

The Ministry of Economic Development (MISE) orders to “bring into conformity” some domestic TV re-transmitters but the European Court of Justice disagrees with the measure which is annulled by the Council of State.

Maurizio Iorio, Attorney at Law

With the decision published on 25 February 2019, following a legal action backed by ANDEC and brought by the undersigned Attorney at Law, the Council of State upheld the appeal filed by the company concerned and “ ***...annuls the measure issued on 22/06/2011 by the Ministry of Economic Development, requiring to bring into conformity some audio video re-transmitters... ...and orders that this decision shall be implemented by the administrative authority***”.

This decision is significant as it demonstrates that everyone – even Ministries – can make mistakes, and more generally that laws must be interpreted according to the intended purpose and not just literally applied by inertia by those who must enforce them.

Regulatory framework

According to the current RED Directive 2014/53/EU, transposed in Italy by Legislative Decree No. 128 of 22 June 2016, manufacturers can certify and attest the conformity of the equipment without necessarily involving a Notified Body (hereinafter “NB”) and thus affix the CE marking under their sole responsibility.

Under the previous R&TTE Directive 1999/5/EC, transposed in Italy by Legislative Decree 269 of 9 May 2001, manufacturers were almost always required – except for equipment not using the radio spectrum, such as land-line phones (now, however, excluded from the RED Directive) – to certify and attest the conformity of the equipment through procedures involving a NB (for which they had to bear the costs) and affix the NB’s identification number next to the CE marking.

There was, however, a case in which such requirement did not apply: Annex III to said Directive did in fact provide for the possibility of submitting the equipment to laboratory tests which, if carried out in accordance with the pertinent EN standards, namely harmonized European standards, did not require the involvement of a NB. In such cases, therefore, there was no need to affix any identification number next to the CE marking.

The specific case

Under the R&TTE Directive in force, the Ministry of Economic Development’s inspectors found that products covered by the aforesaid legislation marketed by a member of **ANDEC** (National Association of Consumer Electronics Importers and Manufacturers, member of Confcommercio)

who, by having made use of the option provided by Annex III to attest the conformity of the product without the involvement of a NB, did not affix any identification number next to the CE marking (in truth, a NB had been voluntarily consulted by the manufacturer, but its identification number appeared only on the documentation accompanying the product and not on the equipment or its packaging). The inspectorate deemed that such information was due and had therefore ordered the administrative seizure of the products considered non-conforming. This was followed by a measure issued by the Ministry of Economic Development (hereinafter the “MISE”) requesting to “bring into conformity” the products throughout the national territory, in addition to a financial penalty.

Appeal against the measure and the European Court of Justice’s decision

The Ministry’s measure had been challenged before the Administrative Regional Court (TAR) of Lazio, which ruled in favour of the MISE (see in this regard my article published on issue 32 of 2012 of this magazine, downloadable from my firm’s website at the address: <https://www.avvocatoiorio.it/wp-content/uploads/2017/03/1.-The-Italian-Administrative-court-rewrites-the-RTTE-Directive.pdf>). With the support and backing of ANDEC represented by my law firm, the TAR of Lazio’s decision was therefore appealed to the Council of State. In the appeal, it was asked that the issue be referred to the European Court of Justice (hereinafter the “ECJ”) as it was a matter of interpreting the R&TTE Directive 1999/5/EC, namely to confirm whether or not the involvement of a NB is always and in any case essential. The Council of State considered the matter raised by the appellant founded and relevant and referred it to the ECJ, which with decision dated 11/07/2018 (Case C-192/17) fully upheld the argument of the ANDEC’s member and stated the following: (1) a manufacturer who makes use of the procedure laid down in Annex III to the Directive “...is not required to consult a notified body ...and, consequently, he is not required to ensure that the CE marking is accompanied by the identification number of that notified body”; thus, in this case (2) “...he is not required to ensure that the CE marking is accompanied by the identification number of the notified body that he has voluntarily consulted – despite not being required to do so – in order to confirm the list of essential radio test suites set out in those harmonised standards”.

The Council of State’s decision

With the decision published on 25/02/2019, the Council of State ruled as follows:

“18.1 By applying to the specific case the rules identified by the ECJ in the aforementioned decision, the contested measure is illegitimate first of all under a first profile, in the sense that the appellant, contrary to the view advanced by the administration’s defence, was not bound to affix on his product the identification number of a notified body for the sole fact of having – voluntarily – involved it to have it certified, and to have shown the identification number of the consulted body in the instruction booklet”.

“18.2 The illegitimacy of the measure, moreover, must also be considered under another profile, in the sense that in order to deem necessary affixing the identification number there should first have been verified the impossibility in the abstract to apply to the product the procedure laid down in the second paragraph of Annex III to the Directive based on harmonized rules, namely to verify that this procedure, although theoretically applicable, had not been specifically followed and explain in the statement of reasons the unfavourable outcome of these checks, which in this case has not been done”.

