

LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE DANS LA GESTION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX EN ITALIE

Le décret-loi du 30 septembre 2003, n. 269 et la loi du 24 décembre 2003, n. 350 (*loi de Finances pour 2004*) ont introduit des nouveautés fondamentales sur la matière de les sociétés d'économie mixte en vue de prendre en compte les observations formulées le 26 juin 2002 par la Commission Européenne à l'encontre de l'Italie dans sa lettre de mise en demeure adressée dans le cadre de la procédure d'infraction prévue à l'art. 226 du Traité CE.

L'article a la finalité de évaluer la compatibilité du nouveau régime juridique avec le droit communautaire.

L'article est développé en tenant compte : (i) du contexte juridique dans lequel s'insèrent les sociétés à capital mixte public-privé; (ii) du régime juridique auquel sont soumises les sociétés à capital mixte pour les services publics locaux ; (iii) de la compatibilité des principaux aspects du droit italien (notamment les règles en matière d'attribution du service et du choix de l'associé et d'exécution des travaux publics et de l'activité extraterritoriale, c'est-à-dire la participation aux appels d'offre en dehors de son propre territoire) avec le droit communautaire.

LE SOCIETA' A CAPITALE MISTO PUBBLICO PRIVATO NELLA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI IN ITALIA.

Il decreto legge 30 settembre 2003, n. 269 e la legge n. 24 dicembre 2003, n. 350 (c.d. *legge Finanziaria per il 2004*) hanno introdotto delle novità di grande rilievo sulla disciplina delle società a capitale misto pubblico privato allo scopo di adeguare e superare i rilievi che la Commissione Europea aveva formulato all'Italia con l'atto di messa in mora del 26 giugno 2002, nell'ambito della procedura di infrazione prevista dall'art. 226 del Trattato CE.

L' articolo ha la finalità di valutare la compatibilità della nuova disciplina con il diritto comunitario. Per questo motivo, vengono presi in considerazione: (i) il contesto normativo in cui si collocano le società a capitale misto pubblico privato; (ii) il regime giuridico delle società miste nei servizi pubblici locali; (iii) la compatibilità della normativa italiana con il diritto comunitario affrontando i principali problemi (quali quelli dell'affidamento del servizio e della scelta del socio, quello dell'esecuzione di lavori pubblici e quello dell'attività extraterritoriale ossia della partecipazione alle gare al di fuori del proprio territorio).

LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE DANS LA GESTION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX EN ITALIE *

par Pio G. Rinaldi

1. Introduction, objet et finalité de l'intervention. 2. Le cadre juridique de référence. Les facteurs de complexité : (a) la succession rapide des lois de réforme des services publics locaux ; (b) la réforme de la seconde partie de la Constitution Italienne et l'intervention de la Cour Constitutionnelle (arrêt n. 272/04). 3. Les services publics locaux et les sociétés à capital mixte public-privé. 4. La compatibilité du droit des sociétés à capital mixte public-privé avec le droit communautaire. 5. Les sociétés à capital mixte public-privé et l'attribution de travaux publics. 6. L'activité extraterritoriale des sociétés à capital mixte public-privé. 7. Un régime transitoire complexe. 8. Conclusions. Remarques critiques et de synthèse.

1. Introduction, objet et finalité de la l'intervention.

La présente intervention a pour objet l'étude de la société à capital mixte public-privé dans la gestion des services publics locaux en Italie.

La société à capital mixte public-privé est régie par le Texte Unique sur les Collectivités locales du 2000, (ci-après dénommé T.U.E.L., art. 112 et ss.), qui a récemment été modifié par le législateur, d'abord par le décret-loi du 30 septembre 2003, n. 269 (converti par loi du 24 novembre 2003 n. 326), puis par la loi du 24 décembre 2003, n. 350 (*loi de Finances pour 2004*), et ce en vue de prendre en compte les observations formulées le 26 juin 2002 par la Commission Européenne à l'encontre de l'Italie dans sa lettre de mise en demeure adressée dans le cadre de la procédure d'infraction prévue à l'art. 226 du Traité CE.

Aussi le « point de vue » choisi sera-t-il celui de la compatibilité avec le droit communautaire.

L'intervention sera ainsi articulée en tenant compte, en premier lieu, du contexte juridique dans lequel s'insèrent les sociétés à capital mixte public-privé ; en second lieu, du régime juridique auquel sont soumises les sociétés à capital mixte pour les services publics locaux et en troisième lieu, de la vérification de la compatibilité des principaux aspects du droit italien (notamment les règles en matière d'attribution du service et du choix de l'associé et d'exécution des travaux publics et de l'activité extraterritoriale, c'est-à-dire la participation aux appels d'offre en dehors de son propre territoire) et du droit communautaire ; enfin, on fera place aux considérations conclusives.

* Intervention dans le cadre du Colloque "Etudes sur l'économie mixte et les sociétés d'économie mixte – Visions économiques, historiques, managériales et juridiques (regards croisés du droit public et du droit privé)", organisé sous la direction de M. S. GUERARD par le CERAPS - Université de Lille II, avec le concours de CNRS-IFRESI, GRALE, Lille 16 – 17 septembre 2004.

2. *Le cadre juridique de référence. Les facteurs de complexité : (a) la succession rapide des lois de réforme des services publics locaux ; (b) la réforme de la seconde partie de la constitution italienne et l'intervention de la Cour Constitutionnelle (arrêt n. 272/04).*

Par rapport aux normes précédemment en vigueur, la loi du 24 novembre 2003 et la loi de Finances pour 2004 introduisent des nouveautés fondamentales : (a) le système relatif aux services publics et aux interventions publiques locales est entièrement fondé sur la distinction entre services publics à caractère économique et services publics dépourvus de caractère économique (et non plus sur la distinction traditionnelle entre services publics industriels et non industriels) ; (b) la protection de la libre concurrence est considérée comme le principe de base des dispositions relatives aux modalités de gestion et d'attribution des services publics locaux à caractère économique, lesquelles sont expressément définies par le législateur comme « impératives et complémentaires des normes de secteurs » (cf. art. 113, alinéa 1, d.lgs n. 267/00, ci-après dénommé T.U.E.L.) ; (c) un régime transitoire complexe a été introduit pour les attributions en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi de réforme du 24 décembre 2003.

Avant d'examiner le régime introduit par les récentes lois de réforme, il faut noter que l'interprétation du cadre juridique de référence relatifs aux sociétés à capital mixte public-privé est conditionnée par deux facteurs de complexité : (a) la succession rapide des lois de réforme des services publics locaux ; (b) l'entrée en vigueur de la réforme de la seconde partie de la Constitution Italienne.

(a) Le premier élément est constitué par les interventions frénétiques du législateur en vue de réformer le droit des services publics locaux et des sociétés à capital mixte public-privé.

En effet, rien qu'au cours des quatorze dernières années, et ce depuis la loi de 1990 (loi sur l'organisation des collectivités locales autonomes) – qui envisage pour la première fois les sociétés à capital mixte public-privé comme un mode de gestion des services publics locaux (cf. art. 22 loi n. 142/90) –, les interventions du législateur ont été répétées et souvent même contradictoires : au cours des quatre dernières années les règles applicables aux services publics locaux, et par conséquent aux sociétés à capital mixte public-privé, ont été modifiées d'abord par l'art. 35 de la loi 28 décembre 2001 n. 448 (*loi de Finances pour 2002*)¹, puis par le décret-loi du 30

¹ Sur l'art. 35 de la loi n. 448/01 v. avant tout le numéro de *Dir. Regione*, 4/2002 et les contributions de A. VIGNERI, *Servizi pubblici locali al bivio*, p. 561 e ss. et de V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, p. 637 ; L. BENVENUTI, *Discrezionalità amministrativa e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Dir. Regione*, 2002, p. 331 ; G. DI GASPARE, *I servizi pubblici locali verso il mercato*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, p. 797 e ss ; M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 218 et ss.; L.R. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. n. 448 del 2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. Amm.*, 2002, p. 576 et ss. ; P. ROSSI, *Liberalizzazione dei servizi pubblici locali e antitrust*, Milano, 2003, p. 87 et ss. ; M. MAZZARELLI, *Il nuovo assetto dei servizi pubblici locali*, Rimini, 2002 ; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milan, 2003, p. 93 et ss. ; ainsi que *La riforma dei servizi pubblici locali (art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448)*, sous la direction de A. TRAVI, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1-2/2004, p. 9 et ss.

septembre 2003, n. 269 converti par la loi 24 novembre 2003 n. 326, pour être finalement rectifiées par la loi du 24 décembre 2003, n. 350 (*loi de Finances pour 2004*)².

Considérée séparément, chacune de ces interventions a comme objectif la résolution de problèmes ponctuels et l'ajustement des dispositions aux exigences naissant des normes italiennes déjà en vigueur ; il faut toutefois relever que ces interventions prises globalement ont été réalisées sans tenir aucun compte du cadre juridique général dans lequel elles devaient s'insérer.

