment of these new functions understood as public goods, causes necessity of support from

(Article 353.1 of the Civil Code and interpretation of the custom), *Acta Universitatis Wratislaviensis* no. 1690, *Prawo CCXXXVIII*, Wrocław 1994, pp. 175 – 176; R. Trzaskowski, *Swoboda umów w orzecznictwie sądowym* (Freedom of contract in the court jurisdiction), *Przegląd Sądowy* 2002, no. 5; R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych* (Boundaries of freedom in forming the contents and aim of obligatory agreements) and Article 353.1, Warszawa 2005; P. Machnikowski, *Freedom of contract by virtue of Article 353.1 of the Civil Code: Legal construction*, Warsaw 2006.

¹⁷ The concept of service-providing administration was created on the grounds of German science, compare inter alia E. Forsthoﬀ, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart – Berlin 1938, p. 8, E. Forsthoﬀ, *Lehrbuch des Verwaltungsrechv. Allgemeiner Teil*, München 1966, p. 306.8, H. Groettrup, *Die kommunale Leistungsverwaltung*, Stuttgart – Berlin – Köln- Mainz 1973, p. 68 and the next ones, H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2006, p. 7 and I. Lipowicz, *Pojęcie administracji świadczącej w doktrynie zachodnioniemieckiej* (The concept of service-providing administration in Western Germany doctrine, (in:) *Regulacja prawna administracji świadczącej* (Legal regulation of service-providing administration), edited by K. Podgórski, Katowice 1985, p. 130. The equivalent of this concept in the French science is the concept of public services, compare J. P. Langrod, *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej* (Institutions of administrative law. The outlines of general part.), reprint Warsaw 2003, p. 213 and the next ones., F. Longchamps, *Współczesne kierunki w nauce prawa administracyjnego na Zachodzie Europy* (Current directions in administrative law education in the West of Europe), Wrocław – Warszawa – Kraków 1968, p. 36 and the next ones. In the Polish administrative law doctrine, it is submitted that the merits of service-providing administration can be imagine in purposeful assistance, support to an individual and other entities, as well as in organization and maintenance in due condition of the public devices, i.e. all those means and devices which are indispensable to ensure life conditions, adequate to the civilisational level and development, as inter alia E. Knosala, *Pojęcie administracji świadczącej w polskiej literaturze prawa administracyjnego* (The concept of service-providing administration in the Polish legal administrative literature, (in:) *Regulacja prawna administracji świadczącej* (Legal regulation of service-providing administration), edited by K. Podgórski, Katowice 1985, p. 16, V. Kuta, *Pojęcie działań niewładczych w administracji na przykładzie administracji rolnictwa* (The concept of non-decisive actions in the administration on the example of the agricultural administration), Wrocław 196, p. 11, 47 and the next ones.

means of public entities, who intend to implement this function. Moreover, participation in the Common Agricultural Policy (CAP) and possibility of use by the Polish beneficiaries of the CAP financial instruments indicates the need to create distribution mechanisms of certain benefits resulting from the participation. An agreement for granting the aid from the European Agricultural Fund for Rural Development is such a distribution instrument¹⁸.

The other area of use of the agreement as activity form of agricultural administration is management of agricultural real properties of the State Treasury governed by the regulations of Act on management of agricultural real properties owned by the State Treasury of 19.10.1991¹⁹. And in this case the Agricultural Property Agency (APA)²⁰ acts as a party of civil law relation, where the unanimous declaration of will of two parties is necessary to conclude the agreement. However, the situation is complicated due to the fact that the Agency acts also as a body fulfilling a function within the public administration scope, who performing particular statutory tasks, implements certain social functions.

Both the agreements concluded in real property trade, such as sales, rental/lease, exchange, and the agreement for granting the aid from the European Agricultural Fund for Rural Development substantially meet all the postulates referred to in the doctrine posed for the civil law agreement in the administration

However, determination of the character of such agreements in the Polish law system and their classification into the private law sphere should take place taking account of the preliminary features of the civil law agreement, concluded in administration, i.e. **relationships with the administrative deed preceding its conclusion, far-reaching limit to the autonomy of the parties' will, civil law mode of disputes settlement occurred in connection with non-performance or undue performance of the agreement.**

Conclusion of agreements is preceded by and administrative deed. This tendency is illustrated by the agreement for granting the aid from EAFRD. The legislator combined the mechanism of one-side administrative act and civil law agreement in a specific way. According to the standpoint of jurisprudence, the decision on granting the aid shall be deemed as necessary condition to conclude the agreement and its effectiveness. Though the regulations of the Act on supporting rural development with the use of the EAFRD funds within Rural Development Programme for the years 2014 - 2020 stipulate no settlement for the administration body, the body undoubtedly undertakes certain activities, in particular it notifies an applicant about granting the aid and fixes him a deadline to conclude the agreement. Ineffective lapse of the deadline causes issue of an act on refusal to grant the aid. Granting the aid follows preparatory activities intended to determine a beneficiary of the aid, the aid value and conditions for granting. But the administrative act is not the source for

¹⁸ The agreement to grant the aid from EAFRD shall be governed by the relations of the rules 20.02.2015 on support for rural development co-financed by the European Agricultural Fund for Rural Development under the Rural Development Programme for the years 2014-2020, Journal of Laws: Dz.U. of 2015, pos. 349, as amended.

¹⁹ It means Journal of Laws: Dz.U. of 2015, pos. 1014, as amended.

²⁰ Agricultural Property Agency is a state legal entity who exercises tasks with regard to management of agricultural real properties owned by the State Treasury.

liability. The proper source for the rights and obligations is the civil law agreement²¹. Some representatives of the doctrine emphasize specificity of such administrative acts²² and point out their role in ensuring stronger stability of the arisen legal relations²³.

Recognition of the agreement as grounds for the liability does still not prejudice to what extent the agreements can be freely concluded by the counterparties, then within what range the free rules for agreements shall be applied according to rules under Article 353.1 of the Civil Law. Freedom in concluding the agreements is obviously non-absolute and experiences certain restrictions, however within the limits of the law, contractual obligation relations may be formed freely. Restrictions of the freedom of contract consist *inter alia* in that almost in all cases the administration body is only allowed to initiate a procedure to conclude the agreement. The procedure is usually started by more or less formalised invitation, a call for tenders or an offer directed simply to the named addressee. A potential counterparty may not initiate the procedure to conclude the agreement. It is primarily clear, by virtue of the regulations of Act on supporting rural development with the use of funds of the EAFRD, whilst implementing entities, organizing competition, invite potential beneficiaries to submit applications. Likewise, the regulations on management of real properties owned by the State Treasury, which provide that just the Agency shall prepare a list of real properties intended for rent, and then rent them under full compliance with the regulations of the Act and ordinances of the Minister of Agriculture and Rural Development, give the initiative regarding the matter concerned to the administration body. As a rule, the rent is provided following procurement procedure, and without any call for tenders, only where the legislation clearly provides for it. Similar rules relate to the sales of the state lands. In that case the regulations relating to procurement procedure shall be also applied.

Parties' freedom in forming the contents of agreements in administration restricted indeed. Both the agreements on management of state agricultural real properties and for granting the aid from

²¹ Compare P. Breyer, *Przeniesienie własności nieruchomości* (Assignment of real properties ownership), Warszawa 1976, p. 308 and the next ones, P. Grzybowski, *Akt administracyjny jako źródło stosunków obligacyjnych. Uwagi na tle art. 397 – 404 k.c.* (Administrative act as the source for obligatory relations. Comments to the background of Articles: 397 – 404 of the Civil Code), *Państwo i Prawo* 1966, no. 9, p. 262 and the next ones; though, it shall be also acknowledged the contrary stand-point, where the administrative act is the constitutive act setting up the new legal position, P. J. Sobal, *Rola decyzji administracyjnej w kształtowaniu stosunków cywilnoprawnych. Na przykładzie gospodarki terenami urbanistycznymi* (Role of administrative decisions in shaping civil law relations. By the example concerning management of urban lands), Rzeszów 1974, p. 115 and the next ones.

