

I “DISAIUTI” DI STATO

di *Giampaolo Rossi*

Intervento al Seminario sugli aiuti di Stato
Roma 9 giugno 2009

La problematica sugli aiuti di Stato *ex art. 87 TCE* verte sulla necessità che gli Stati membri dell’UE non determinino condizioni di favore alle imprese nazionali rispetto alle imprese di altri paesi dell’Unione. Se gli Stati membri potessero favorire le imprese nazionali verrebbero meno i presupposti per la creazione del mercato europeo. Minore attenzione si è posta sull’ipotesi inversa: che le imprese nazionali possano essere sfavorite nel confronto con le altre.

L’analisi resterebbe quindi parziale e priva di una visione sistematica se non tenesse conto dell’insieme delle misure attraverso le quali la legislazione e gli orientamenti giurisdizionali dei singoli Paesi determinino condizioni di favore o di disfavore per le imprese nazionali nei confronti del regime in vigore negli altri Paesi cui appartengono le imprese concorrenti.

Mentre gli aiuti finanziari, diretti e indiretti, sono di immediata percezione e possono essere quindi agevolmente valutati sotto il profilo della loro compatibilità con l’ordinamento comunitario e nella comparazione fra diversi ordinamenti, più difficile è mettere in luce l’insieme delle condizioni di favore o sfavore in cui vivono le imprese e ancor più difficile, perché non vi è adeguata informazione, è il confronto con quelle di altri Paesi concorrenti.

Lo squilibrio può assumere un particolare rilievo nei settori delle “*utilities*” per il loro radicamento nel territorio e la loro influenza sulle condizioni di vita delle popolazioni, ma è comunque rilevante in ogni settore della produzione e del commercio e soprattutto in quei settori, come quello bancario, che condizionano il funzionamento di tutti gli altri.

Senza entrare qui nel merito della legittimità e opportunità dei singoli profili e senza cercare di farne una elencazione completa, si possono così sintetizzare, con riferimento in particolare alle “*utilities*”, le condizioni di favore/sfavore per le imprese.

Il massimo di favore si ha quando l’impresa agisce in regime di monopolio o con elevati ambiti di riserva, e contemporaneamente utilizza pienamente il diritto privato nell’attività, nel reclutamento del personale, nelle consulenze, nella contrattazione con terzi, nel trattamento dei dirigenti e nel regime della loro responsabilità; all’opposto, lo “sfavore” è proporzionale al grado di vincolo nelle attività e al grado di liberalizzazione, soprattutto se accompagnato da tetti nazionali, dalla impossibilità di gestire produzione e reti (e in tal caso dal fatto che la separazione sia solo contabile o societaria o anche della proprietà), da vincoli procedurali nel reclutamento del personale, da massimali nelle retribuzioni e da un regime pubblicistico delle responsabilità.

- Quanto alle gare, la gradazione favore/sfavore si determina a seconda che l’impresa
 - a) possa ricevere l’affidamento diretto o solo con gara;
 - b) debba o no ricorrere alle gare per i propri approvvigionamenti;
 - c) possa o no partecipare a gare per l’affidamento di attività in altri settori o territori.

E' del tutto evidente che se un Paese adotta per le proprie imprese un regime giuridico di "sfavore", mentre un altro Paese adotta il sistema opposto di "favore" e se il primo è aperto alla concorrenza del secondo, l'esito del confronto è scontato a vantaggio di quest'ultimo. Si determina in questo caso uno squilibrio competitivo che, oltre che essere quanto meno ingenuo, è contrario ai criteri di una sana concorrenza. Lo squilibrio è accentuato se le imprese con regime di favore nel proprio Paese operano come soggetti privati nell'altro godendo, in questo, di un livello di libertà operativa e di concorrenza che è negato all'impresa dell'altro Paese nei territori di entrambi gli Stati.

E' paradossale che proprio questa sia la situazione che si deve registrare in vari settori nel confronto fra i diversi sistemi nazionali. Si sottovaluta in Italia un dato di particolare importanza: è in atto non solo una concorrenza fra le imprese dei diversi Paesi ma anche una concorrenza fra sistemi nazionali alcuni dei quali si propongono obiettivi di espansione mentre altri adottano una prospettiva centrata sul mercato interno senza una adeguata e consapevole visione di insieme. Lo si può verificare, in modo emblematico, nel confronto fra le imprese operanti in Italia e in Francia.