En outre, il faut ajouter que les règles précédemment en vigueur (v. art. 35, alinéa 16 de la loi n. 448/01) reportaient l'application de la réforme et la détermination des services à caractère industriel et dépourvus de caractère industriel à un règlement prochain du gouvernement qui n'a jamais été édicté³.

Une situation d'incertitude s'est donc créée, caractérisée notamment par la présence de dispositions difficilement conciliables et parfois même contradictoires. Cette situation a contraint les collectivités locales à revoir et modifier plus d'une fois les décisions déjà adoptées relativement aux schémas d'organisation sociétaire, et ce sans leur permettre en outre d'évaluer les effets qui, à moyen et long terme, dériveraient dans l'ensemble de chacune des interventions du législateur⁴.

(b) Un second facteur de complexité tient aux importantes modifications apportées par la loi constitutionnelle du 18 octobre 2001 n. 3, loi qui a modifié les dispositions du Titre V de la seconde partie de la Constitution Italienne de 1948, et ce notamment en procédant à la redistribution des fonctions législatives entre l'État et les Régions (v. art. 117 Const.) et à l'attribution progressive des fonctions administratives aux Communes, aux Départements, aux Villes métropolitaines, aux Régions et à l'État sur la base des principes de subsidiarité, de conformité et de différenciation (v. art. 118 Const.).

En effet, le nouvel article 117, alinéa 2, de la Constitution inclut dans les matières appartenant à la compétence législative exclusive de l'État « *la détermination des niveaux essentiels de prestations concernant les droits civils et sociaux* » (lett. m), les « *fonctions fondamentales des Communes, Départements et Villes métropolitaines* » (lett. p) et la « *protection de la libre concurrence* » (lett. e), sans y introduire les « *services publics locaux* », lesquels relèvent aujourd'hui de la compétence législative de la Région (ex art. 117, alinéa 4 Const.), sauf pour ce qui concerne les aspects se reportant aux matières suscitées relevant de la compétence législative étatique⁵.

² Sur ce point M. DUGATO, *Legge collegata alla Finanziaria 2004 e pubblica amministrazione. La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, p. 121 et ss.

³ Sur ce point v. plus en détail A. TRAVI, *La riforma dei servizi pubblici locali (art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448)*, Note introduttive, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1-2/2004, p. 9 et ss.

⁴ Enfin, d'un point de vue différent, la réforme du droit des sociétés adoptée par le d.lgs 6 janvier 2003, n. 6 (ayant modifiés notamment les dispositions des articles 2449 et 2450 cod. civ.) influe, même si c'est de manière limitée concernant le droit administratif, sur la société publique.

⁵ Sur ce point, voir pour la problématique M.A. CABIDDU, *La riforma dei servizi pubblici locali tra Stato e regioni*, in A. TRAVI (aux soins de), *La riforma dei servizi pubblici locali (art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1-2/2004, pp. 59-60.

Le problème principal est venu du fait que, dans les lois de réforme du 24 novembre 2003 et du 24 décembre 2003 (*loi de Finances pour 2004*), le législateur n'a pas tenu compte de cette nouvelle répartition des compétences prévue par la loi constitutionnelle de 2001 et a donc régi de manière ponctuelle les modalités de gestion des services publics locaux à caractère économique comme de ceux dépourvus de caractère économique.

Ainsi examinant la question de constitutionnalité soulevée par la région Toscane, la Cour Constitutionnelle, dans son arrêt du 27 juillet 2004⁶, après avoir relevé que « *la légitimité de l'intervention étatique (en la matière) se fonde sur la protection de la libre concurrence prévue par l'art. 117, second alinéa, lettre e), de la Constitution* »⁷, a déclaré l'inconstitutionnalité :

a) de l'art. 113 alinéa 7 du T.U.E.L. qui « *introduit un régime détaillé et d'application propre des services publics locaux "à caractère économique" ..., régime qui va au-delà de la protection des aspects concurrentiels concernant les passations de marché* », et ce au motif que cette disposition restreint l'autonomie régionale de manière illégitime, que cette restriction s'avère injustifiée et non proportionnelle à l'objectif poursuivi qui est la protection de la libre concurrence⁸ ;

b) de l'art. 113-bis du T.U.E.L., sur le régime de la gestion des services publics locaux "dépourvus de caractère économiques", et ce au motif que l'intervention du législateur étatique ne peut en aucun cas se fonder sur l'exigence de protection de la liberté de concurrence et constitue donc, sous cet aspect, une restriction illégitime de l'autonomie régionale et locale.

Par conséquent, cet arrêt de la Cour Constitutionnelle revient à considérer que les règles prévues par le T.U.E.L. relativement aux *services publics locaux à caractère économique*, étant donné qu'elles se rapportent à la protection de la libre concurrence, doivent être considérées comme impératives à l'encontre du législateur régional selon le critère de proportionnalité uniquement si elles se rapportent « à des

⁶ Cour Constitutionnelle, arrêt du 27 juillet 2004, n. 272, in www.lexitalia.it.

⁷ Selon le raisonnement suivi par la Cour Constitutionnelle dans sa décision n. 272/04, la protection de la libre concurrence « concerne les rapports concurrentiels sur le marché dans leur ensemble et n'exclut (donc) pas les interventions de soutien de l'Etat » et ce étant donné que « la protection ne peut être considérée uniquement de manière statique comme une garantie de régulation et de rétablissement des équilibres perdus mais doit aussi être considérée d'un point de vue dynamique, bien connu par le droit communautaire, justifiant la prise de mesures publiques en vue de réduire les déséquilibres et de favoriser les conditions d'un développement suffisant du marché ou d'instaurer des segments compétitifs » - Décision n. 272/04, point 3 des motifs.

⁸ En particulier selon la Cour, « le critère de proportionnalité est (donc) nécessaire afin de définir le champ d'application de la compétence législative de l'Etat en matière de « protection de la libre concurrence » et par conséquent la légitimité des interventions étatiques. En effet, s'agissant d'une matière-fonction, réservée à la compétence exclusive de l'Etat, laquelle n'a pas de frontières rigoureusement délimitées mais constitue pour ainsi dire une matière « transversale » (voir décision n. 407/2002) étant donné qu'elle touche une pluralité d'intérêts – dont certains appartiennent à la compétence concurrente ou résiduelle des Régions – tous liés aux développements économiques et productifs du Pays, il apparaît évident qu'il est nécessaire de se baser sur le critère de proportionnalité pour évaluer, dans les différentes hypothèses, si la protection de la libre concurrence justifie ou non les interventions législatives de l'Etat.

dispositions de caractère général qui régissent les modalités de gestion et d'attribution des services locaux »⁹, la compétence régionale et locale restant établie pour le reste. En revanche, pour les services locaux qui « *en considération de la personne qui les assure, des caractères et des modalités de la prestation et des destinataires, apparaissent dépourvus de "caractère économique"* », il existe « *une place pour un régime spécifique et adéquat de source régionale et même locale* »¹⁰ ; il s'ensuit que pour ces services des normes différentes selon les régions pourront coexister.

Les considérations faites jusqu'à maintenant relativement à ces deux facteurs de complexité devraient mettre en évidence la nécessité d'harmoniser les contradictions qui se présentent entre les diverses dispositions, et ce notamment à travers une interprétation systématique fondée sur les principes directeurs de la matière et sur les principes généraux posés par le droit communautaire.

3. *Services publics locaux et sociétés à capital mixte public-privé*

Quant à la gestion des *services publics locaux à caractère économique*, l'actuel art. 113 T.U.E.L. prévoit un système binaire qui permet aux collectivités locales de choisir entre un mode d'"externalisation" des services et un modèle de gestion publique directe (*in house providing*). Le premier fonctionne à l'intérieur du marché par le système de passation de marché, le second échappe en revanche à la concurrence et prévoit la gestion directe du service par une société à capital intégralement public à condition que : 1) la ou les collectivités publiques détentrices du capital social exercent sur la société un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services et que 2) la société réalise la part la plus importante de son activité avec la ou les collectivités publiques qui la contrôlent. Dans ce dernier cas, la volonté du législateur de conformer les normes italiennes au droit communautaire est évidente. En effet, les conditions requises pour la gestion *in house* sont intégralement transposées de l'arrêt *Teckal* de la Cour de Justice du 18 novembre 1999¹¹, arrêt qui a consacré le principe selon lequel le respect des normes et principes communautaires en matière de passation de marché de services et de gestion de services n'est pas requis dans l'hypothèse d'une gestion du service par une personne qui ne s'identifie pas comme un « tiers »¹² par rapport à la collectivité locale et ce dans le cas de délégation interorganique ou de gestion dite *in house*.

⁹ Cour Constitutionnelle, décision n. 272/2002, point 3 en droit.

¹⁰ Cour Constitutionnelle, décision n. 272/2002, point 4 en droit.