²² It is provided *inter alia* by E. Łętowska and J. Łętowski considering public law way to appoint purchasers of real properties under the individual administrative act, compare E. Łętowska and J. Łętowski, *Stosunek pomiędzy aktem administracyjnym a opartą na nim umową cywilnoprawną. Komentarz do uchwały pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 25 kwietnia 1964, (III CO 12/64)* (Relation between the administrative act and the civil law agreement based on it. Commentary to the resolution of full bench of the Civil Chamber of the Supreme Court dated 25th April 1964 (III CO 12/64)), (in:) *Funkcjonowanie administracji w świetle orzecznictwa* (Administration functioning in the light of the jurisdiction), edited by J. Starościk and J. Łętowski, Vol. 1, Warsaw 1967, p. 93.

²³ Compare A. Stelmachowski, *Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego* (Gloss to the decision of the Supreme Administrative Court of the Republic of Poland) of 21st August 1981, file reference II SA 108/81, *Orzecznictwo Sądów Polskich* (Judicial Decisions of the Polish Courts) 1983, Vol. 1, p. 50.

EAFRD are strongly restricted by intrusion of the legal administrative regulations²⁴. In the first case, obligatory elements of the agreement are determined by mandatory regulations of the Act on management of agricultural real properties owned by the State Treasury as well as the implementing ordinances issued on the basis of the cited Act, and such elements are as follows: a price of real property, opportunity for payment in instalments, a way of determination of the rent in the agreement, its amount and the time limit for payment. Much further restrictions have been applied by the legislator in the agreement for granting the aid from the EAFRD funds. It is an adhesion contract concluded on a form prepared by implementing entities that whilst forming it should include the restrictions introduced by mandatory regulations of the Act and the implementing acts determining detailed terms for granting the aid under particular activities of the Rural Development Programme for the years 2014-2020. The regulations of the referred legal acts determine elements of the agreement very often in details. With regard to the agreement under discussion the element of supremacy of the public law entity over its counterparty. It reflects in all stages: at conclusion and at fulfillment of the agreement. However, this feature has no impact on to the change of a character of such agreement and granting it the administrative character. Thus, the both parties act in the boundaries of freedom of contract stipulated by the legal regulations, focused on to implementation of the public administration counterparty's interests and in the broad context of public interest of the other party. It is not in contradiction with the rule of the parties' autonomy. Substantive equivalence of the parties is after all illusory, as the rule of freedom is in fact meaningless, if we consider the effects resulting from resignation to conclude the adhesion contract for granting the aid from the EAFRD funds. Similarly, in the agreements covered by the Act on management of agricultural real properties owned by the State Treasury, the factual powerful element is commonly present.

The second group of agricultural agreements include administrative elements, however they present not so significant importance. They consist in linking the civil law agreement and obtaining the particular result in public regulatory sphere. In that case, the civil law agreement is a source of rights and obligations, which conclusion involves gaining some benefits with character which is unequivocally the public and regulatory one. An example can be found in a cultivation contract, the conclusion of which conditions to obtain some payments under the direct support schemes²⁵. In that case, the cultivation contract has become a legal instrument used to influence organization of some agricultural products market, while at the same time supporting the agriculture for the EU funds²⁶. Receiving payments within the direct support systems, in conjunction with production of some plants

²⁴ Compare M. Kotulski, Normy kontraktowe jako przejaw tworzenia i stosowania prawa administracyjnego (Contractual norms as manifestation of development and application of the administrative law), (in:) Źródła prawa administracyjnego (Sources of the administrative law), Conference on the occasion of 100 anniversary of Professor Jerzy Stefan Langrod. The Jagiellonian University – 23rd April 2004, edited by J. Zimmermann and P. Dobosz, Cracow 2004, p. 147.

²⁵ Act on payments within the framework of direct support scheme of 5th February 2015, Journal of Laws: Dz.U. of 2015, pos. 308, as amended.

²⁶ That new function of the cultivation contract was already noted in 2004 by A. Stelmachowski, and then M. Korzycka – Iwanow complemented the considerations in that scope. (A. Stelmachowski (in:) System prawa prywatnego, Prawo zobowiązań - część szczegółowa, (Private law system, Contract law – Detailed part), Vol. 7, edition 2, Warsaw 2004, M. Korzycka – Iwanow, (in:) System prawa prywatnego, Prawo zobowiązań - część szczegółowa, (Private law system, Contract law – Detailed part), Vol. 7, edition 3, Warsaw 2011, p. 324 and the next ones).

shall depend on conclusion of an agreement by a farmer, in which he commits himself to produce and deliver a specified quantity of agricultural products from a definite land area to agricultural producers, a group of fruits and vegetables producers, organization of agricultural producers or an association of agricultural producers, of which he is a member, and such a group, an organization or an association commits itself to collect the referred agricultural products in the agreed time limit, pay for them and use them for processing. It *inter alia* refers to the payment connected with area of the production of starch potatoes, tomatoes, sugar beet. The agreements concluded by agricultural producers are of mixed nature for which adequate regulations on cultivation shall be applicable²⁷.

The agreements regulating legal forms of interaction and cooperation in the agriculture, in particular the agreements concerning the rules for establishing and operation of the agricultural producers groups²⁸ have similar character. A statute or an agreement which constitutes setting up of an agricultural producers group shall be obviously of civil law character, then it should be disclosed in a register of agricultural producers group held by a voivodeship marshal. Therefore, only conclusion of the civil law agreement which is subject to registration in the administrative mode shall condition receiving the support from EAFRD.

4. Agricultural agreements – chosen procedural aspects

Any cases under the agricultural agreements classified as the civil law agreements shall be submitted for resolution by common courts and shall be resolved in civil procedure. The thesis on a civil law character of the agricultural agreement justifies claiming damages before the civil courts under the referred agreements. Also when, the administration body is a contractual party, such a body shall not act in powerful way, and is one of parties to the agreement, who have contradictory dispute between each other, which is characterized by equivalence of the parties²⁹. However, the Polish legal system has not established a special system of agricultural courts which would decide basing on specific civil procedure. Moreover, the fundamental change introduced to the civil procedure on 3rd May 2012 should also be noted, when amendment of the Code of Civil Procedure entered into force³⁰. It has implemented a series of changes to the civil procedure, including the annulment of the provisions from section IVa, chapter 1 relating to commercial proceedings. Then, before the amendment, just under the procedural rules agricultural agreements were substantially excluded from the regimen relating to economic activities. Pursuant to the repealed regulation of Article 479.2 § 2 item 2 of the Code of Civil Procedure, the cases where at least one of the parties was an individual farmer who within conducted production activities in the agriculture, was involved

²⁷ Act on payments within the framework of direct support scheme of 5th February 2015 (i.e. Journal of Laws: Dz.U. of 2015, pos. 308, as amended).

²⁸ Act on agricultural producers' groups and their unions of 15th September 2000, Journal of Laws: Dz.U. of 2000, no. 88. pos. 983, as amended.

²⁹ Judicial decisions of the courts regarding a situation where a beneficiary demands a payment of an amount for granted assistance is rather poor. Attention should *inter alia* be paid to the decision of Voivodeship Administrative Court (WSA) in Białystok dated 22.11.201: V SA/Wa 2013/1, the base of decisions of administrative courts on the website: www.orzeczenia.nsa.gov.pl. and the decision of WSA in Gorzów Wielkopolski of 8.06.2011, file reference: I SAB/Go 7/11, lex no. 1090982.

³⁰ Act on of the Act of 16th September 2009 amending the Code of Civil Procedure and some other Acts, Journal of Laws: Dz.U. of 2011, no. 177, pos. 1054.

in plant and animal production, market gardening and fruit farming were not submitted to commercial courts.