Si è mantenuta in Francia la formula giuridica dell'ente pubblico economico il cui regime di favore viene giustificato dalla missione di interesse generale cui deve assolvere. L'ente pubblico economico non pone problemi di affidamento diretto, opera spesso in regime di monopolio più o meno ampio, non è tenuto a fare gare perché svolge attività industriale e commerciale, non ha vincoli nel reclutamento del personale, nelle consulenze, nel trattamento dei dirigenti, che non sono sottoposti al regime della responsabilità amministrativa.

Al contrario, in Italia, la formula delle società per azioni totalmente o parzialmente pubbliche, adottata in un primo momento come strumento di passaggio alla privatizzazione sostanziale che poi spesso

non si è verificata, ha dato vita a un regime ibrido, visto con sfavore dalla Corte di giustizia europea per alcuni profili equivoci, come la *golden share*, e progressivamente anche dalla giurisprudenza nazionale (ad esempio con interpretazioni estensive della natura di organismo di diritto pubblico e delle implicazioni che ne derivano, e nel contempo restrittive sulla possibilità di partecipare a gare o di ricevere l'affidamento diretto; e ancora con l'introduzione della responsabilità amministrativa che si somma a quella civile, e con vincoli nel reclutamento del personale). La legislazione ha poi consolidato ed esteso questi orientamenti, con il risultato che questi organismi, in passato definiti “enti di privilegio”, vengono ormai considerati “enti di sfavore”.

L'orientamento di sfavore viene poi accentuato da un indirizzo assunto dall'Autorità nazionale *antitrust* la quale, nel considerare i profili di sua competenza nei comportamenti delle imprese operanti nel territorio nazionale, fa l'errore di non prendere in alcuna considerazione il profilo della dimensione effettiva del mercato (ormai prevalentemente europea se non mondiale).

Emblematica in tal senso è la recente segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (1 giugno 2009, AS528) sulla “definizione del servizio universale nel trasporto ferroviario e affidamento dei conseguenti oneri di servizio”, nella quale l'Autorità prende atto che la recente normativa nazionale (art. 61 DDL n: 1195 approvato dal Senato il 14 maggio 2009 e le altre norme ivi richiamate) esclude la necessità del ricorso alla gara per l'affidamento della gestione del trasporto ferroviario, e ciò conformemente alla normativa europea (Reg CE n. 1370/2007, art. 5 c. 5). L'autorità conclude per altro, con una serie di considerazioni, nel senso della opportunità della gara (o forse, lascerebbe intravedere, della necessità della stessa). Al di là del merito delle argomentazioni addotte, è significativo che, nell'assumere

questo orientamento (analogo a quello adottato ad esempio, ancora recentemente, in materia di gas e di elettricità) l’Autorità prescinde totalmente dall’esaminare la situazione in atto in altri Paesi potenzialmente concorrenti alla quale dedica un fugace riferimento ove prende atto della “minore entità di finanziamenti pubblici (in Italia) in confronto a quelli di altri paesi europei, in particolare Germania e Francia”.

E’ vero che l’Autorità è competente solo in materia di mercato nazionale ma dovrebbe allora ritrarsi nei contesti nei quali il mercato ha dimensioni diverse o almeno tenere in considerazione le implicazioni che ne derivano. Altrimenti l’effetto, certamente non voluto, è quello di determinare uno svantaggio competitivo per le imprese nazionali.

L’analisi di altri settori conferma questa situazione, anche se manca al riguardo una informazione adeguata perché non si è dedicata al fenomeno una sufficiente attenzione. Le ricerche che abbiamo effettuato sono ancora parziali ma mettono già in evidenza dati particolarmente significativi.

Nella scheda allegata, curata da G.M. Caruso e F. Dinelli, si mettono in evidenza una serie di asimmetrie normative a svantaggio delle imprese nazionali e in particolare si sottolinea che

- l’ultima riforma dei servizi pubblici (art. 23 bis DL. 112/2008) limita la possibilità dell’affidamento in *house* in misura maggiore di quanto faccia la legislazione di altri Paesi europei.