¹¹ Cour de Justice des Communautés européennes, 18 novembre 1999, *Teckal s.r.l. / Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, (Affaire C-197/98, in *Recueil* p. I – 8121).

¹² Le principe a été ensuite confirmé et réaffirmé dans l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Didi / Comune di Udine* (Affaire C-310/01) in *Urbanistica e Appalti*, 2003, p. 1144 et ss. note S. COLOMBARI.

Le recours à la société à capital mixte public-privé comme mode de gestion des services publics est expressément prévu par le T.U.E.L., mais seulement pour ce qui concerne l'exploitation du service.

L'art. 113, alinéa 5 du T.U.E.L. prévoit en effet que « *L'exploitation du service advient en conformité aux règles régissant le secteur et dans le respect des normes communautaires en attribuant le service ... b) à une société à capital mixte public-privé dans laquelle l'associé privé est choisi en vertu d'un appel d'offre selon une procédure publique qui garantit le respect des normes internes et communautaires en matière de concurrence selon les lignes directrices édictées par les autorités compétentes dans des décisions et circulaires spécifiques* ».

Les différences par rapport au droit précédent, posé par la loi de Finances pour 2002¹³, sont importantes : en effet, la possibilité de confier la propriété des réseaux, des équipements et autres avoirs patrimoniaux à des sociétés de capitaux dont les collectivités locales détiennent la majorité (incessibles) a été éliminée, de même qu'a été supprimée la possibilité de confier directement à des sociétés mixtes majoritairement détenues par les collectivités locales la gestion des réseaux, équipements et autres avoirs patrimoniaux. Au contraire, les sociétés à capital mixte public-privé redeviennent, ainsi que le prévoyait à l'origine la loi n. 142/90¹⁴, titulaire de l'exploitation directe du service. Toutefois, il est aussi à noter que l'obligation de la participation publique majoritaire des collectivités locales dans le capital des sociétés mixtes a été supprimée, si bien que la participation des collectivités pourra être minoritaire ou majoritaire. En outre, la référence à la dimension locale de la société mixte a aussi été éliminée si bien que les sociétés mixtes pourront être constituées et recevoir des participations par des personnes publiques ou privées différentes des seules collectivités locales situées dans le territoire où opère la société.

La comparaison entre le régime précédent et celui actuellement en vigueur amène à formuler quelques considérations et à poser une question.

Par rapport au régime défini dans la loi de Finances pour 2002, le recours au modèle de la société mixte pour la gestion des *services publics locaux à caractère économique* a été amplement remodelé par le législateur. En effet, le domaine d'activité de la société mixte a été réduit à la seule exploitation du service, il n'est donc plus permis de confier directement la gestion des réseaux et équipements à la société mixte dans laquelle la collectivité locale est majoritaire, et encore moins de transférer la propriété de ces derniers. Cet élément exprime une volonté de se conformer aux principes du droit communautaire. En revanche, l'attribution directe du service aux

¹³ Sur le droit des sociétés mixtes dans la loi de Finances 2002 v. G. SIGISMONDI, *Le società miste nella disciplina dell'art. 35 l. 20 dicembre 2001, n. 448*, in A. TRAVI (dir.), *La riforma dei servizi pubblici locali (art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1-2/2004, p. 32 et ss. et en particulier voir les observations p. 39.

¹⁴ Sur ce point voir M. CAMELLI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica locale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione* (dir. Centre d'Etudes Administratif de la Province de Come – Varenna Villa Monastero 21-23 septembre 1995), Milan, 1997, p. 129 ainsi que P. SABBIONI, *Les services public et l'état de droit en Italie*, in F. MODERNE – G. MARCOU, (sous la direction de), *L'idée de service public dans le droit des états de l'union européenne*, Paris, l'Harmattan, 2001, p. 259 e ss.

sociétés mixtes, aujourd'hui à nouveau possible, est permise à des conditions assurément moins strictes, étant donné que ces dernières pourront être constituées et recevoir des participations de personnes publiques ou privés différentes des collectivités locales sur le territoire desquelles la société opère. En outre la participation de la collectivité locale au capital de la société pourra être tantôt majoritaire, tantôt minoritaire.

En revanche, suite à l'arrêt n. 272/04 de la Cour Constitutionnelle, ces considérations ne peuvent valoir concernant les *services dépourvus de caractère économique*.

L'effet le plus significatif de la déclaration d'inconstitutionnalité de l'art. 113 bis T.U.E.L. (dans lequel la société mixte n'apparaît en aucun cas) rendue par la Cour Constitutionnelle consiste en la suppression du principe de spécificité des formes d'organisation des services dépourvus de caractère économique¹⁵ identifiées par le législateur national dans l'art. 113 bis et dans la possibilité s'ensuivant que lesdits services soient régis par des décisions régionales et même locales¹⁶.

Il est donc désormais peu aisé de comprendre s'il est possible ou non de recourir au modèle d'organisation de la société mixte pour la gestion des services publics dépourvus de caractère économique.

Le principal obstacle dérive de l'absence dans le cadre normatif italien d'une définition législative du critère de « caractère économique du service ».

D'une manière générale, suite à la déclaration d'inconstitutionnalité de l'art. 113 bis T.U.E.L. de la Cour Constitutionnelle, il n'est pas à exclure que le législateur régional recoure au modèle de la société mixte pour l'exploitation de services dépourvus de caractère économique¹⁷, s'il adopte l'opinion, prévalente en doctrine¹⁸,

¹⁵ En ce sens, G. SCIULLO, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, in www.lexitalia.it, p. 5.

¹⁶ Cour Constitutionnelle n. 272/04, point 4 en droit.

¹⁷ Sur la question de la légitimité des sociétés sans but lucratif, voir C. IBBA, *Le società "legali"*, Turin, 1992 ; G. MARASA', *Le società senza scopo di lucro*, Milan, 1984. Sur les aspects sociétaires des sociétés mixtes voir G.F. CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali : profili societari*, in *Rivista delle Società*, 1998, p. 390 et ss. ; M.T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, dirigé par G.E. COLOMBO et G.B. PORTALE, VIII, Turin, 1992, p. 82 et ss. ; M. CENTONZE, *Le società miste : profili di diritto societario*, in A. TRAVI (dir.), *La riforma dei servizi pubblici locali (art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1-2/2004, p. 44 et ss. ; A. PERICU, *Impresa pubblica e obblighi di servizio*, Milan, 2001, p. 434 et ss., ainsi que F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, (en cours de publication) in *Dir. Economia*, 2004 ; concernant les sociétés par action dites de droit singulier v. C. IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle società per azioni*, dirigé par G.E. COLOMBO et G.B. PORTALE, VIII, Turin, 1992, p. 526 et ss. ainsi que l'important recueil de P. PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare : 1999-2003*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, p. 372 et ss..

¹⁸ Pour la thèse en vertu de laquelle le caractère économique se présente comme conséquence du modèle d'organisation choisi et adopté par l'administration pour l'organisation des services publics locaux v. et cf. A. PERICU, *Fattispecie e regime della gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale*, in www.aedon.it, n. 1/2002, selon lequel « en raisonnant à partir du modèle d'organisation (du module de gestion) choisi, il est possible, a posteriori, d'établir des limites à l'intervention des collectivités locales dans le secteurs des services dépourvus de caractère industriel. En effet, si la collectivité choisit l'institution, elle s'oblige à fournir un service non économique, si en revanche elle choisit la société par action la finalité et l'activité ne peuvent être qu'objectivement à but lucratif et

selon laquelle le critère du caractère économique des services locaux est lié à l'adoption de la part de l'administration d'un modèle de gestion qui garantisse les revenus nécessaires pour couvrir au moins les coûts de production¹⁹. Cette position dérive notamment du fait que, à diverses reprises, la jurisprudence administrative a reconnu une nature différente à un même service public local, comme par exemple en matière des crèches²⁰. Cette opinion serait en outre confortée, en droit positif, par l'art. 116 T.U.E.L. (disposition qui n'a pas été déclarée inconstitutionnelle par la Cour Constitutionnelle étant donné qu'elle précède l'entrée en vigueur du nouveau Titre V Const.).

Il reste évidemment entendu que le recours à la société mixte comme modèle de gestion de services dépourvus de nature industrielle devra toujours advenir selon les principes du concours que la jurisprudence du Conseil d'Etat considère « *désormais comme principe immanent à respecter toutes les fois qu'il faudra choisir un opérateur privé pour exercer une activité pour le compte et dans l'intérêt de l'Administration Publique* » et ce même « *en l'absence d'obligation spécifiquement prévue par les textes* »²¹.

l'intervention sur le marché devra donc être compatible avec le statut concurrentiel de ce dernier », en particulier p. 6 e 7 ; G. PIPERATA, *I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali*, in www.aedon.it, n. 3/2003, p. 5 et en référence à la loi l. n. 142/90 et à la différence entre les services publics économiques et les services sociaux, voir la thèse de G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 1998, p. 948.