In the amended civil procedure, the legislator with the repeal of the regulations on proceeding in commercial cases, has applied more strict legal rigorous, in particular regarding to preclusion and spread it out for the whole civil procedure, making no distinction between professionals (entrepreneurs) and non-professionals. The legislator has also resigned from the special regulation concerning the farmers.

And the cases with participation of farmers have been submitted for resolution by commercial divisions. As, in view of the above mentioned amendment of the Code of Civil Procedure, there has not been modified Article 1 of the Act on examination by courts of commercial cases of 25.05.1989³¹, under which examination of commercial cases is entrusted to the district and regional courts, where separate organizational units (commercial courts) are being established. Cognition of such courts is spread out for commercial cases, defined in Article 2 sec. 1 of the cited Act. They include the cases arisen from civil relations between entrepreneurs within the scope of economic activity conducted by them, and besides other ones specified in that regulation. In the current legal status, submission of the case relating to the agricultural agreement, where one of the parties is an agricultural producer and the other one is an entrepreneur, so jurisdiction of commercial court shall depend on granting an agricultural producer the status of an entrepreneur.

With broad approach to separation of the agricultural agreement where there are agreements relating to any aspects of agricultural area and its users functioning, a party to some of them will be entities to which the status of an entrepreneur cannot be assigned. Apart from the production function of agricultural area, it is also essential to recognize other aspects connected with rural development. That multi-functional dimension of agricultural areas where other functions shall be considered like the functions regarding environmental protection and the social tasks results in the extending the catalogue of entities which can be parties to the referred agreements. In respect of certain agreements, a party to them can be communes, public agencies acting for the benefit of the State Treasury, forest districts, cultural institutions. In such cases civil divisions in the common courts shall be competent.

5. Conclusions

The carried out which was as attempt to indicate the criteria for separation of agricultural agreements does not aspire to full elaboration of the issue undertaken. However, the deliberations taken in material-legal and process sphere shall allow to formulate comments both on general character and in details, as well.

Firstly, *de lege lata*, the Polish legal system separation of agricultural agreements category has not resulted in the legislative sphere. Representatives of the agricultural law doctrine, both Western-Europe and the Polish call for establishing the separation criteria of an agricultural agreement. It will

³¹ Journal of Laws: Dz. U. of 1989, no. 33, pos. 175, as amended.

enable their systematics, in particular with reference to the method applied to regulation of legal relations and specific character.

Secondly, taking account of the specific characteristics of such agreements should result in assurance of the protection to an agricultural producer, who is the weaker contractual party, including while ensuring the protection of food products consumers. With regard to the agreements where an entity acting public functions is a party, it is however necessary to take into consideration the protection of public interest, however including assurance of the relevant protection of the other contractual party, which provides non-production: environmental and social functions.

Thirdly, the personal situation criterion for separation of agricultural agreements and its limitation to the agreements, where one of a party is an agricultural producer, taking in account the subject-matter scope of the rights and obligations connected with such a producer's activity seems to be currently insufficient. Extension of the CAP by pillar II – rural development, shall require the more modern approach and recognition as the agricultural agreement also the ones, where a party is another entity than an agricultural producer – an entity operating in rural areas.

Fourthly, the issues of agricultural agreements should cover not only legal law matters, but also the procedural issue connected with claiming damages under the agreements in concern.

Bibliography

Ballarin Marcial A., (1975), *Estudios de Derecho Agrario*, Saragossa.

Bieluk J., (2013), *O potrzebie wprowadzenia do prawa polskiego pojęcia przedsiębiorstwa rolnego (On the need to implement in the Polish law a notion of an agricultural enterprises)*, *Studia Iuridica Agraria*, no. 11.

Breyer P., (1976), *Przeniesienie własności nieruchomości (Assignment of real properties ownership)*, Warszawa.

Grzybowski P., (1966), *Akt administracyjny jako źródło stosunków obligacyjnych. Uwagi na tle art. 397 – 404 k.c. (Administrative act as the source for obligatory relations. Comments to the background of Articles: 397 – 404 of the Civil Code)*, Państwo i Prawo.

Budzinowski R., (2008), *Problemy ogólne prawa rolnego. Przemiany podstaw legislacyjnych i koncepcji doktrynalnych (General issues of agriculture law. Changes in legislative basis and doctrinal concepts)*, Poznań.

Budzinowski R., (2015), *Prawo rolne (Agricultural Law)*, Warsaw.

Carrozza A., (1988), *Lezioni di diritto agrario*, Milano, vol. 1.

Costato L., (1994) (in:) *Trattato breve di diritto agrario e comunitario*, Padua.

- Czachórski W., (1995), *Zobowiązania (Obligations)*, Warsaw.
- Czachórski W., Brzozowski A., Safjan M., Skowrońska – Bocian E., (2009) *Zobowiązania. Zarys wykładu (Obligations. Framework)*, Warsaw.
- Forsthoff E., (1938), *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart – Berlin.
- Forsthoff E., (1966), *Lehrbuch des Verwaltungsrech. Allgemeiner Teil*, Munchen.
- Galloni G., (1980), *Lezioni sull diritto dell'impresa agricola*, Naples.
- Germano A., (1995), *Manuale di Diritto Agrario*, Turin.
- Groettrup H., (1973), *Die komunale Leistungsverwaltung*, Stuttgart – Berlin – Köln- Mainz.
- Grzybowski P., (1985), in: *System prawa cywilnego (Civil law system)*, Ossolineum, Vol. I.
- Safjan M., (2008), *Kodeks cywilny. Komentarz (Civil Code. Commentary) Articles: 1-449.11*, (red.) K. Pietrzykowski, Warsaw.
- Hudault J., (1987), *Droit rural*, Paris.
- Jeżyńska B., (2008), *Rolnik jako przedsiębiorca (Farmer as an entrepreneur)*, Lublin.
- Knosala E., (1985), Pojęcie administracji świadczącej w polskiej literaturze prawa administracyjnego (The concept of service-providing administration in the Polish legal administrative literature, (in:) *Regulacja prawna administracji świadczącej (Legal regulation of service-providing administration)*, edited by K. Podgórski, Katowice.
- Korzycka – Iwanow M., (2011) in: *System prawa prywatnego, Prawo zobowiązań - część szczegółowa, (Private law system, Contract law – Detailed part)*, Vol. 7, edition 3, Warsaw .
- Kotulski M., (2004), *Normy kontraktowe jako przejaw tworzenia i stosowania prawa administracyjnego (Contractual norms as manifestation of development and application of the administrative law)*, (in:) *Źródła prawa administracyjnego (Sources of the administrative law)*, Conference on the occasion of 100 anniversary of Professor Jerzy Stefan Langrod. The Jagiellonian University – 23rd April 2004, (red.) J. Zimmermann and P. Dobosz, Cracow.
- Kuta T., (1963), Pojęcie działań niewłaadczych w administracji na przykładzie administracji rolnictwa (The concept of non-decisive actions in the administration on the example of the agricultural administration), Wrocław.
- Langrod J. P., (2003), *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej (Institutions of administrative law. The outlines of general part.)*, reprint Warsaw.
- Lazzara G., (1980), *Impresa agricola – disposizioni generali*, Bologna.
- Lichorowicz A., (1979), *Ewolucja polskiej definicji prawa rolnego na tle doktryny zachodnioeuropejskiej (Evolution of the Polish definition of agricultural law against the West-European doctrine)*, "Kwartalnik Prawa Prywatnego".

Lichorowicz A., (2003) *Prawo rolne (Agricultural Law)*, Warsaw.