Aggiungo che la liberalizzazione viene estesa anche al settore dell’acqua che viene così aperto alla concorrenza delle imprese (in particolare a quella della *Societè générale d’eau*).

Il regolamento che ancora deve essere emanato può contenere ancora una serie di opzioni importanti. Va osservato al riguardo che la norma prevede (punto f) “l’applicazione del

principio di reciprocità ai fini dell’ammissione alle gare di imprese estere”. La bozza di regolamento restringe il principio alle “imprese estere non appartenenti a Stati membri dell’Unione europea”; ciò determina un evidente squilibrio normativo;

- la normativa nazionale sul settore energetico pone indubbiamente gli operatori nazionali in condizioni di sfavore, in particolare rispetto a quello francese (grado di apertura del mercato, tetti antitrust, separazione rete-produzione, *golden share*, ambiti di monopolio);

- in materia alimentare le imprese italiane produttrici di pasta erano costrette dalla normativa nazionale a usare soltanto determinati ingredienti, ma erano esposte alla concorrenza delle imprese degli altri paesi che invece potevano utilizzarne molti altri. Qui si è avuta una importante sentenza della Corte Costituzionale (443/1997) che ha dichiarato illegittima la norma nazionale. Il principio potrebbe essere utilizzato anche con riferimento alla reciprocità con imprese di paesi U.E.;

- nel sistema francese (ma anche in quello tedesco e spagnolo, fino a poco tempo fa) le imprese che gestiscono il servizio postale non sono considerate organismi di diritto pubblico in quanto svolgono attività industriale e commerciale. La conseguenza è che non sono tenute a fare le gare.

Le ultime direttive in materia di appalti risolvono il problema inserendo il settore postale fra quelli “*ex esclusi*” ma è significativa la norma contenuta nella direttiva che consente agli Stati di mantenere per questo settore il regime precedente; c’è da ritenere che la Francia possa avvalersene per escludere dalle gare il proprio operatore postale.

Il settore postale si sta aprendo alla concorrenza e il principale competitore in Germania, Italia e Inghilterra è la TNT olandese che, in veste privata, si sta inserendo nei segmenti più redditizi e utilizza personale sottopagato rispetto a quello

dell'operatore nazionale (30% in meno in Germania; 25% in Inghilterra). Anche a questo proposito mancano informazioni.

Da questo, pur incompleto, quadro informativo, emerge con chiarezza che gli operatori nazionali sono sfavoriti rispetto a quelli dei paesi concorrenti.

Questo squilibrio può essere ulteriormente accentuato dall'ultima evoluzione nella quale, per far fronte alla crisi economica, si procede alla nazionalizzazione di banche e imprese. Il *Fonds stratégique d'investissement* recentemente creato in Francia come società della Cassa depositi e prestiti e nel quale sono confluite le partecipazioni azionarie dello Stato in *Air France* e *Renault* è molto simile alla formula organizzativa dell'IRI. Simile è anche l'idea del carattere temporaneo delle nazionalizzazioni che, come è noto, accompagnò la nascita dell'IRI. Chi conosce bene il sistema dei gruppi di imprese sa che, nonostante le norme sulla trasparenza nei rapporti fra Stato e imprese pubbliche, i rapporti infragruppo sono tali da sfuggire a ogni forma di controllo efficace.

Dovremmo conoscere meglio le caratteristiche del Fondo speciale per la stabilizzazione del mercato finanziario creato in Germania con legge dell'ottobre 2008 e del Fondo per l'acquisto di *assets* finanziari istituito in Spagna con DL n. 6 del 2008.

E' chiaro che la risposta a questi fenomeni non può essere quella di avallare il crescente protezionismo e di auspicare una nuova e indiscriminata espansione del settore pubblico. Ma non può essere neppure quella di continuare a indebolire il sistema nazionale rispetto a quello di Paesi concorrenti.

I sistemi sub-continentali (USA, Cina) hanno più strumenti per porre in essere una politica economica rispetto a una Europa ancora solo preoccupata di salvaguardare gli equilibri interni fra gli Stati

membri. Nel confronto fra questi ultimi l'Italia occupa una delle posizioni più deboli.