Mais l'idée selon la quel le service public est caractérisé par "un moment politique" ne pouvant être éliminé relativement au choix du modèle économique ou non économique de gestion d'activité, de bien ou de service avait déjà été avancée auparavant par F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII, 1970, Torino, p. 215 et ss.

Sur la nécessité de considérer la distinction entre les activités à caractère économique et les activités dépourvues de caractère économique en référence à la distinction plus générale entre liberté économique et non économique, v. en particulier les observations de C. MARZUOLI, *Istruzione : libertà e servizio pubblico*, in C. MARZUOLI (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, 2003, p. 14 e 15.

Sur le caractère relatif de la distinction, voir G. MARCOU, *Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche*, in A. BRANCASI (aux soins de), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, 2003, p. 314.

Sur le caractère relatif des activités pouvant être considérées comme relevant du service public local selon le contexte (économique, social et territorial) de référence, voir aussi M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001, p. 55, ainsi que ID. *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (dir.), *Trattato di diritto amministrativo speciale*, III, (IIa ed.), Milan, 2003, p. 2582.

¹⁹ Dans ce sens, le caractère économique recourrait aussi dans le cadre de services dépourvus de caractère économique chaque fois que l'administration déciderait d'opter pour la gestion de ces services au travers de société mixte ou d'entreprise spéciale, soit d'une forme d'organisation qui présente un but lucratif.

²⁰ Le service local des crèches a en effet été reconnu, sur la base de l'art. 128 du d.lgs n. 112/98, comme service spécifiquement social par le TAR Campania, Napoli, section. I, 30 avril 2004, n. 4203 alors qu'il a été exclu de la catégorie des services sociaux par le Conseil d'Etat, section V, 3 juillet 2003, n. 4003.

²¹ Conseil d'Etat, section V., 3 septembre 2001, n. 4586, in www.lexitalia.it, p. 32.

Toutefois, il est possible de s'interroger sérieusement sur le fait que les « services dépourvus de caractère économique » puissent réellement être régis par le législateur régional et les sources locales au travers de sociétés mixtes à capital public-privé.

Et cela surtout en considération du fait que les sociétés mixtes (comme, de même, les entreprises spéciales) constituent une forme d'organisation, caractérisée par le critère économique, dont l'objet (la réalisation de bénéfices) est incompatible avec les services qui « *en relation avec le sujet qui l'assure, aux caractères et aux modalités de la prestation, aux destinataires* » doivent être organisés, comme l'a précisé la Cour Constitutionnelle (se reportant à l'arrêt de la Cour de Justice CE, arrêt 22 mai 2003, affaire 18/2001), en fonction des « *conditions dans lesquelles le service est rendu en tenant compte notamment de l'absence d'un but strictement lucratif, de l'absence de prise de risques liée à l'activité et de l'éventuel financement public de l'activité en question* »²².

A cela il faut ajouter qu'une telle interprétation présenterait le défaut de remettre au pouvoir discrétionnaire de la collectivité locale la détermination des services à considérer comme ayant ou pas un caractère économique, ce qui entraînerait la création de situations différentes selon les contextes locaux, soulevant ainsi des doutes au niveau constitutionnel quant à la position de l'administré et quant aux droits civils et sociaux²³ qui doivent être garantis de manière uniforme sur tout le territoire national (art. 117, alinéa 2, lett. m).

Dans cette optique, il est aisé de comprendre qu'il faudra exclure la possibilité de recourir à la forme des sociétés mixtes pour les « services publics non économique » que le législateur régional qualifiera par exemple comme services « *pour lesquels les coûts ne sont pas intégralement à charge des bénéficiaires et pour lesquels le sujet qui l'assure reçoit de manière ordinaire des fonds publics* »²⁴.

²² En ce sens Cour Constitutionnelle, n. 272/04, point 4 en droit. Sur ce point v. les observations de G. SCIULLO, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, in www.lexitalia.it, p. 5 qui propose de retourner, pour les services dépourvus de caractère économique, aux formes d'organisation prévues dans la version initiale du d.lgs n. 267/00. En doctrine sur la distinction entre service public à caractère économique et services sociaux fondée sur le critère du placement sur le marché des facteurs productifs v. déjà P. SABBIONI, *I servizi pubblici locali : profili giuridici*, in *Il Governo locale oggi. Manuale per il Sindaco ed i Consiglieri*, (dir.) E. BALBONI, G. FORTUNATO, E.M. MARENGHI, S. MERUSI, A. PIRAINO, Bergamo, 1999, pp. 282-283, et auparavant R. CAVALLO PERIN, *Comuni e Province nella gestione dei servizi pubblici*, I, Napoli, 1993, p. 207 et ss..

²³ Sur le contenu du droit de l'utilisateur et le lien avec les droits fondamentaux, voir les observations de B. BOSCHETTI, *La tutela degli utenti*, in A. TRAVI (dir.), *La riforma dei servizi pubblici locali (art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1-2/2004, p. 106.

²⁴ v. art. 1, P.d.l.r. Emilia Romagna, *Disciplina dei servizi pubblici regionali e locali*, in www.astridonline.it qui définit en revanche comme « *services publics économiques* » les services « *pour lesquels les coûts sont entièrement à charge du bénéficiaire sans que le sujet qui l'assure reçoive en voie ordinaire des fonds publics, restant ferme les bénéfices liés aux obligations de services publics et aux prestations accessoires consenties par les normes en vigueur* ».

4. *La compatibilité du droit des sociétés à capital mixte public-privé avec le droit communautaire.*

La question essentielle est celle de la compatibilité des nouvelles dispositions avec les principes de droit communautaire : les dispositions de l'art. 113, alinéa 5, lett. b) du T.U.E.L. sont-elles compatibles avec le droit communautaire lorsqu'elles prévoient une attribution directe de l'exploitation du service à la société mixte ? Le texte actuel permet-il de dépasser les critiques et les contestations formulées par la Commission Européenne à l'encontre de l'Italie ?

En effet, dans ses deux lettres de mises en demeure datées respectivement du 8 novembre 2000²⁵ (relative aux règles posées par l'art. 22 de la l. n. 142/90) et du 26 juin 2002²⁶ (relative aux règles posées par l'art. 35 de la l. n. 448/01), la Commission Européenne a reproché à l'Italie l'introduction des dispositions précitées au motif qu'elles donnaient lieu à une attribution directe des services en faveur de « tiers » à l'Administration, attribution assimilable à une adjudication de services ou à une concession de services (selon l'arrêt Teckal, affaire C-107/98)²⁷.

Or :

- en cas de passation de marché public de services, les dispositions italiennes seraient contraires aux directives 92/50 et 93/38 ;
- en cas de concession de service, elles seraient contraires aux normes et principes posés par les articles 43 et 49 du Traité et aux principes de publicité, de libre concurrence et d'égalité de traitement.

En effet, l'attribution directe de services publics est possible selon la Commission :

- uniquement dans le cadre des cas dérogatoires prévus par les articles 45 et 46 du Traité (exercice des pouvoirs publics, motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique) ;
- ou pour les passations de marché de services, dans les cas expressément prévus par les articles 6 et 11, § 3 de la directive 92/50 et les articles 11 et 20, § 2 de la directive 93/38²⁸.

²⁵ n. SG (2000) D/ 108243.

²⁶ n. C (2002) 2329.

²⁷ Sur ce point v. G. SCIULLO, *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, in www.lexitalia.it, p. 1 et ss. Sur ce point voir G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni e il principio della gara*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2001, p. 495 et ss.. Sur l'approche communautaire des services publics et ses implications voir D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, p. 371 et ss. ; P. SABBIONI, *I servizi pubblici*, Milan, 2001, p. 127 et ss. ; ainsi que le volume dirigé par L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001. Pour une comparaison des règles en vigueur dans divers pays, voir G. MARCOU, *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione : l'esperienza francese, inglese e tedesca*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, p. 125 et ss..

²⁸ En vertu de l'art. 11 de la directive 93/38, qui transpose l'art. 6 de la directive 92/50, « La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services adjugés à une collectivité qui est aussi administration adjudicataire, au sens de l'art. 1, lett. b) de la directive 92/50/CEE du Conseil, 18 juin 1992, portant coordination

En définitive, dans le cas d'attribution directe de services à une société mixte par le biais soit de la passation de marché soit de la concession, la règle posée par la commission est celle du respect des normes communautaires applicables au passations de marché public de service et aux concessions de service ; l'exception à cette règle est que le respect de ces normes n'est pas requis envers une personne qui ne peut être considérée comme un « tiers », selon les indications de l'arrêt *Teckal*, et donc dans les cas de délégation interorganique ou de contrats *in house*²⁹.

L'art. 113, alinéa 5 du T.U.E.L. permet aux collectivités locales, concernant l'exploitation du service, d'attribuer les services directement à une *société à capital mixte public-privé* en précisant toutefois que dans cette société « *l'associé privé est choisi en vertu d'un appel d'offre selon une procédure publique qui garantit le respect des normes internes et*

de la passation des marchés publics de services, sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité ».