Lipowicz I., (1985), *Pojęcie administracji świadczącej w doktrynie zachodniemieckiej (The concept of service-providing administration in Western Germany doctrine, (in:) Regulacja prawna administracji świadczącej (Legal regulation of service-providing administration), (red.) K. Podgórski, Katowice.*

Longchamps F., (1968), *Współczesne kierunki w nauce prawa administracyjnego na Zachodzie Europy (Current directions in administrative law education in the West of Europe)*, Wrocław – Warszawa – Kraków.

Lorvellee L., (1986) *Le contenu de droit rural français*, "Rivista di Diritto Agrario", no. 1.

Łętowska E., Łętowski J., (1967), *Stosunek pomiędzy aktem administracyjnym a opartą na nim umową cywilnoprawną. Komentarz do uchwały pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 25 kwietnia 1964, (III CO 12/64) (Relation between the administrative act and the civil law agreement based on it. Commentary to the resolution of full bench of the Civil Chamber of the Supreme Court dated 25th April 1964 (III CO 12/64))*, in: *Funkcjonowanie administracji w świetle orzecznictwa (Administration functioning in the light of the jurisdiction)*, (red.) J. Starościk and J. Łętowski, Vol. 1, Warsaw.

Łobos – Kotowska D., (2009) *Charakter prawny umowy przyznania pomocy z Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (Legal character of the agreement for granting the aid from the European Agricultural Fund)*, SIA, Vol. VII.

Łobos – Kotowska D., (2013) *Umowa przyznawania pomocy z Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (Agreement for granting the aid from the the European the European Agricultural Fund for Rural Development)*, Warsaw.

Machnikowski P., (2006), *Freedom of contract by virtue of Article 353.1 of the Civil Code: Legal construction*, Warsaw.

Maurer H., (2006), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München.

Prutis S., (2010) *Relacje pomiędzy cywilną a administracyjną metodą regulacji prawnej na przykładzie instytucji prawa rolnego (Relations between civil and administrative method of legal regulation on the example of agricultural law institution)*, in: *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka (Private law current problems. Memorial book dedicated to Prof. Edward Gniewko)*, Warsaw.

Rossi B., (1954), *Instituzioni di diritto agrario*, Bologna.

Sobal P. J., (1974), *Rola decyzji administracyjnej w kształtowaniu stosunków cywilnoprawnych. Na przykładzie gospodarki terenami urbanistycznymi (Role of administrative decisions in shaping civil law relations. By the example concerning management of urban lands)*, Rzeszów.

Stelmachowski A., (1983), *Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego (Gloss to the decision of the Supreme Administrative Court of the Republic of Poland) of 21st August 1981, file reference II SA 108/81, Orzecznictwo Sądów Polskich (Judicial Decisions of the Polish Courts)*, Vol. 1.

Stelmachowski A., (2004), in: *System prawa prywatnego, Prawo zobowiązań - część szczegółowa, (Private law systemm, Contract law – Detailed part)*, Vol. 7, edition 2, Warsaw.

Stelmachowski A., (2005) in: *Prawo rolne (Agricultural Law)*, Warsaw.

Trzaskowski R., (2002), *Swoboda umów w orzecznictwie sądowym (Freedom of contract in the court jurisdiction)*, Przegląd Sądowy, no. 5.

Trzaskowski R., (2005), *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych (Boundaries of freedom in forming the contents and aim of obligatory agreements) and Article 353.1*, Warszawa.

Żuławska C., (1994), *Wokół zasady wolności umów (Close in to the rule of the freedom of contract) (Article 353.1 of the Civil Code and interpretation of the custom)*, Acta Universitatis Wratislaviensis no. 1690, Prawo CCXXXVIII, Wrocław.

Los Derechos de Adquisición Preferente en Ley Española de Montes

Ángel Sánchez Hernández¹

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de La Rioja

Abstract

Article 25 of the current Spanish law contemplates mountains exemption rights in favor of the administration as an instrument of the public interest: the conservation and protection of forests. The legal nature of these rights, which do not grant the administration any powers of empire, has the character of private law. The object of these rights are the mountains above a limit set by the respective regional administration area as well as protection forests and mountains farms in diving in the public or adjacent to the mountain. Holders exemption rights mentioned are the government that determines the law. The device acts that cause such rights are onerous transmissions, which go beyond the exchange of things by price, except in the case of capital contribution in kind of a society, where the consideration is a fungible or personal nature. the exercise of pre-emption rights specifically analyzed.

1. Introducción

En la vigente Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes² - en adelante Ley de Montes-, se contemplan *los derechos de adquisición preferente* en su artículo 25.

El derecho de tanteo y de retracto son utilizados por el legislador como instrumento de conservación y protección del espacio forestal, quizá huyendo de dejar tal protección- y por ende, del medio ambiente- al albur de la economía de mercado. Pudiera deducirse que el legislador considera que a través de los derechos de adquisición preferente de los montes a favor de la Administración Pública se garantiza más y mejor la gestión forestal sostenible. Esto es, al favorecer, mediante los derechos de adquisición preferente, la adquisición de la titularidad de los montes por la Administración Pública, se pretende garantizar, en mayor medida, el cumplimiento de la función forestal.

La razón de otorgar a la Administración Pública el derecho de adquisición preferente previsto en el art. 25 de la Ley de Montes, está en considerar que, al adquirirse a través de tal derecho la propiedad de los terrenos forestales y por tanto pasar a tener los mismos el carácter público -la propiedad forestal es pública-, se asume por parte de la Administración Pública las facultades de gestión y aprovechamiento, con lo que se le otorga a la propia Administración una más amplia capacidad de cumplir con la función social de la propiedad forestal, acorde con el Principio fundamental de gestión forestal sostenible establecido por la propia Ley de montes.

¹ Acreditado como Catedrático de Universidad; Académico Correspondiente de la Real Academia de Doctores de España.

² Ha sido modificada por la Ley 21/2015, de 20 de julio.

El principio fundamental de la gestión forestal sostenible del monte -Exposición de Motivos de la Ley de Montes- requiere una fuerte intervención de los poderes públicos en el régimen jurídico forestal, intervención que busca, en último extremo, en la adquisición de la titularidad de los montes por la Administración Pública, la garantía del cumplimiento de la función forestal.

La clara preferencia adquisitiva a favor de la Administración Pública obedece, además de a primar los objetivos de interés general tendentes a la satisfacción de las necesidades colectivas, al acopio en manos públicas de la propiedad de los montes ante una clara desconfianza del cumplimiento de la función social de la propiedad privada.

Cuando la Administración Pública, a través de la posición privilegiada de la que goza, ejercita la acción de tanteo - o de retracto, en su caso-, lo hace en defensa del interés público. No se le otorga a la Administración Pública el derecho de adquisición preferente para que luego revenda el monte, lo enajene, y haga negocio. Por el contrario, la adquisición en manos públicas de la propiedad de los montes, ha de redundar en beneficio del común, de la conservación y protección de los montes, de su restauración, de su mejora, de su sostenibilidad y de su aprovechamiento racional.

El ejercicio por la Administración Pública de los derechos de adquisición preferente ha de traducirse en una causa de utilidad e interés social, a favor del interés general y redundando en la utilidad del común –de la colectividad- que beneficia a toda la comunidad.

El legislador se decanta expresamente, a través de la asignación de los derechos de adquisición preferente a la Administración Pública, por la ampliación del patrimonio forestal público, bien por considerarlo un fin de interés general o bien con la finalidad de mejorar los intereses establecidos por la propia Ley de Montes.

Ahora bien, los derechos de adquisición preferente no deben servir para una adquisición desmesurada y sin razón, por parte de la Administración Pública, de montes, sin otra finalidad que la de sacarlos de las manos privadas, con base en el planteamiento de que esos montes no pueden estar adecuadamente gestionados por lo propietarios privados. Si esa fuera la clara finalidad, por una parte, “se atentaría contra uno de los valores fundamentales del Estado Constitucional: la propiedad privada”³, y por otra, se incurriría en una manifiesta contradicción ya que, no en pocas ocasiones, la Administración no gestiona directamente los montes públicos, puesto que resulta habitual que se sustituya tal gestión por un régimen de explotación indirecta retribuida.