La risposta deve essere quindi articolata e comprendere:

- un più forte impulso per una politica europea, come proposto da Tremonti e da Prodi per strumenti di credito europei e cercando di dar vita a organismi europei di intervento e regolazione (reti europee, autorità di livello U.E.);
- un contrasto alle politiche protezionistiche come quelle espresse nel “*Buy American*” (Febbraio 2009). Potrebbe essere l'occasione per rinegoziare un nuovo modo d'essere del WTO non più improntato a una logica di liberismo estremo ma neppure vanificato da politiche regressive. Le ragioni della affermazione del mercato globale sono anzitutto tecnologiche e quindi vanno regolate, non contrastate;
- un clima culturale e politico che, evitando il ricorso al protezionismo, eviti nel contempo l'inconsapevole cedevolezza che comporta orientamenti normativi e giurisprudenziali di sfavore unilaterale rispetto agli operatori di altre nazioni;
- una più adeguata informazione a livello comparato, anche con apposite ricerche che contribuiscano ad acquisire consapevolezza delle dinamiche in atto.

CASI DI TRATTAMENTO DIFFERENZIATO TRA STATI NELLA DISCIPLINA DELL’INTERVENTO PUBBLICO DELL’ECONOMIA.

Gli aiuti di Stato di cui all’art. 87 TCE non sono altro che una delle possibili modalità con cui gli Stati possono assicurare un vantaggio competitivo alle loro imprese nazionali e pertanto vanno valutati congiuntamente alle ulteriori misure.

Questi alcuni dei principali settori in cui si riscontrano i più significativi esempi di asimmetria fra le varie discipline nazionali.

- liberalizzazioni
- determinazioni di standard
- evidenza pubblica

LIBERALIZZAZIONI.

Servizi pubblici locali: con la riforma dei servizi pubblici locali realizzata attraverso l’art. 23-*bis* del D.L. n. 112 del 2008, il legislatore italiano va oltre quanto affermato dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia CE in ordine alla piena equivalenza ed alternatività tra i modelli gestori rappresentati dall’esternalizzazione a terzi con gara e dall’*in house providing*. Mentre la Corte di Giustizia, infatti, non si è mai espressa nel senso che il ricorso all’*in house* è legittimo soltanto se non è possibile ricorrere al mercato, il legislatore interno ha stabilito esattamente il contrario, e cioè che si può derogare alla regola generale dell’affidamento con gara del servizio solo “per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”.

Questa disposizione espone l’ordinamento interno alla penetrazione delle imprese straniere molto di più di quanto non avverrebbe nell’ipotesi in cui il mercato e l’*in house* venissero posti sullo stesso piano. È ovvio, infatti, che ad un maggior numero di gare corrispondono maggiori *chances* di aggiudicazione delle stesse da parte di imprese di altri Stati membri. Ricorrere con maggiore

disinvoltura all'in house, viceversa, significa adottare una politica più protezionistica.

La soluzione del legislatore italiano è persino più radicale di quella adottata da ordinamenti tradizionalmente più inclini alla valorizzazione delle istanze liberalizzatrici: basti pensare che in Inghilterra la scelta delle amministrazioni tra ricorso all'in house ed esternalizzazione è retta essenzialmente da motivazioni di ordine economico, afferenti la maggior convenienza nel caso concreto dell'una soluzione rispetto all'altra. In altri termini, il servizio interno viene posto a confronto con quello esterno.

Inoltre, va considerato che in Francia, l'esistenza di aziende municipalizzate sotto forma di enti pubblici, agevola il ricorso all'in house providing, assai più di quanto non avvenga nel nostro ordinamento con l'utilizzo di società di capitali.

Settore energetico: nel settore si sono registrate alcune tra le maggiori divaricazioni nella trasposizione delle direttive comunitarie volte alla liberalizzazione del settore. Il recepimento della normativa comunitaria si è quindi differenziato su una molteplicità di aspetti.

Fra le divergenze più significative si possono citare i seguenti profili (per approfondimenti v. articolo allegato sul settore energetico - G. Rossi, su volume di D. Velo).

- apertura del mercato dal lato della domanda: l'apertura del mercato elettrico è stata realizzata facendo leva sulla nozione di "clienti idonei". Tale categoria di soggetti, determinati sulla base di coefficienti di consumo stabiliti a livello comunitario, dispone della possibilità di scegliere un qualsiasi operatore per la fornitura del servizio. La disciplina comunitaria prevedeva la possibilità di estendere la qualifica di clienti idonei abbassando i coefficienti di consumo, in modo che il grado di liberalizzazione del settore potesse essere commisurato al numero dei clienti idonei.