²⁹ A ce propos, il convient de noter que, par une ordonnance du 22 avril 2004 n. 2316, le Conseil d'État, en vertu de l'art. 234 du Traité, a soumis à la Cour de Justice des Communautés Européennes une question relative à la compatibilité avec le droit communautaire, et en particulier avec la libre prestation de services, l'interdiction de discrimination et l'égalité de traitement, la transparence et la libre concurrence prévus par les articles 12, 45, 46, 49 et 86 du Traité, de l'attribution directe, et donc en dérogation avec les systèmes de choix du cocontractant posés par la Directive 92/50 CEE, de la gestion des parkings publics à paiement à une société anonyme au capital intégralement public au sens de l'art. 44, alinéa 6, lett. b), de la loi de la Région Trentin Haut Adige 4 janvier 1993 n. 1, modifiée par l'art. 10 de la L. R. 23 janvier 1998 n. 10. Selon le Conseil d'État, l'expression utilisée par la CJCE, et reprise ensuite par l'art. 113, alinéa 5 du T.U.E.L., « *contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services* » pose un nouveau problème d'interprétation, étant donné « *qu'il convient d'établir quand le contrôle exercé présente les caractéristiques voulues par la décision. Plus précisément, il convient de rechercher si la détention de l'intégralité du capital du titulaire de l'exploitation du service, en l'espèce, une société anonyme, peut garantir une situation de dépendance organique qui normalement se réalise dans l'organisation bureaucratique d'une administration publique* » (Conseil d'Etat, section V, ordonnance du 22 avril 2004, n. 2316 dans *Urbanistica e Appalti*, 2004, p. 930 et en particulier p. 931 avec commentaire de M : GALESI).

Sous un angle différent, récemment voir TAR Puglia, Bari, section III, ordonnance du 8 septembre 2004, n. 885 qui a soumis à la Cour de Justice des Communautés Européennes, en vertu de l'art. 234 du Traité, la question de savoir si était compatible avec le traité et notamment avec les principes de transparence et de libre concurrence posés par les articles 46, 49 et 86 du Traité, l'art. 113, alinéa 5 du T.U.E.L. dans sa partie ne fixant aucune limite au choix de l'administration entre les différentes formes d'attribution du service public et en particulier entre l'attribution par passation de marché et l'attribution directe à une société entièrement contrôlée par elle. En particulier, le TAR Puglia relève que si la jurisprudence communautaire a plusieurs fois précisé les caractéristiques que doit présenter le contrôle de l'administration, la CJCE en revanche n'a pas précisé les critères de choix pour l'un ou l'autre des modes de contrôles, si bien que se pose le problème de savoir en vertu de quels critères l'Administration doit procéder à son choix de base pour les modalités de gestion des services publics.

Il sera intéressant de voir l'orientation jurisprudentielle qui sera choisie par la CJCE après l'intervention de la Directive 2004/17 du 31 mars. Et cela d'autant plus si l'on considère que la Directive 2004/17 prévoit en son art. 23 (se rapportant aux passations de marché à une entreprise liée à une joint venture avec une entité adjudicatrice) d'une part des règles plus rigoureuses par rapport aux attributions *in house* (art. 23 par. 1 et par. 3) alors que d'autre part elle ne semble pas ajouter d'autres éléments permettant de qualifier le critère du « *contrôle analogue* » posé par l'arrêt *Teckal* repris par l'art. 113, alinéa 5 du T.U.E.L.

communautaires en matière de concurrence selon les lignes directrices édictées par les autorités compétentes dans des décisions et circulaires spécifiques»³⁰.

Par conséquent, par rapport au système binaire fondé sur l'alternative entre gestion *in house* (art. 113, alinéa 5, lett. c), T.U.E.L.) et « externalisation » des services par appel d'offre publique (lett. a), la société mixte se trouve dans une situation singulière.

Dans le cas de la société mixte, l'attribution directe ne se justifie pas en raison d'une gestion *in house* sans mise en concurrence, comme c'est le cas pour les sociétés à capital entièrement public remplissant ainsi les deux conditions posés par l'arrêt *Teckal* (v. art. 113, alinéa 5, lett. b), T.U.E.L.). L'attribution directe est en revanche légitimée par la réalisation au préalable de procédures publiques permettant de sélectionner l'associé privé (qu'il soit majoritaire ou minoritaire). Par rapport aux sociétés de capitaux privés, l'accomplissement des procédures publiques est avancé au moment du choix de l'associé privé.

La formulation de la disposition précitée conforte l'orientation majoritaire de la jurisprudence administrative qui s'est développée sous le régime précédemment en vigueur et selon laquelle, afin de parvenir à un équilibre entre les exigences d'impartialité de l'action administrative et celles relative au respect du principe de libre concurrence, si la collectivité locale peut procéder « à l'attribution directe du service public à une société mixte sans nécessité d'une décision de concession ou l'organisation préventive d'une procédure de concours »³¹, elle est tenue en revanche de mettre en œuvre une procédure publique conformément « aux principes de libre concurrence désormais intrinsèques à l'ordre juridique lorsqu'il faut choisir une personne en vue d'exercer une activité pour le compte et dans l'intérêt de l'administration publique »³².

Le problème principal posé par les normes italiennes dérive alors du fait que la disposition de l'art. 113, alinéa 5 lett. b) ne précise aucunement le contenu des procédures selon lesquelles l'associé doit être choisi.

³⁰ De même, l'art. 116 du T.U.E.L., modifié par la loi de Finances pour 2002, dispose que « les collectivités locales peuvent, pour l'exercice des services publics prévus par l'article 113 bis et pour la réalisation des œuvres nécessaires au bon fonctionnement du service ainsi que pour la réalisation d'infrastructures et autres œuvres d'intérêt général, qui ne rentrent pas, selon la législation nationale et régionale en vigueur, dans les compétences institutionnelles d'autres entités, constituer des sociétés par action ad hoc sans l'obligation de la propriété publique majoritaire et ce même en dérogation aux obligations dérivant de lois spécifiques. Les collectivités intéressées procèdent aux choix d'associés privés et à l'éventuelle émission d'actions sur le marché selon les procédures publiques. L'acte constitutif des sociétés doit prévoir l'obligation de l'entité publique de nommer un ou plusieurs administrateurs et commissaires aux comptes. Dans les cas de services publics locaux, une part des actions peut être destinée à des actionnaires variés et reste sur le marché ».

³¹ v. Conseil d'Etat, section V, 30 avril 2002, n. 2297 in *Il Foro It.*, 2002, III, p. 553 et ss...

³² En ce sens Conseil d'Etat, section V., 3 septembre 2001, n. 4586, in www.lexitalia.it, p. 32 ; ainsi que C. Cass., chambres réunies, 29 octobre 1999, n. 754/SU ; Conseil d'Etat, section V, 19 février 1998, n. 192, v. et aussi sur ce point plus récemment Conseil d'Etat, section V, 15 février 2002, n. 917 ; Conseil d'Etat, section V, 3 septembre 2001, n. 4586 ; en sens contraire v. Conseil de Justice administrative pour la région sicilienne, dec. 23 juillet 2001, n. 410, toutes dans *Il Foro It.*, 2002, f. 11, parte III, p. 554 et ss.. avec note de E. SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici*, p. 554 e ss.

En Italie, dans un passé proche et selon les règles précédemment en vigueur, il est déjà arrivé que les procédures publiques pour le choix de l'associé privé aient un contenu et une durée tout à fait différents de celles pour l'attribution de la gestion, prévoyant, par exemple, une durée de vie de la société bien supérieure à celles des services à exploiter ou attribuant ensuite des services différents de ceux déterminés initialement.

Dans le contexte des normes actuelles, cette circonstance pourrait constituer une violation des principes communautaires relatifs à la libre concurrence et à l'égalité de traitement des personnes qui opèrent à l'intérieur du marché. Et cela notamment en vertu du fait que, pour la société mixte, l'attribution directe se justifie uniquement par la réalisation préalable d'une procédure publique pour le choix de l'associé et non pas sur une gestion *in house* des services selon les conditions posées dans l'arrêt *Teckal*, comme c'est le cas en revanche pour les sociétés à capital entièrement public qui opèrent sans mise en concurrence (lett. c).

Par conséquent, afin que cette disposition (lett. b) puisse être considérée comme conforme au droit communautaire, il est nécessaire que le choix de l'associé soit directement lié à l'attribution du ou des services³³. Ainsi, les procédures publiques pour le choix de l'associé devront avoir une durée et un contenu identiques à ceux relatifs aux services qui seront exploités par la société mixte, et ce sous peine de violation des principes communautaires.