2. Naturaleza jurídica del derecho de adquisición preferente

Los derechos de adquisición preferente contemplados en la Ley de Montes cuentan con una naturaleza jurídica civil a favor de las Administraciones Públicas.

A través del Derecho de retracto la Administración Pública se subroga en una relación jurídica preexistente sin aludir a principios de autotutela y ejecutividad directa, inmanentes a una potestad pública de intervención. Por el contrario, será necesario acudir al Juzgado competente para que se

³ MUÑOZ MACHADO,S., *Austeridad: Empresas, fincas y otros despilfarros*, en “El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho”, nº 12, p. 86.

declare la viabilidad del retracto a favor de la Administración Pública. Ésta no puede imponer la transmisión de la propiedad implícita en el retracto. Por consiguiente, en el caso de no existir acuerdo extrajudicial entre la Administración Pública titular del derecho de adquisición preferente y los particulares implicados en la transmisión onerosa, la Administración Pública se verá obligada a acudir a la vía civil y no a la jurisdicción contencioso-administrativa, que es la propia en los supuestos de recursos contra la actuación administrativa.

El artículo 25 de la Ley de Montes reconoce un derecho de adquisición preferente y atribuye su titularidad a la Administración Pública, pero no le otorga a ésta una potestad administrativa o facultad de imperium para que ésta actúe. Por tanto, dada su naturaleza jurídico civil, el derecho de adquisición preferente se sitúa en el ámbito del Derecho Privado. No olvidemos que la iniciativa para que la Administración pueda ejercitar el derecho de adquisición preferente la tiene el propietario particular y no la Administración. Es la decisión de transmisión onerosa del primero, su voluntad de transmitir y de fijar las condiciones en las que se desarrollará tal transmisión, la que pone en marcha el mecanismo del derecho de adquisición preferente para la Administración⁴.

En efecto, la titularidad del derecho de adquisición preferente es de la Administración Pública - ésta tiene la prevalencia de adquirir preferentemente la titularidad dominical- pero ese derecho tiene carácter civil, esto es, estamos ante un derecho real común, en cuyo ejercicio la Administración Pública debe actuar como los demás sujetos de derecho privado a quienes la Ley les reconoce un derecho de adquisición preferente. Esto es, se aplicarán los artículos 1521 y ss. del Código Civil, de acuerdo con el carácter supletorio de las disposiciones del Código Civil, en relación con las materias regidas por otras leyes –art. 4.3 CC-⁵

Por tanto, por una parte, se aplican las normas de Derecho Civil en relación con la regulación de las condiciones y efectos del ejercicio del derecho de adquisición preferente, y por otra parte, es civil la vía jurisdiccional a través de la cual deben ejercitarse⁶.

3. Objeto de los derechos de adquisición preferente

Como *objeto de los derechos de adquisición preferente*, los apartados 1 y 2 del artículo 25 señalan a los montes de superficie superior a un límite a fijar por las Comunidades Autónomas; los montes declarados protectores (artículos 24,) y por último las fincas o montes enclavados en un monte público o colindantes con él.

A través de los derechos de adquisición preferente las Administraciones Públicas, prioritariamente las Comunidades Autónomas, podrán adquirir montes de superficie superior a un límite a fijar por las

⁴ En este sentido PUÑET GÓMEZ, P. *Notas sobre la naturaleza jurídica de los derechos administrativos de adquisición preferente: repercusiones prácticas*, Revista Andaluza de Administración Pública, nº 81, septiembre-diciembre de 2011, pp. 171 a 174 y 181.

⁵ En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Los derechos reales administrativos*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 37 y ss.

⁶ En cambio, los actos que se dicten en el expediente administrativo para ejercitar el retracto, y en su caso las discrepancias relativas al mismo, han de resolverse en la jurisdicción contencioso-administrativa, así vide a BLASCO HEDO, E., *Propiedad forestal Privada y Energías Renovables*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 194. Sobre la teoría de los actos separables vide MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., *Los retractos legales a favor de las Administraciones Públicas*, Revista de Administración Pública, núm. 165, septiembre-diciembre de 2004, pp. 59, 62, 63, 79, 80 y 83.

propia Comunidad Autónoma correspondiente, o montes con características especiales –montes protectores por razón de las funciones ecológicas, protectoras o sociales que cumplen esta categoría de montes-.

La Ley de Montes no diferencia , a los efectos de ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, entre montes privados o montes privativos de las Administraciones Públicas. En ambos casos, cabe el correspondiente ejercicio de los derechos de adquisición preferente a favor de la Administración competente. Así, si sobre un monte privativo estatal o de un ente local que se transmite, en su caso, cabe ejercitar el Derecho de adquisición preferente por la Administración autonómica, que de no ejercitarlo, la transmisión se realizaría a favor de quien elija la Administración Central del Estado o la Administración Local titular del monte enajenado.

También es objeto del derecho de adquisición preferente, según el art. 25.2, la finca enclavada en un monte público o colindante con él⁷, que es un terreno que no es monte, pero que al estar enclavada en un monte público o colindante con él, a través de los derechos de adquisición preferente, se unificará con el monte público en cuestión, pasando a ser de titularidad de la Administración Pública titular del susodicho monte público.

En estos casos del art. 25.2 de la Ley de Montes, para el ejercicio del derecho de adquisición preferente por la Administración Pública, no se requiere una superficie superior a un límite fijado por la Comunidad Autónoma correspondiente. En efecto, es irrelevante en tales casos tanto la extensión del monte o predio, así como su naturaleza de monte protector o no. Basta con que los terrenos estén enclavados o colindantes con el monte de la Administración retrayente.

El precepto se refiere a montes o fincas, estas se entienden rústicas. En este supuesto el ejercicio del derecho de adquisición preferente se le concede a la Administración titular del monte colindante o que contiene al enclavado, y por tanto, puede ser tanto la Administración estatal, como la autonómica o local.

En el caso de un monte colindante con otros pertenecientes a distintas Administraciones Públicas, se da preferencia a la Administración cuyo monte tenga una mayor linde con el monte que se transmite, ya sea éste privado o bien privativo de alguna otra Administración Pública.

4. Titulares de los derechos de adquisición preferente

El tanteo se ejercita ante una transmisión onerosa que se pretende realizar. El retracto se ejercita una vez realizada tal transmisión onerosa del monte. Los titulares de los derechos de adquisición preferente son las Comunidades Autónomas – art. 25.1. de Ley de Montes-, o el resto de las Administraciones Públicas – estatal estatal o local. Art. 25.2 in fine –, siempre que el objeto de la transmisión sean montes de superficie superior a un límite a fijar por la correspondiente Comunidad

⁷ En contra de que los derechos de adquisición preferente alcance a las fincas colindantes a montes público vide a FÍNEZ RATÓN, J.M. *Los derechos de adquisición preferente en la Ley de montes*, en “Comentarios Sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes”. (Coord. Luis Calvo Sánchez), Thomson- Civitas, Navarra, 2005, pp. 710.

Autónoma – que normalmente oscila entre 10 y 250 hectáreas⁸ –, o montes declarados protectores cualquiera que fuere su extensión – art. 24 y 25.1.a) y b) de la Ley de Montes).

Los derechos de adquisición preferente derivan de la transmisión onerosa del monte o finca a un tercero, sujeto distinto al titular – la Administración Pública- del derecho de adquisición preferente.

En el supuesto de transmisiones de montes definidos por unidad de superficie – artículo 25.1.a de la Ley de montes- y de los montes clasificados como protectores y con otras figuras de especial protección – artículos 24 y 24 bis de la Ley de montes –, la titularidad para ejercitar los derechos de adquisición preferente corresponde a las Comunidades Autónomas.