Quasi tutti i paesi hanno elevato il grado di apertura del mercato. Così la Germania ha previsto sin dal 1998 che, indipendentemente dalla soglia di consumo, qualsiasi soggetto può essere definito come cliente idoneo. La Spagna ha adottato un sistema progressivo che ha comportato che già al 2003 tutti

gli utenti potessero essere considerati come clienti idonei. Anche l'Italia ha adottato un sistema progressivo.

Differente la soluzione adottata da Francia, Grecia e Lussemburgo, i quali hanno aperto il mercato solo entro i limiti minimi previsti dalla normativa comunitaria. Inoltre, in Francia dietro le norme inerenti alla durata minima legale dei contratti di fornitura dei clienti idonei, sembra celarsi l'intento di tutelare l'operatore dominante.

La disomogenea apertura dei mercati nazionali si è tradotta in uno svantaggio competitivo ai danni degli operatori di quegli Stati ove è stata realizzata una significativa liberalizzazione.

- Imposizione dei c.d. tetti *antitrust*. Alcuni Paesi hanno adottato misure volte a ridurre il potere di mercato degli ex monopolisti, imponendo complesse operazioni di disarticolazione dell'intera filiera produttiva. Fra gli interventi più significativi, va menzionato l'art. 8 della legge 79/1999, che ha previsto che nessun soggetto possa produrre o importare più del 50% del totale di energia elettrica prodotta e importata in Italia. Ancora più rigorosa la normativa britannica, ove il legislatore ha imposto il divieto di produrre più del 15% dell'energia complessivamente distribuita.
- Separazione fra gestore della rete e imprese produttrici. La Francia ha optato per un regime di recepimento minimale, in quanto la RTE - *Reseau de transport de l'électricité*, che sebbene indipendente sotto il profilo gestionale si configura come una semplice divisione di EdF. In Italia si è scelto un sistema di separazione proprietaria che è stato interpretato dalla giurisprudenza in termini rigorosi, fino ad impedire la concentrazione in capo al medesimo soggetto di partecipazioni nel gestore della rete e in imprese che operano nel settore. In Gran Bretagna la rete è gestita da *National Grid company*, società privata indipendente dagli altri operatori di mercato.
- Golden share e concentrazioni societarie. Emblematico è il diverso esito delle vicende italiana e francese relative al tentativo di mantenimento del controllo pubblico sulle imprese operanti nel settore.

Il caso italiano si è manifestato relativamente a AEM - EDISON e EdF, quando quest'ultima ha tentato di acquisire

una rilevante partecipazione in EDISON attraverso un articolato intreccio di operazioni societarie e un'offerta pubblica di acquisto. Al fine di mantenere un significativo controllo sulle imprese interessate dal travagliato processo di privatizzazione in atto, l'Italia ha adottato misure legislative volte ad una rilevante diminuzione dei diritti di voto esprimibili in seno all'assemblea dei soci nei confronti di particolari soggetti. Segnatamente, con il D.L. 25 maggio 2001, n. 192 il Governo è intervenuto limitando al 2%, indipendentemente dall'effettiva entità della partecipazione, i diritti di voto relativi alle partecipazioni di imprese operanti nel settore dell'elettricità e del gas se pubbliche, non quotate e titolari di una posizione dominante. Seppur EdF non fosse menzionata, è indubbio che la normativa anzidetta aveva come riferimento situazioni analoghe a quella dove si trovava coinvolta la società francese, che vedeva così drasticamente sterilizzata la propria partecipazione in EDISON. Sennonché la misura richiamata non è sopravvissuta alla sentenza 2 giugno 2005, C-174/04, con cui la Corte di Giustizia ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 56 del TCE (libera circolazione dei capitali). I successivi tentativi del legislatore italiano volti a mantenere il controllo sulle imprese pubbliche hanno avuto un epilogo analogo¹.