“19. The appeal of first instance, overturning the contested decision, must therefore be upheld, with the annulment of the measure challenged in that hearing”.

Relevance of the issue

As mentioned, the issue is still important for operators in the sector for at least three reasons: (1) first, because the RED Directive does not have retroactive effect, with the result that equipment subject to the previous R&TTE legislation placed on the EU market up to 12 June 2017 and subsequently marketed until stocks were exhausted, can conform with the previous R&TTE legislation rather than the ‘new’ RED legislation; (2) because there is a large legacy of equipment placed on the market and marketed before the entry into force of the RED directive, which remain subject to the R&TTE directive and that in the absence of the aforementioned decision by the Council of State would have been at risk of disputes, seizure and possible penalties by the MISE and its inspectorates; (3) and finally because companies that were sanctioned by the MISE on the basis of the erroneous interpretation of the relevant legislation can now take action against the MISE for the repayment of penalties paid and possibly also recover the damages incurred at the time as a result of making the products ‘compliant’ to what erroneously requested by the MISE, despite the Council of State added that the matter was “*complex and not clear*”.

Maurizio Iorio, Attorney at Law

IL MISE ORDINA DI “RICONDURRE A CONFORMITÀ” ALCUNI RIPETITORI TV DOMESTICI, MA LA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA GLI DÀ TORTO E IL CONSIGLIO DI STATO ANNULLA IL PROVVEDIMENTO.

Con sentenza pubblicata il 25 febbraio, a seguito di un'azione giudiziaria patrocinata da ANDEC e condotta dal sottoscritto avvocato, il Consiglio di Stato accoglie l'appello della società interessata e “annulla il provvedimento del 2011 del Ministero dello Sviluppo Economico di intimazione a ricondurre a conformità alcuni apparati audio video sender. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa”.

La sentenza è significativa per due ragioni. La prima: anche i Ministeri possono sbagliare (e sbagliano); la seconda: più in generale le leggi vanno interpretate secondo quanto all'uopo previsto e non, per inerzia, soltanto applicate letteralmente da chi ha il compito di farle rispettare.



MAURIZIO IORIO

Dalla partnership tra Marketplace e ANDEC prende vita questa rubrica, curata dall'Avvocato Maurizio Iorio, nel suo duplice ruolo di Avvocato Professionista in Milano e di Presidente di ANDEC.

Background normativo

Ai sensi della vigente Direttiva RED (D. 2014/53/UE, attuata in Italia con D. Lgs 22.06.2016 n. 128), il produttore può accertare e attestare la conformità degli apparecchi anche senza coinvolgere necessariamente un Organismo Notificato (ON) e apponendo, quindi, la marcatura CE sotto la sua esclusiva responsabilità.

Secondo la precedente Direttiva RTT&E (D. 1999/5/CE, attuata in Italia con D.Lgs 9.05.2001 n. 269) - fatto salvo il caso degli apparecchi che non impegnano lo spettro radioelettrico, quali i telefoni “fissi”, ora peraltro esclusi dalla direttiva RED - il produttore era invece quasi sempre tenuto ad accertare e ad attestare la conformità degli apparecchi tramite procedure che prevedevano il coinvolgimento di un Organismo Notificato, sopportando pertanto i relativi costi e riportando di conseguenza il numero che identificava l'ON accanto alla marcatura CE.

C'era, tuttavia, un caso in cui tale intervento era escluso. L'allegato III alla Direttiva, infatti, prevedeva la possibilità di sottoporre l'apparecchio a test di laboratorio che, se preliminarmente identificati da norme “EN”, ossia da norme armonizzate europee, non richiedevano l'intervento di un ON. In questi casi, conseguentemente, non c'era alcun numero da riportare accanto alla marcatura CE.

Il caso concreto

Sotto la vigenza della Direttiva RTT&E, è accaduto che

gli ispettori del MISE abbiano rinvenuto prodotti commercializzati da un associato ad ANDEC (Associazione Nazionale Importatori e Produttori di Elettronica Civile, aderente a Confcommercio) il quale, essendosi avvalso della possibilità di attestare la conformità del prodotto ai sensi dell'allegato III, senza l'intervento di un Organismo Notificato, non aveva riportato alcun numero identificativo accanto alla marcatura CE (per la verità, un ON era stato volontariamente coinvolto dal produttore, ma il suo numero identificativo figurava sulla sola documentazione che accompagnava il prodotto e non sull'apparecchio né sul suo imballo).

L'ispettorato aveva ritenuto che tale indicazione fosse invece dovuta e aveva quindi disposto il sequestro amministrativo dei prodotti ritenuti irregolari.