En el caso de la transmisión de una finca o un monte enclavado en un monte público o colindantes a él – del artículo 25.2 –, el derecho de adquisición preferente corresponderá a la Administración Pública titular del monte colindante o que contiene al enclavado, aunque la transmisión se hubiese efectuado a otra Administración distinta que no tenía la prioridad en el derecho de adquisición preferente. Tal y como establece el artículo 25.2 de la Ley de montes, *“en el caso de montes colindantes con otros correspondientes a distintas Administraciones Públicas, tendrá prioridad en el ejercicio del derecho de adquisición preferente aquella cuyo monte tenga mayor linde común con el monte en cuestión”*, que no tiene porque ser la Administración autonómica.

Además, en el caso de la transmisión de una finca o un monte enclavado en un monte público o colindantes a él – del artículo 25.2 –, el derecho de adquisición preferente corresponderá a la Administración titular del monte público colindante o que contiene al enclavado, aún cuando se trate de un monte de superficie superior a un límite fijado por la Comunidad Autónoma correspondiente (art. 25.1.a de la LM) o de montes declarados protectores y con otras figuras de especial protección (artículos 24 y 24 bis de la Ley de montes), ya que la interpretación lógica y finalista de la norma conduce a otorgar prioridad a la Administración titular del monte público que contiene al enclavado o colindante con él, frente, en su caso, a la Comunidad Autónoma, dada la prioridad otorgada en el párrafo segundo del artículo 25 al hecho del enclavamiento o colindancia como forma de unificación de la superficie bajo idéntica titularidad pública, regla esta de prioridad que resolverá la adquisición en el supuesto de ejercicio conjunto de los derechos por diferentes Administraciones Públicas.

5. Los actos dispositivos que dan lugar al nacimiento de los derechos de adquisición preferente

Al favorecer a la Administración Pública como titular del derecho de adquisición preferente, se facilita el acceso a la titularidad pública de los montes. Así, los derechos de adquisición preferente, desde la perspectiva del propietario que transmite onerosamente el monte, representan una limitación a la facultad de disponer. Los retractos legales son limitativos del dominio en tanto que condicionan la facultad libre disposición del titular dominical en la cosa. Si bien éste, es libre de enajenarla o no, y en las condiciones y pactos que estime conveniente, sin embargo, ha de enajenarla a persona concreta que ostenta la titularidad del derecho de adquisición preferente frente a terceros adquirentes.

⁸ Por ejemplo, en el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia, son 250 hectáreas, según el art. 56.1. a) de la Ley 7/2012, de 28 de junio de Montes de Galicia.

Se otorga el derecho de adquisición preferente con fundamento en el interés social y sometidos a unos requisitos de plazo y de procedimiento. En este sentido, la propia Jurisprudencia considera el derecho de retracto como una limitación al dominio en cuanto que éste soporta una carga establecida por el Derecho público motivada por el interés general⁹. Ese carácter restrictivo que, para el dominio tienen los derechos de adquisición preferente, constituye un elemento contrario a la libertad de contratación, por lo que la labor interpretativa para su aplicación, ha de hacerse también de modo restrictivo, lo que explica que se niegue el derecho de adquisición preferente en ciertos supuestos¹⁰.

Los actos dispositivos que dan lugar al nacimiento de los derechos de adquisición preferente, según dispone el artículo 25.1 de la Ley de Montes, son las transmisiones onerosas, que van más allá del intercambio de cosas por precio, alcanzando a las transmisiones mediante un conjunto de atribuciones patrimoniales que conllevan sacrificios para las partes. Si en el artículo 25.4 de la Ley de Montes se señala el precio como contraprestación, en lo que atañe al ejercicio del derecho de adquisición preferente, el mismo no debe tenerse en cuenta sino como referencia a la compraventa como modelo de las transmisiones onerosas. Entonces, ¿Qué quiere decir “transmisiones onerosas” y qué actos dispositivos de la propiedad del monte se han de incluir en tales transmisiones?. No habrá derecho de adquisición preferente, según establece expresamente el artículo 25.3 de la propia Ley de Montes, cuando se trate de aportación de capital en especie a una sociedad en la que los titulares transmitentes deberán ostentar una participación mayoritaria durante cinco años como mínimo.

Una interpretación a sensu contrario del apartado tercero del artículo 25 de la Ley de montes conduce a establecer un concepto amplio de “transmisión onerosa”: queda excluido de éste concepto, a los efectos de ejercitar los derechos de adquisición preferente, toda transmisión mediante la cual se trate de aportar *“capital en especie a una sociedad en la que los titulares transmitentes deberán ostentar una participación mayoritaria durante cinco años como mínimo”*. Se trata pues, de un caso de adecuada explotación y aprovechamiento del monte a través de la titularidad social del mismo y una garantía de permanencia en la gestión mayoritaria del transmitente durante cinco años como mínimo. En este supuesto, mediante esta aportación de capital, no se produce una autentica transmisión de un monte a un tercero, sino que indirectamente, ese monte aportado en especie a la sociedad, permanece en el patrimonio del transmitente al ostentar éste una participación mayoritaria en aquella sociedad.

En el apartado tercero del art. 25 se contempla una explotación forestal en común, mediante una sociedad, que realice una gestión forestal sostenible, en cuyo supuesto se excluye el derecho de adquisición preferente de la Administración Pública, a cambio de asumir la obligación, el socio aportante, de permanecer en la sociedad durante cinco años como mínimo y con una participación mayoritaria en aquella.

Más allá de este caso concreto, se excluye del concepto de transmisión onerosa originadora del nacimiento del derecho de adquisición preferente, las transmisiones en las que la contraprestación tiene un carácter infungible (permuta) o personalísimo (contrato de alimentos, art. 1791 del CC) que

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 2 de abril de 1985, J.1985, 7269.

¹⁰ Vg. supuesto de permuta de montes.

no admiten satisfacer con prestación alternativa el interés del acreedor, representado por la especificidad de la prestación o relevancia del elemento personal en su exacto e íntegro cumplimiento.

Además, de la expresión “transmisión onerosa” hemos de excluir, por definición, los derechos de tanteo y retracto en el caso de transmisiones a título gratuito – inter vivos (donación) o mortis causa (sucesión hereditaria) –. Este no es el caso de las donaciones onerosas o modales (artículos 619, 626, 638 y 647 del Código Civil), en las que ha de considerarse el valor del gravamen impuesto al donatario a fin de mantener o no su causa gratuita o lucrativa.

Ahora bien, el término de “transmisión onerosa” incluye un ámbito amplio de supuestos de transmisión para avalar la necesaria intervención de la Administración Pública en la planificación de los montes como garantía conservacionista de los mismos. Nos encontramos ante transmisiones onerosas cuando en el contrato existe una atribución patrimonial recíproca. El mencionar el precio como contraprestación, aún cuando se menciona expresamente en el art. 25.4, no pasa de tratar de colocar la compraventa como modelo paradigmático, que no único, de transmisión onerosa, sin que sea un criterio para reducir el ámbito de las transmisiones onerosas que originan el nacimiento de los derechos de adquisición preferente en la Ley de Montes¹¹.