Rappresentativo al riguardo è il raffronto con l'esperienza francese laddove, non appena conosciuta l'intenzione dell'ENEL di realizzare un'OPA destinata a controllare SUEZ e ad acquisire attraverso questa la società ELECTRABEL, si è optato per la fusione di SUEZ on GAZ DE FRANCE attraverso uno scambio di azioni alla pari. L'operazione, che fu giustificata dal fine di conformare l'operatore francese alla politica dei c.d. «campioni nazionali», nascondeva un palese intento di contenimento della scalata dell'operatore italiano.

- Monopolio sulla produzione nucleare. Le norme francesi affidano a EdF il monopolio legale della produzione nucleare.

¹ Sul punto, da ultimo, v. la sentenza della Corte di giustizia 26 marzo 2009, causa C-326/07, che sempre relativamente ad una vicenda sorta con riferimento a AEM – EDISON, ha comportato la dichiarazione di illegittimità comunitaria dell'art. 2449 c.c. relativo al potere di nomina di cui dispone lo Stato, indipendentemente dall'entità della partecipazione azionaria, con riferimento agli amministratori delle società per azioni.

CONDIZIONI DI SFAVORE DERIVANTI DALL’IMPOSIZIONE DI STANDARD DIFFERENZIATI

In materia ambientale: Il caso emblematico (sul punto, v. de Leonardis, *Il principio di precauzione*) è quello afferente ai limiti di tollerabilità nel campo delle emissioni di onde elettromagnetiche.

I limiti stabiliti sulla base del principio di precauzione da parte dell’OMS nella maggior parte degli Stati sono stati oggetto di un mero recepimento. In Inghilterra, negli Stati Uniti e in Olanda, i limiti sono stati significativamente innalzati, mentre altri Stati si sono premurati di introdurre una disciplina più rigorosa. Fra questi, l’Italia ha addirittura ridotto di oltre dieci volte i limiti di emissione di onde elettromagnetiche stabiliti dall’OMS.

In materia alimentare: anche nel settore alimentare, la differenza tra le normative tecniche nazionali può comportare significative sperequazioni tra le imprese concorrenti. Un caso divenuto celebre a seguito di una importante sentenza della Corte costituzionale è quello della pasta. Il legislatore italiano prevedeva l’impiego necessario ed esclusivo del grano duro, mentre negli altri Paesi era consentito anche quello del grano tenero. Illegittimo essendo il divieto di importazione previsto dall’Italia, si è venuta a creare la situazione per cui i produttori interni erano costretti a servirsi del grano duro mentre i loro concorrenti di altri Paesi potevano praticare prezzi più bassi grazie all’utilizzo del grano tenero. Si trattava di un tipico esempio di discriminazione alla rovescia. La Corte costituzionale ha censurato pertanto la norma interna che prescriveva l’utilizzo esclusivo del grano duro con la sentenza 443 del 1997.

ORGANISMI DI DIRITTO PUBBLICO

In Francia, l’art. 25, della legge 2 luglio 1990, n. 568, come modificato dalla l. 31 dicembre 2003, n. 1365, a proposito dell’attività contrattuale di *La Poste* afferma che: «*les relations de La Poste avec ses usagers, ses fournisseurs et les tiers sont régies par le droit commun. Les*

litiges auxquels elles donnent lieu sont portés devant les juridictions judiciaires, à l'exception de ceux qui relèvent, par leur nature, de la juridiction administrative». L'art. 25 è peraltro indicato dal successivo art. 27 (modificato a sua volta dalla legge 20 maggio 2005, n. 516) come il parametro cui il Consiglio d'Amministrazione dovrà ispirarsi nel definire le procedure di conclusione e di controllo dei contratti da stipulare. Orbene, non sembra affatto agevole comprendere quale peso conferire a siffatte disposizioni nel contesto regolamentato in cui *La Poste* è chiamata ad operare alla luce delle direttive comunitarie sugli appalti.

Non si ritiene che il contraddittorio assetto normativo francese rappresenti una forma di inadempimento in sede di ricezione delle direttive comunitarie. Senz'altro però, la moltiplicazione delle figure organizzative, determinata dall'incapacità di abbandonare le categorie del diritto interno, costituisce un rilevante ostacolo al promanarsi dell'effetto utile che le disposizioni europee dovrebbero produrre nel territorio del singolo Stato-membro.