Ne era seguito quindi un provvedimento del MISE che chiedeva la “riduzione in conformità” dei prodotti su

tutto il territorio nazionale e, successivamente, una sanzione pecuniaria.

Impugnazione del provvedimento e sentenza della Corte di Giustizia Europea

Il provvedimento del MISE veniva impugnato avanti al TAR Lazio che dava ragione al MISE (su tale sentenza, si veda l' articolo pubblicato sul numero n. 32 del 2012 di questa rivista, scaricabile dal mio sito professionale, al seguente indirizzo: http://www.avvocatoiorio.it/wp-content/uploads/2017/03/IL-TAR-del-Lazio-riscrive-la-direttiva-RTTE-_3.pdf). La sentenza del TAR Lazio veniva quindi appellata al Consiglio di Stato (CdS), col supporto e patrocinio di ANDEC e tramite il sottoscritto avvocato.

Nell'appello si chiedeva che la questione fosse preliminarmente rimessa alla Corte di Giustizia Europea, trattandosi di interpretare la Direttiva RTTE 1999/5/CE, ossia di confermare o meno se alla stregua della medesima l'intervento di un ON fosse sempre e comunque indispensabile. Il CdS, ritenendo fondata e rilevante la questione sollevata dall'appellante, la rimetteva alla Corte di Giustizia Europea, che con sentenza in data 11.07.2018 (C.192/17) accoglieva pienamente la tesi del socio di ANDEC e statuiva quanto segue:

(1) il produttore che si avvalga della procedura ex allegato III della direttiva “non è tenuto a rivolgersi a un organismo notificato e, pertanto, non è tenuto ad aggiungere alla marcatura CE il numero di identificazione di tale organismo; pertanto, in tal caso (2) “non è tenuto ad aggiungere alla marcatura CE il numero di identificazione di un organismo notificato che egli abbia interpellato di sua volontà, pur non essendovi obbligato, per confermare l'elenco delle prove radio essenziali contenute nelle suddette norme armonizzate”.



La sentenza del CdS

Con sentenza pubblicata in data 25.02.2019, il Consiglio di Stato si pronuncia come segue:

“8.1 Applicando al caso concreto le regole individuate dalla Corte di Giustizia nella sentenza sopra citata, l'illegittimità del provvedimento impugnato risulta anzitutto sotto un primo profilo, nel senso che la ricorrente appellante, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa dell'amministrazione, non era vincolata ad apporre sul proprio il numero identificativo di un organismo notificato per il solo fatto di essersi, di propria iniziativa, a esso rivolta per farlo certificare, e avere riportato il numero di identificazione dell'organismo interpellato nel libretto di istruzioni”.

“18.2 L'illegittimità del provvedimento, peraltro, va ritenuta anche sotto un altro profilo, nel senso che per ritenere necessaria l'apposizione del numero si sarebbe prima dovuta verificare l'impossibilità in astratto di applicare al prodotto la procedura di cui all'allegato III, secondo comma, della Direttiva basandosi su norme armonizzate, ovvero verificare che tale procedura, pur in astratto applicabile, non era stata in concreto seguita e dar conto in motivazione dell'esito sfavorevole di tali verifiche, il che nella specie non risulta”.

“19. Il ricorso di I grado, in riforma della sentenza impugnata, va quindi accolto, con annullamento del provvedimento impugnato in quella sede”.

Attualità della questione

Come si è detto, la questione riveste tuttora interesse per gli operatori del settore per almeno tre motivi: (1) innanzitutto in quanto la Direttiva RED non ha evidentemente effetto retroattivo, con la conseguenza che gli apparecchi soggetti alla precedente normativa RTT&E, immessi nel mercato UE fino al 12.06.2017 e successivamente commercializzati fino a esaurimento delle scorte, possono essere conformi alla precedente normativa RTTE anziché alla “nuova” normativa RED;

(2) perché sussiste un vastissimo “parco” di apparecchi immessi sul mercato e commercializzati prima dell'entrata in vigore della Direttiva RED, tuttora soggetti alla direttiva RTTE e che, in mancanza della decisione in esame del CdS, sarebbero stati a rischio di contestazioni, sequestro e possibili sanzioni amministrative da parte del MISE e dei suoi ispettorati;

(3) perché, infine, le aziende che sono state a suo tempo sanzionate dal MISE sulla base dell'errata interpretazione della normativa di riferimento possono ora agire nei confronti del MISE per la restituzione della sanzione a suo tempo pagata (e forse anche per il risarcimento dei danni corrispondenti ai costi a suo tempo sopportati per rendere i prodotti “conformi” a quanto erroneamente richiesto dal MISE, malgrado il CdS aggiunga che la questione era “complessa e non chiara”).