En definitiva, la referencia, en el apartado cuarto del artículo 25, al precio al efecto del contenido de la notificación a la Administración de la transmisión proyectada, no reduce las transmisiones onerosas que dan origen a los derechos de adquisición preferente. Cuando el susodicho precepto establece que “para posibilitar el ejercicio del derecho de adquisición preferente a través de la acción de tanteo – y en su caso retracto del art. 25.6 – el transmitente deberá notificar fehacientemente a la Administración Pública titular de ese derecho los datos relativos al precio y características de la transmisión proyectada...” , nos está indicando que estamos en presencia de relaciones jurídicas –negocios jurídicos- en las que se da una contraprestación que se traduce en precio o valoración económica en la citada transmisión. Por tanto, dentro del espectro de transmisiones que originan los derechos de adquisición preferente, además de la venta¹², ente otras, cabe citar la cesión pro soluto (cesión solutoria), o la adjudicación como forma de división económica del bien en proindivisión (art. 400 y 404 del Código Civil), siendo indistinto que la adjudicación se hubiere realizado a favor de uno de los comuneros o a favor de un extraño. Incluso, en razón de la titularidad transmitida, también cabe el ejercicio del derecho de adquisición preferente, en el caso de enajenarse una cuota indivisa del bien en copropiedad, la nuda propiedad, o el dominio directo o el útil, no obviando la enajenación como forma de división de la comunidad.

Así, desde un punto de vista de la titularidad transmitida, cabe tanteo y retracto cuando la enajenación recae sobre la cuota indivisa del bien en copropiedad, la nuda propiedad, o el dominio directo, o el dominio útil, sobre una finca o un monte que reúnan los requisitos legalmente establecidos. La justificación del derecho de adquisición preferente se encuentra, en estos casos, en

¹¹ FINEZ RATÓN, J.M. *Los derechos de adquisición preferente en la Ley de Montes*, en “Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre de montes”, en “Estudios de Derecho forestal y autonómico”. (Coord. CALVO SANCHEZ), Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 712 y 713.

¹² También en su modalidad de ejecución forzosa admitida jurisprudencialmente en las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 1960, de 20 de febrero de 1975, de 26 de mayo de 1992 y de 10 de febrero de 1993.

la reconstrucción de la plena propiedad a través de los retractos legales previstos en los artículos 1522, 1636 y 1640 del Código Civil. No obstante, en caso de colisión entre los derechos de tanteo y retracto en virtud de los susodichos preceptos del Código Civil y el derecho de adquisición preferente del artículo 25 de la Ley de Montes, se resuelve como dispone el apartado séptimo del propio artículo :*“el derecho de retracto a que se refiere este artículo a favor de la correspondiente Administración Pública es preferente a cualquier otro.”*

Si se opta, no por una interpretación restrictiva de “transmisiones onerosas”, entra en tal expresión la venta forzosa efectuada en el curso de una subasta judicial debido a la correlación sustancial que existe entre el contrato de compraventa y venta forzosa en subasta judicial, tanto en los efectos como en las consecuencias de las adquisiciones verificadas por uno u otro mecanismo¹³.

En la constitución de renta vitalicia difícilmente cabe admitir el derecho adquisición preferente sobre un monte, ya que la contraprestación resultaría difícilmente cuantificables. No cabe un retracto legal frente un contrato vitalicio en que el titular del inmueble transmite la nuda propiedad del monte a cambio de que se le cubran toda las necesidades hasta su fallecimiento, prestándole alimentos. En este contrato, muchas de las obligaciones asumidas por la contraparte son personalísimas, no valorables cuantitativamente, ante la inexistencia de precio alguno, ya que se han impuesto intuitu personae de lo que se deriva que no pueden ser sustituidos por cualquiera¹⁴. Por tanto, no parece defendible que la Administración Pública ejercite un derecho de adquisición preferente en el caso de que el dueño del monte, constituye sobre él, una renta vitalicia, dada indeterminación del derecho en el tiempo, unida a la retención del dominio útil, y a la indefinición de la contraprestación. Por tanto, en estos u otros casos análogos, la Administración ha de sopesar la conveniencia de la adquisición de montes a través de sus derechos de adquisición preferente.

6. El derecho de tanteo

En relación con el Derecho de tanteo, el apartado cuarto del artículo 25 de la Ley de Montes establece que: “para posibilitar el ejercicio del derecho de adquisición preferente a través de la acción de tanteo, el transmitente notificará fehacientemente a la Administración Pública titular de ese derecho los datos relativos al precio y características de la transmisión proyectada, la cual dispondrá de un plazo de tres meses, a partir de dicha notificación, para ejercitar dicho derecho, mediante el abono o consignación de su importe en las referidas condiciones”.

El artículo 25.4 de la Ley de Montes no deja libertad al propietario transmitente de elegir al adquirente, puesto que, en principio, el precepto establece un derecho de adquisición preferente a favor de las Administraciones Públicas, las cuales pueden o no ejercitarlo.

Al propietario del monte, a priori, se le priva de la facultad de elección del tercero adquirente, al ocupar tal puesto, en principio, con carácter prevalente la Administración Pública. Sólo en el caso, de que ésta decida no ejercitarlo, quedará expedita la vía de transmisión para adquirir el bien un particular.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2007, sala 1ª, 605/2007, aplica el derecho de retracto a la subasta judicial.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2001, Sala 1ª, 1107/2001.

Si un propietario de un monte tiene intención de transmitirlo onerosamente a un tercero, deberá notificar fehacientemente (mediante burofax, con certificado de contenido, o copia registrada del documento presentado ante la propia Administración, dejando constancia de lo que se comunica) a la Administración Pública, titular del derecho de tanteo, los datos relativos al precio y características de la transmisión proyectada para que ejercite, en su caso, el citado derecho de adquisición preferente, mediante el abono o consignación de su importe, en las referidas condiciones. Esos datos coincidirán con la modalidad de contraprestación pactado –vg. precio aplazado- y con la descripción del bien (situación, límites, referencias catastrales, cargos y servidumbres...), la naturaleza jurídica de la transmisión que se pretende otorgar, así como la identificación de la personas que pretende adquirir el monte (nombre y dirección).

Por tanto, el contenido de la notificación habrá de expresar el precio y características de la transmisión proyectada, en el sentido, de toda aquellos elementos del negocio jurídico previsto para dar un cabal conocimiento del mismo al destinatario de la notificación. Para ello, el contenido de la notificación tiene que alcanzar tanto a los elementos esenciales y accidentales (por tanto también al objeto, condición, término o modo) que condicionan o prefiguran la eficacia de la transmisión, el desenvolvimiento y ejecución de las prestaciones contempladas.

Así, la notificación de todos estos datos constituye causa suficiente para un conocimiento pleno por parte del retrayente – Administración Pública – de las condiciones de la transmisión.

Por tanto, ha de notificarse fehacientemente a todas las Administraciones Públicas que sean titulares de un Derecho de adquisición preferente, no sólo a la que resulte ser la Administración que cuente con prioridad en su ejercicio a tenor de lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Ley de Montes, pues puede ocurrir que tal Administración titular vg. del monte de mayor colindancia no llegue a ejercitar el derecho de tanteo, por lo que no puede privarse a otra Administración titular de monte público también colindante – aunque en menor medida que la Administración anterior – del ejercicio de su derecho de adquisición preferente del monte objeto de transmisión.

La Administración titular del derecho de adquisición preferente, dispondrá de un plazo de tres meses – plazo de caducidad, apreciable de oficio, no se interrumpe y su transcurso implica la extinción del Derecho- a partir de dicha notificación, para ejercitar el derecho de tanteo, mediante el abono o consignación de su importe en las referidas condiciones, sin que baste el mero ofrecimiento de pago. Si no lo ejercita el derecho de tanteo en dicho plazo, decae su derecho.

Por otra parte, en relación con las condiciones de ejercicio del Derecho de tanteo, la Administración realizará el pago o la consignación del precio para la efectividad del ejercicio del derecho de adquisición preferente. Si existiera dificultad para determinar la cantidad a abonar o a consignar, se calculará, en su caso, conforme a la deuda dineraria que se trata de solventar –si se trata de una adjudicación en pago-, o conforme al valor de las acciones o participaciones sociales adjudicadas. En todo caso, si existiese discusión sobre la cuantía, la Administración acudirá la vía civil para la fijación del valor, con previa consignación de la cantidad para evitar la pérdida del derecho de tanteo por el transcurso del plazo de tres meses a partir de la notificación, que además traería consigo también la exclusión del derecho de retracto.