Inoltre, appare evidente il ritardo con cui si è data attuazione nel Paese transalpino alle direttive sugli appalti pubblici, atteso che la prima compiuta revisione dei testi normativi nazionali si è in effetti avuta solo nel dicembre 2001, ossia a quasi dieci anni di distanza dall'intervento della Direttiva 92/50/CE relativa agli appalti di servizi. Anche tale circostanza, se aggiunta alle contraddizioni che attualmente attraversano il sistema francese della contrattualistica, non può risultare neutra laddove si verifichi il grado di effettività con cui il diritto comunitario degli appalti riesce oggi a penetrare nell'ambiente giuridico d'oltralpe. In questo senso, l'ordinamento italiano si presenta come l'esempio migliore per dimostrare quanto difficile e lungo sia l'assorbimento delle nozioni giuridiche comunitarie.

Peraltro, la stessa giurisprudenza sinora sviluppatasi in Francia si palesa ancora strettamente legata alle categorie giuridiche nazionali, sebbene taluni orientamenti siano stati elaborati proprio con l'obiettivo di imporre più puntualmente gli obblighi di evidenza pubblica.

Ci si riferisce, in particolare, agli indirizzi interpretativi, in seguito riprodotti in norme di diritto positivo, sulle cui basi sono stati assoggettati al *Code des marches publics*, figure quali gli enti pubblici di cooperazione intercomunale dal carattere puramente

funzionale, gli uffici pubblici e le società che agiscono nel campo dell'edilizia popolare (HLM)², oltre alle Società ad economia mista (SEM)³. Nella medesima direzione si muove la teoria, elaborata in sede giurisprudenziale, in ordine al cosiddetto "mandato" pubblicistico, sia esplicito che tacito. Grazie ad essa infatti, i Giudici d'oltralpe hanno attratto nell'orbita del *Code* altresì quei soggetti che si trovano a stipulare contratti con i terzi, al fine di attuare l'incarico di interesse generale ricevuto da una Pubblica Amministrazione in forme espresse ovvero implicite. In tali situazioni, gli operatori mandatarî sono stati definiti come delle figure "trasparenti", dietro le quali altro non sussisterebbe se non il potere che, in quanto tale, sarebbe naturalmente tenuto a rispettare le norme dell'evidenza pubblica. Sono celebri, in particolare, le pronunce sul *mandat tacit* intervenute, inizialmente, in materia di concessioni aventi ad oggetto la costruzione di strade ed autostrade. In particolare, si ricorda la sentenza *Peyrot*⁴, nella quale si afferma che la costruzione di strade nazionali è compito che appartiene «*par nature*» allo Stato e pertanto i contratti stipulati per tali opere rilevano necessariamente per il diritto pubblico, indipendentemente dalla natura del concessionario (**Fonte: articolo di Gualtieri su servizi pubblici e appalti**).

-

² Cfr. *supra*, nota 96.

³ L'art. 48, l. 29 gennaio 1993, relativa alla prevenzione della corruzione ed alla trasparenza della vita economica e dei procedimenti amministrativi (cd. *Loi Sapin*) ha provveduto ad assoggettare le società HLM e le Società ad economia mista ai principi di pubblicità e di *mise en concurrence* previsti dal *Code de Marchés publics*. Sul punto, cfr., fra gli altri, C. LAJOYE, *Droit des marchés publics*, Parigi, 2005, 38.

⁴ Cfr. *T. confl.*, 8 luglio 1963, *Peyrot* in *AJDA*, 1963, 463 ss. e in *JCP*, 1963, con nota di J. M. AUBY. Cfr. altresì *Cons. Et.*, 30 maggio 1975, *SERM*, in *AJDA*, 1975, 375. L'orientamento sul *mandat* è stato peraltro esteso alla costruzione di tunnel: cfr. *Cons. Et.*, 24 aprile 1968, *Tunnel Mont Blanc*, in *Rec.*, 255; e alla costruzione di viadotti: cfr. *Cass. civ.*, 10 maggio 1983, in *Bull. civ.*, 145/1983, 126. Cfr., altresì, *T. confl.*, 12 novembre 1984, *Tunnel de Ste Marie aux Mines*, in *Rec.*, 535. Sul punto, si rinvia, fra gli altri, a C. LAJOYE, *cit.*, 38 ss.; G. F. BRISSON, *ult. op. cit.*, 238 ss.