Le lien entre les procédures publiques relatives au choix de l'associé et à l'attribution directe à la société mixte de la gestion d'un ou plusieurs services déterminés est en outre une condition de base de l'art. 113, alinéa 13, T.U.E.L. concernant l'éventuelle acquisition d'un nouvel associé de la société mixte. En effet, cette disposition précise que : « *La collectivité locale peut céder tout ou partie de sa propre participation au capital de la société d'exploitation des services par le biais d'une procédure publique qui se renouvellera au terme de la durée d'attribution du service. Cette cession n'a aucun effet sur la durée des concessions.* » (art. 113, alinéa 12, T.U.E.L.). Au-delà de la terminologie incorrecte employée par le législateur³⁴, la nécessité que le renouvellement de la participation soit effectué par le biais d'une procédure publique à l'échéance de la durée fixée pour l'attribution du service et le fait que la cession n'ait aucune influence sur la durée de la concession constitue une preuve du fait que le choix du

³³ En ce sens, v. déjà A. VIGNERI, *Brevi osservazioni sul nuovo art. 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali, in materia di disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.astridonline.it, p. 5 qui relève que « *puisque sur les sociétés avec actionnariat privé il n'est pas possible d'exercer un "contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services" ce qui peut justifier la gestion directe, il ne reste qu'à assimiler le concours pour le choix de l'associé au concours pour l'attribution du service afin d'offrir aux collectivités locales une troisième forme de gestion qui permette de contrôler l'activité de l'intérieur avec des administrateurs de confiance* ». Relativement à l'attribution de l'exploitation du service dans le régime précédemment établi par la loi de Finances pour 2002 v. les observations de G. SIGISMONDI, *Le società miste nella disciplina dell'art. 35 l. 20 dicembre 2001, n. 448*, in A. TRAVI (dir.), *La riforma dei servizi pubblici locali (art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1-2/2004, p. 39.

³⁴ En effet, si la collectivité locale a cédé (a transféré définitivement) sa propre participation, comment peut-elle la vendre si elle ne l'a pas rachetée auparavant?

partenaire doit être lié, au moins concernant l'objet et la durée, directement à l'attribution de la gestion d'un ou plusieurs services déterminés.

Ce lien est donc indispensable afin de pouvoir admettre que l'attribution directe à une société mixte est conforme aux principes communautaires. Cette circonstance laisse présager une intervention du juge administratif italien pour censurer toutes les attributions de services supplémentaires non mentionnés dans le cadre des procédures relatives au choix de l'associé et qui auront été effectuées sans lien aucun avec la durée fixée pour la gestion du service en question.

Cette interprétation d'ajustement, si elle apparaît « rigide », est l'unique solution constitutionnellement légitime. En effet, elle permet au législateur italien d'exercer son pouvoir législatif dans « le respect des obligations dérivant du droit communautaire », et ce conformément aux dispositions de l'art. 117 de la Constitution. Une interprétation différente du texte serait incontestablement contraire aux principes communautaires sur la libre concurrence.

En pratique, il est possible d'organiser la procédure de sélection de l'associé, personne de droit privé, de deux façons alternatives. Il peut ainsi être prévu, à l'échéance de la durée fixée pour l'attribution du service, que la société perdure : dans ce cas, l'offre initiale devra obliger l'adjudicataire à céder ses actions à un prix qui sera déterminé ou par l'administration adjudicatrice, au moment de l'adjudication du nouveau marché sur la base de critères objectifs, ou bien par un arbitre.

En alternative, il peut être prévu, au terme de la durée fixée pour la gestion du service, la fin de la société mixte et de la participation des associés privés de la société et la constitution par la suite d'une nouvelle société mixte avec l'accomplissement au préalable d'une nouvelle procédure de sélection d'associé.

5. Société à capital mixte public-privé et attribution de travaux publics.

Après avoir examiné le droit applicable aux sociétés mixtes relativement aux passations de marché et aux concessions de services, il convient d'envisager la nature des travaux qui peuvent être attribués et réalisés par les sociétés mixtes.

Comme sus indiqué, le droit communautaire ne requiert pas le respect des normes et principes communautaires relatifs aux passations de marché et concession de services à l'encontre d'une personne qui ne s'identifie pas comme tiers par rapport à l'administration, et ce en vertu de l'arrêt *Teckal*. Toutefois, cette possibilité ne concerne pas les travaux publics et les passations de marchés s'y rapportant pour lesquels ces exemptions ne sont pas applicables.

C'est ainsi que la loi du 24 décembre 2003, n. 350 (*loi de Finances pour 2004*) a introduit dans le T.U.E.L. une disposition spécifique (l'art. 13, alinéa 5 *ter*) sur l'exécution de travaux liés à la gestion de réseaux. Toutefois, ce faisant, le législateur italien n'a pas considéré le cas de la société mixte.

En effet, l'art. 13, alinéa 5 *ter* du T.U.E.L. prévoit que : « Dans tous les cas dans lesquels la gestion du réseau, séparée ou intégrée de l'exploitation des services, n'est pas attribuée par le biais de procédures publiques, les gérants indiqués aux alinéas précédents doivent pourvoir à

l'exécution des travaux liés à la gestion du réseau exclusivement par le biais d'appels d'offres ou de contrats de concession de travaux publics conclus à la suite de procédure publique ou en économie dans les limites posées par l'art. 24 de la loi du 11 février 1994, n. 109, et l'art. 143 du règlement introduit par le d.P.R. 21 décembre 1999, n. 554. Si la gestion, séparée ou intégrée de la gestion des services, a été attribuée par le biais d'une procédure de concours, le gérant peut réaliser directement les travaux liés à la gestion du réseau, pourvu qu'il soit considéré comme qualifié en ce sens selon les normes en vigueur et que le concours ait eu comme objet aussi bien la gestion du service que l'exécution de travaux s'y rapportant. Si l'objet du concours a été exclusivement la gestion du service relatif au réseau, le gérant devra adjudger les travaux à des tiers par le biais des procédures publiques indiquées par la législation en vigueur. »

La *ratio* de la disposition tend à éviter que le fait de se voir attribuer les services justifie l'attribution automatique de l'exécution des travaux (liés aux services) au même sujet en violation du principe de libre concurrence.

Les deux cas envisagés par la norme précitée se réfèrent respectivement aux sociétés à capital intégralement public (lett. c) et aux sociétés de capitaux privés (lett. a). La différence entre les deux hypothèses tient au fait que dans le premier cas, la gestion du réseau et/ou l'attribution du service est faite directement, sans mise en concurrence, si bien que les travaux doivent être attribués par le biais d'une procédure publique de concours ou selon les critères d'économie prévus par la loi italienne ; dans le second cas, l'attribution est survenue selon une procédure publique de concours si bien que le gérant du réseau peut aussi effectuer les travaux s'y rapportant si le concours portait aussi sur l'exécution des travaux ; dans le cas contraire, le gérant devra confier les travaux à des tiers sélectionnés selon les règles de passation de marché publics.

D'un côté, le service est directement attribué à la société mixte. D'une lecture strictement formelle, il pourrait donc être retenu que la société mixte appartient à la première hypothèse et, par conséquent, qu'elle a l'obligation de confier les travaux à des tiers choisis selon une procédure publique.

Toutefois, d'un autre côté, l'attribution directe des services à la société mixte n'a lieu qu'en raison de l'organisation préalable d'une procédure publique pour le choix de l'associé et peut ainsi être considérée comme conforme au droit communautaire du fait que l'attribution est directement liée au contenu et à la durée de la procédure relative au choix du partenaire. Cela implique que l'attribution des services publics aux sociétés mixtes survient par le biais d'une procédure publique. Par conséquent les sociétés mixtes pourraient bien être considérées comme faisant partie de la seconde hypothèse et elles pourraient pourvoir directement à l'exécution des travaux à condition, naturellement, que l'objet du concours pour le choix de l'associé ait aussi prévu l'exécution des travaux se rapportant au réseau et aux équipements.

En faveur de cette thèse, il faut noter la disposition de l'art. 116 T.U.E.L., introduite par la loi de Finances pour 2002 et non concernée par la déclaration d'inconstitutionnalité rendue par la Cour Constitutionnelle, arrêt 272/04³⁵, en vertu

³⁵ Et ce en tant que disposition chronologiquement antérieure à l'entrée en vigueur de la réforme opérée par la loi constitutionnelle n. 3/01.

de laquelle les collectivités locales ont la possibilité de constituer des sociétés anonymes *ad hoc*, avec participation publique minoritaire et dont les actionnaires sont choisis selon des procédures publiques, « en vue de la réalisation d'infrastructures et autres œuvres d'intérêt public » outre « la réalisation des œuvres nécessaires pour le bon fonctionnement du service ».

En conclusion, la société mixte appartient donc à la seconde hypothèse prévue par l'art. 113, alinéa 5 ter, T.U.E.L. et peut ainsi procéder directement à l'exécution des travaux sur le réseau et les équipements si cela a été spécifiquement prévu dans le cadre de la procédure relative au choix des associés. En revanche, l'« externalisation » des travaux sera obligatoire, outre le cas de société intégralement publique, dans le cas de sociétés mixtes pour lesquelles l'exécution de travaux n'a pas été prévue dans les procédures de sélection de l'associé.