Este deber de notificación fehaciente, se refuerza por el mandato legal a los notarios de no autorizar la escritura pública y a los registradores de no inscribir en el Registro de la Propiedad las

correspondientes escrituras sin que se les acredite previamente la susodicha notificación de forma fehaciente – artículo 25.5 de la Ley de Montes –.

7. El derecho de retracto

Mediante el retracto legal, la Ley concede a su titular la facultad para adquirir onerosamente la propiedad de una cosa en el supuesto de que su actual propietario la enajenase a tercero a través de determinados negocios, subrogándose en la posición del adquirente en las mismas condiciones estipuladas en el contrato y mediante el reembolso a éste del precio satisfecho, así como de todos los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la adquisición, incluidos los gastos necesarios y mejoras hechas en la cosa objeto del retracto¹⁵. Los efectos del retracto supone la subrogación del retrayente en la posición del adquirente dentro del mismo contrato, que subsiste, subrogándose el retrayente en las obligaciones contraídas por el adquirente¹⁶, teniendo por finalidad del retracto únicamente, que el adquirente otorgue la posesión de la cosa.

Si se llevase a efecto la transmisión onerosa del monte sin la notificación que establece el art. 25.4 de la Ley de Montes, o sin seguir las condiciones reflejadas en ella, la Administración titular del derecho de adquisición preferente podrá ejercer subsidiariamente la acción de retracto en el plazo de un año¹⁷ contado desde la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, desde que la Administración hubiese tenido conocimiento oficial de las condiciones reales de dicha transmisión – art. 25.6 de la Ley de Montes –.

Por tanto, en caso de incumplimiento de la previa notificación fehaciente – esto es, de manera inequívoca e indubitada –, para salvaguardar los intereses en juego, se otorga a la Administración Pública la concesión de un retracto legal, y el tercero que adquirió, cuenta con la eventual acción de evicción – frente al vendedor que incumplió el deber de notificación – y que le ocasionó la pérdida de la cosa por la efectividad del retracto legal – artículos 1461 y 1475 de nuestro Código Civil-

En el supuesto de colindancia previsto en el artículo 25.2 de la Ley de Montes, en el que dos Administraciones Públicas concurren en el ejercicio del derecho de adquisición preferente, la notificación ha de realizarse a las dos Administraciones afectadas, ya que de lo contrario cabe el retracto de la Administración Pública omitida y cuyo derecho de adquisición preferente tenía prioridad bien frente a la otra Administración que adquirió en virtud de un derecho de tanteo, o bien, en su caso, frente a otro tercero adquirente.

El derecho de retracto, viene condicionado a que se realice la transmisión sin previa notificación fehaciente, o bien cuando ésta es defectuosa porque no se corresponden las condiciones que se reflejan en la susodicha notificación a las condiciones reales.

¹⁵ Cfr. REBOLLEDO VARELA, A.L.; *Comentario al art. 1521, en Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1006 y ss.

¹⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 28-1-50, 1-XII- 1953 y 11-V-1965.

¹⁷ De fecha a fecha en los términos del art. 5.1 del Código Civil.

El derecho de retracto se origina desde que se produce la entrega o puesta a disposición – aún con carácter simbólico o instrumental – del monte, que produce el efecto traslativo de la propiedad¹⁸.

Las condiciones o requisitos de ejercicio del derecho de retracto son las dispuestas en el artículo 1521 de nuestro Código Civil – aplicado supletoriamente –, y que conlleva para el retraído el aseguramiento de su posición económica dada la contrapartida impuesta al retrayente en el ejercicio del derecho de retracto¹⁹.

No obstante, se ha escrito que aunque tenga el mismo nombre y el mismo contenido que el derecho de retracto legal definido en el artículo 1521 del Código Civil –“*derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago*” –, el retracto forestal no se reconoce a favor de un particular, sino a favor de una Administración Pública, precisamente por su condición de poder público, y con un fin muy concreto: “*servir a un fin de interés general encomendado por la ley a la Administración*”²⁰.

El retracto ha de ejecutarse por parte de la Administración Pública en el plazo de un año desde la inscripción en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, desde que la Administración hubiese tenido conocimiento de las condiciones reales de dicha transmisión – artículo 25.6 de la Ley de montes –. Este plazo para ejercitar el retracto –al igual que ocurre en el caso del plazo para ejercitar el derecho de tanteo–, es un plazo de caducidad y no de prescripción, por lo que no es susceptible de interrupción y puede ser apreciado de oficio y el transcurso del plazo lleva consigo la extinción del derecho de adquisición preferente.

La Administración debe pagar el precio real²¹ de la adquisición, así como reembolsar al adquirente - al que le ha privado de la transmisión del monte- de los gastos de escritura pública notarial e inscripción registral, otros gastos que hubiese originado el contrato²², impuestos, gravámenes y los gastos necesarios para la conservación del monte, así como las mejoras realizadas en el monte²³. Sin embargo, los efectos del retracto determinan la imposibilidad de hacer valer frente al retrayente

¹⁸ Sobre estos aspectos, en extenso, vide a BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*, Pamplona, 1995, pp. 144 y ss.

¹⁹ Se habrá de acompañar a la demanda, según el artículo 266.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil “*los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto y, cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto del retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere*”, esto es, el precio real y no el escriturado, ya que el retrayente se subroga en idénticas condiciones que el adquirente cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1988, 6 de octubre de 1989 y 30 de abril, 28 de junio y 4 de diciembre de 1991. No obstante, existe una corriente jurisprudencial según la cual el demandado no puede oponerse al precio escriturado cuando este resulte inferior al real en evitación de que el demandado se lucre por su propia ilegalidad, sobre el particular vide a BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*, Pamplona, 1995, pp. 235 y 236.

²⁰ CHINCHILLA MARÍN, C., *La invalidez sobrevenida de un retracto forestal: El transcurso del tiempo, la inactividad administrativa y la actuación del interesado como factores invalidantes de un acto administrativo*, en “*Justicia administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, nº 54, 20011, p. 20.

²¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1988; de 6 de octubre de 1989; de 30 de abril, 28 de junio y de 4 de diciembre de 1991.

²² Se excluyen los gastos ajenos a la adquisición como el préstamo y los gastos de cancelación de cargas – SAP de Ourense, Secc. 1ª, 24 de abril de 2008, 148/2008 –.

²³ Art. 1518 CC.

todas las cargas o gravámenes impuestos sobre el bien con posterioridad a la transmisión que originó el nacimiento del retracto, dada la inoponibilidad del derecho del tercero frente al retrayente en base a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria²⁴.

En el caso de una transmisión patrimonial distinta de la compraventa – en la que existe precio –, piénsese por ejemplo en una contraprestación o atribución patrimonial recíproca en el caso de una aportación de capital social en especie o en el caso de una adjudicación en pago, la valoración económica de la atribución patrimonial recíproca a la transmisión del monte cuando las partes no otorgan el valor al monte conforme la deuda dineraria que se trata de solventar (adjudicación en pago, o el de las acciones o participaciones sociales adjudicadas), en estos casos, habrá que acudir a la aplicación analógica de las normas de valoración establecidas en la legislación de expropiación forzosa.

Por último, el artículo 25.7 de la Ley de Montes refuerza el retracto a favor de la Administración Pública en materia de montes al otorgarle preferencia a cualquier otro – al de comuneros, colindantes, coherederos, al previsto en la legislación especial de arrendamientos rústicos y al contemplado en la Ley de 19/1995 de Modernización de Explotaciones Agrarias Prioritarias-, y ello como garantía de conservación de los montes españoles.

²⁴ “Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley. Se exceptúan de la regla contenida en el párrafo anterior: ...3º. - Las de retracto legal, en los casos y términos que las leyes establecen”.