6. *L'activité extraterritoriale des sociétés à capital mixte public-privé*

Un autre aspect fondamental à examiner est celui de *l'activité extraterritoriale des sociétés mixtes*, et en particulier de leur participation à des passations de marché en dehors du territoire dans lequel sont exploités les services.

Il s'agit d'une problématique qui s'est posée de manière constante au travers des diverses réglementations relatives aux sociétés mixtes, et ce jusqu'à la dernière réforme de 2003³⁶.

Avant la réforme du T.U.E.L. opérée par la loi du 24 novembre 2003 et la loi du 24 décembre 2003 (*loi de Finances pour 2004*), la loi de Finances pour 2002 avait introduit, pour l'exploitation du service, l'unique règle selon laquelle l'exploitation devait avoir lieu « dans un régime de concurrence, selon les règles du secteur en question, avec l'attribution du service à des sociétés de capitaux désignées selon les procédures publiques » (v. l'art. 35 de la loi n. 448/01, ou l'art. 113, alinéa 5, T.U.E.L. ancien texte).

Cette règle était complétée par la prévision de l'alinéa 6 de l'art. 113 T.U.E.L. en vertu duquel : « ne sont pas admises à participer aux passations de marchés publics indiqués à l'alinéa 5 les sociétés qui, en Italie ou à l'étranger, gèrent, quelque en soit le titre, des services publics locaux en vertu d'une attribution directe advenue selon une procédure non publique ou selon le renouvellement s'ensuivant ; cette interdiction s'étend aux sociétés contrôlées ou liées à celles-ci, aux sociétés les contrôlant et aux sociétés contrôlées ou liées à ces dernières. De même sont exclues les personnes visées à l'alinéa 4 » (c'est-à-dire les sociétés majoritaires des collectivités locales et entreprises privées auxquelles est attribuée la gestion des réseaux et équipements).

Une fois affirmé le principe de la procédure publique de mise en concurrence pour le choix des personnes exploitant le service, le but poursuivi était d'éviter qu'à

³⁶ Sur l'évolution de la problématique et les diverses positions doctrinales et jurisprudentielles, voir surtout R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., pp. 206-228 ; ainsi que E. SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici*, in *Il Foro It.*, 2002, III, p. 560-563, et I. SEVERINO, *L'attività extraterritoriale delle società miste*, in A. TRAVI (aux soins de), *La riforma dei servizi pubblici locali (art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1-2/2004, pp. 51-54.

l'intérieur d'un régime de concurrence, une société jouissant d'une position privilégiée ne puisse faire son entrée sur le marché, faussant ainsi le jeu de la concurrence.

La récente réforme du T.U.E.L. (par la loi du 24 novembre 2003 n. 326 et la loi de Finances pour 2004) a modifié, comme nous l'avons vu, la disposition de l'art. 113, alinéa 5, sur les modalités d'attribution du service sans toutefois abroger, ni même modifier, l'alinéa 6 de l'art. 113 T.U.E.L. qui est restée inchangée.

Il est donc opportun de vérifier si le nouveau cadre juridique permet aux sociétés mixtes des collectivités locales de participer à des passations de marchés publics en dehors de leur propre territoire.

Une première interprétation pourrait être de retenir, qu'en vertu de l'alinéa 6 de l'art. 113 T.U.E.L., l'interdiction de participer à des passations de marchés publics est générale et englobe ainsi les sociétés à capital mixte public-privé exploitant le service. En faveur de cette interprétation, il faut évoquer en premier lieu l'expression utilisée dans l'article même : « *qualche en soit le titre* », qui comporterait en effet une « *exclusion expresse de toutes les sociétés qui gèrent des services publics sur la base d'une attribution directe* »³⁷. En second lieu, il convient de noter que la participation à la passation de marchés publics des sociétés mixtes déterminerait une violation de la *par condicio*, et ce en raison de la position « génétique » de privilège dont jouissent les sociétés mixtes et de leur faculté d'obtenir des subventions publiques ce qui enrayerait le risque de faillite de la société³⁸.

De plus, il n'existe aucun doute sur le fait que, d'un point de vue formel, les sociétés mixtes sont exploitantes du service et pourrait donc, pour cette raison, tomber dans le champ d'application de l'interdiction de participer à des passations de marchés publics en dehors de leur territoire.

Toutefois, à cet égard, il est à considérer que l'alinéa 6 de l'art. 113 T.U.E.L. doit être lu aujourd'hui dans un contexte juridique totalement différent. D'une part, parmi les possibles exploitants du service, on trouve, outre les sociétés de capitaux privés, les sociétés mixtes (et aussi les sociétés à capital intégralement public). D'autre part, le renvoi aux « *entités prévues à l'alinéa 4* » non admises à participer aux passations de marché pour l'attribution d'un service se réfère désormais uniquement aux sociétés de capitaux privés et aux sociétés à capital intégralement public mais non plus aux sociétés mixtes.

De plus, au-delà de cette considération, il convient de noter que la société mixte peut exploiter le service uniquement lorsqu'elle a précédemment accompli la procédure publique pour la sélection de l'associé privé et que l'attribution du service peut être considérée comme conforme au droit communautaire uniquement si elle est reliée directement au contenu et à la durée de la procédure pour le choix du partenaire. A la différence de la situation passée, ce régime juridique est unitaire sans

³⁷ En ce sens E. STICCHI DAMIANI, *L'attività extra moenia delle società a capitale pubblico-privato nella gestione dei servizi locali. Previsioni legislative e orientamenti giurisprudenziali*, in www.giustamm.it, p. 8 et p. 9.

³⁸ Dans le même ordre d'idée v. E. STICCHI DAMIANI, *L'attività extra moenia*, *cit.*, p. 10.

qu'il ne soit fait aucune différence entre les sociétés à participations majoritaires ou minoritaires des collectivités locales.

Les sociétés mixtes se voient donc attribuer l'exploitation des services publics d'une façon tout à fait différente de celle prévue pour les sociétés à capital intégralement public. En effet, à la différence de ces dernières, les sociétés mixtes acquièrent leur associé privé et se voient attribuer les services publics par le biais d'une « procédure publique » et n'opèrent pas en situation de monopole en dehors de toute mise en concurrence.

Suivant ce raisonnement, la disposition de l'alinéa 6 (« *ne sont pas admises à participer aux passations de marchés publics indiqués à l'alinéa 5 les sociétés qui, en Italie ou à l'étranger, gèrent quelque en soit le titre des services publics locaux en vertu d'une attribution directe advenue selon une procédure non publique ou selon le renouvellement s'ensuivant* ») peut alors être lue en considérant que l'interdiction de participer à des passations de marchés publics de services concerne les sociétés auxquels le service a directement été attribué et qui se trouvent en dehors du champ de toute concurrence du fait qu'elles agissent en situation de monopole ou se trouvent en situation dominante sur le marché (c'est le cas des sociétés à capital entièrement public qui gèrent les services *in house* ; ainsi que des sociétés mixtes qui gèrent des services en vertu d'attribution directe sans lien avec les procédures publiques pour le choix de l'associé selon les critères susdits), mais ne concerne pas les sociétés mixtes dont l'attribution de la gestion des services est directement liée, pour le contenu et la durée, aux procédures pour le choix des partenaires privés et ce conformément aux principes communautaires en matière de concurrence.

Cette interprétation a l'avantage, avant tout, de distinguer les sociétés mixtes qui opèrent à l'intérieur du marché de celles qui opèrent sans mise en concurrence. En second lieu, elle semble tout à fait en ligne avec l'abandon par la jurisprudence administrative de la notion de nature dite fonctionnelle de la société mixte, notion précédemment affirmée (les tribunaux assimilant le lien fonctionnel de l'entreprise à celui pesant sur les entreprises spéciales³⁹), puis modifiée par les décisions récentes du Conseil d'État considérant toujours possible une activité extraterritoriale de la société mixte à condition qu'il n'existe pas d'incompatibilité concrète avec les intérêts de la collectivité déterminée par une réduction des ressources et de moyens disponibles lui causant un préjudice⁴⁰.

³⁹ Sur ce point voir aussi avec différents aspects, Conseil d'État, section V, 6 avril 1998, n. 432, et Conseil d'État, section V, 23 avril 1998, n. 475 ; sur la détermination de frontières locales comme limite voir Conseil d'État, section V, 14 novembre 1996, n. 174.

⁴⁰ En ce sens, voir Conseil d'État, section V, 19 février 1998, n. 192, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, p. 249 et ss. et Conseil d'État, section V., 19 septembre 2000, n. 4850, in *Il Foro It.*, 1999, partie III, p. 426, ainsi que conformément Conseil d'État, section V, 3 septembre 2001, n. 4586, Conseil d'État, section V, 15 février 2002, n. 917 ; en sens contraire, même si pour des motivations différentes, voir Conseil de Justice administrative pour la région Sicilienne, déc. 23 juillet 2001, n. 410, toutes publiées in *Il Foro It.*, 2002, partie III, p. 554 et ss.. avec note de E. SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici*.

Cette orientation a été confirmée par la Cour de Cassation, chambres réunies, 29 octobre 1999, n. 754/SU, in *Il Foro It.*, 2000, I, p. 802 et ss., note F. FRACCHIA, *La Suprema Corte impone il rispetto*

Ainsi, dans le contexte actuel du T.U.E.L. il ne semble pas exister d'interdictions spécifiques ou de raisons particulières empêchant la participation des sociétés mixtes à des passations de marchés organisées en dehors de son propre territoire.

Toutefois, sur le plan général, la question reste problématique en considération des éventuels développements de la législation et de la jurisprudence relatives aux problèmes connexes qui, s'ils ne sont pas correctement résolus, pourraient altérer le jeu de la concurrence.

En effet, il est évident que de nombreuses autres questions auront une influence certaine sur le problème de l'activité extraterritoriale des sociétés mixtes, comme par exemple :

- la question du dépassement des subventions qui pourrait enfreindre les normes communautaires en matière d'aides d'État (art. 92 Traité U.E.) ;
- la question concernant la séparation sociétaire ou comptable (sur ce point v. art. 8, alinéa 2 bis, l. n. 286/90 modifiant la l. n. 57/01) des entreprises *multi utility* et des sociétés multiservices qui effectuent partie de leur propre activité en régime de monopole, en dehors de toute concurrence, et une autre partie de leur activité en régime de concurrence en position dominante sur le marché.

En bref, le principal problème que devra affronter le législateur italien dans un futur immédiat sera ainsi celui de la régulation des situations (connexes) faussant le marché, afin d'éviter que se réalise un mélange entre les activités exercées en concurrence et les activités exercées en position dominante ou de monopole.

delle procedure ad evidenza pubblica nella scelta del socio privato delle società a prevalente partecipazione pubblica degli enti locali: un ulteriore allontanamento dal modello privatistico? et à propos de laquelle voir aussi R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., pp. 194-197. Par l'arrêt n. 754/99, les Chambres réunies de la Cassation ont modifié l'orientation précédemment adoptée par les juges du fond (v. et cfr. Cour d'Appel Bologne, 19 juillet 1997, in *Le società*, 1998, p. 44 et ss. et Cour d'Appel Milan, 24 juin 1995, n. 708, in *Consiglio di Stato*, 1996, II, p. 1131 et ss.) en reprenant certains arguments de l'arrêt du Conseil d'État, section V, 19 février 1998, n. 192.

Dans le cadre du droit en vigueur avant la loi du 28 décembre 2001 n. 448, une opinion courante en doctrine excluait que le choix de l'associé, personne privée, de la part de la collectivité locale comporte nécessairement l'application des procédures publiques, et ce au motif que l'adhésion d'une personne privée à un contrat sociétaire pour la gestion d'un service public local est à considérer comme un contrat associatif lequel, étant caractérisé par *l'intuitus personae*, à la différence des contrats d'échange, ne demande pas l'application des règles de procédures publiques prévues par les normes comptables de l'État : dans cet ordre d'idée v. G. CAIA, *Assunzione e gestione di servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milan, 1993, II, p. 861 et ss. ; M. CAMELLI, *Enti pubblici, società ed istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in V. CERULLI IRELLI – G. MORBIDELLI (dir.), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Turin, 1994, p. 349 et ss. Mais en sens contraire v. et cfr. les commentaires de D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1997, pp. 68-72 et en particulier p. 71. Pour un cadre complet de synthèse v. M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (dir.), *Trattato di diritto amministrativo speciale*, III, (IIa ed.), Milan, 2003, p. 2609-2610.

7. *Un régime transitoire complexe.*

Par rapport au « régime définitif », le texte concernant le droit transitoire est particulièrement complexe et analytique.

La règle générale posée par le législateur est la suivante : « *les concessions accordées selon les différentes procédures publiques cessent inévitablement le 31 décembre 2006* » (art. 113, alinéa 15 bis, T.U.E.L.).

Le but de cette disposition est de limiter les situations de privilège nées sous l'empire du droit précédent (et éliminées par les nouvelles règles suite aux critiques de la Commission) par un passage systématique au nouveau régime et, entre-temps, d'éviter la création d'une inégalité de traitement pour les sociétés qui opèrent à moyen terme.

Toutefois les exceptions à la règle sont nombreuses. En particulier, deux types d'exceptions sont prévus.

En premier lieu sont exclues de la cessation « *les concessions attribuées aux sociétés à capital mixte public-privé dans lesquelles l'associé privé a été choisi selon une procédure publique qui garantit le respect des normes internes et communautaires en matière de libre concurrence, ainsi que celles attribuées à des sociétés à capital intégralement public à condition que les organismes publics participant au capital social exercent sur la société un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services et que la société réalise la part la plus importante de son activité avec l'organisme ou les organismes publics qui la contrôlent* » (art. 113, alinéa 15 bis, T.U.E.L.).

En second lieu sont exclues de la cessation « *les concessions attribuées à la date du 1^{er} octobre 2003 à des sociétés cotées en bourse et à celles directement participées par ces derniers à cette date à condition qu'elles soient concessionnaires exclusives du service, ainsi qu'aux sociétés initialement à capital intégralement public qui, avant la même date, ont placé leur capital sur le marché par le biais de procédures publiques, mais, pour les deux hypothèses sus indiquées, les concessions cessent à l'échéance du terme équivalent à celui de la durée moyenne des concessions attribuées dans le même secteur suite à des procédures publiques, sous réserve de pouvoir déterminer, au cas par cas, la cessation à une date suivante si elle s'avère proportionnelle au délai nécessaire pour le recouvrement des investissements particuliers effectués par le gérant.* » (art. 113, alinéa 15 bis, T.U.E.L.).

Le terme fixé au 31 décembre 2006 peut ainsi être reporté d'une année ou deux « avec l'accord préalable de la Commission européenne donné au cas par cas » aux conditions suivantes :

a) dans le cas dans lequel, au moins douze mois avant l'échéance du terme susdit, par le biais d'une ou plusieurs fusions, a été *constituée une nouvelle société capable de servir un nombre d'administrés non inférieur à deux fois celui initialement servi par la société majeure ; (dans cette hypothèse le report ne pourra toutefois être supérieur à une année) ;*

b) dans le cas dans lequel, avant le terme prévu à la lettre a), *une société adjudicataire, suite à une ou plusieurs fusions, exerce désormais son activité dans un cadre correspondant au moins à l'intégralité du territoire départemental ou au cadre maximal permis selon les dispositions des normes en vigueur ; (dans cette hypothèse, le report ne peut toutefois être supérieur à deux ans) »* (art. 113, alinéa 15 ter, T.U.E.L.).

La première catégorie d'exception est conforme à la finalité globale de la réforme.

Le second groupe d'exception laisse en revanche perplexes étant donné que :

- le renvoi à « *la durée moyenne des concessions attribuées dans le même secteur suite à des procédures publiques* » pourrait poser problème quant à la détermination concrète de cette durée, étant donné qu'il n'existe aucune mention de délais légaux certains mais qu'il est fait référence à la durée des rapports existants dans le même secteur suite à des concours publics⁴¹ ;

- « *la possibilité de déterminer cas par cas la cessation à une date suivante si elle s'avère proportionnelle au délai nécessaire pour le recouvrement des investissements particuliers effectués par le gérant* » peut donner lieu à des situations de privilège, contraires à l'esprit de la réforme⁴² et peut entraîner une situation faussant le jeu de la concurrence ;

- la prévision relative au report des délais ne semble trouver aucune justification adéquate dans les normes communautaires.

8. *Conclusions. Remarques critiques et de synthèse.*

En vertu de l'analyse et des considérations exposées ci-avant, il est possible de tenter de répondre aux questions initialement soulevées, en relevant en synthèse que :

I) Le recours au modèle de la société mixte pour la gestion des services publics à caractère économique a été largement modifié par la réforme de cette matière effectuée par le décret loi du 30 septembre 2003 n. 269 (converti par la loi du 24 novembre 2003 n. 326) ainsi que par la loi du 24 décembre 2003, n. 350 (*loi de Finances pour 2004*) étant donné que (par rapport au régime instauré par la loi de Finances 2002) : le champ d'activité de la société est désormais restreint à la seule exploitation du service, en effet il n'est plus possible d'attribuer directement la gestion du réseau et des équipements à des sociétés mixtes à participation majoritaire des collectivités locales ou d'en transférer la propriété. Et cette circonstance est parfaitement conforme aux principes du droit communautaire.

II) D'un autre côté, en revanche, l'attribution directe de services aux sociétés mixtes est à nouveau possible, et ce à des conditions assurément moins strictes, étant donné que les sociétés mixtes peuvent être constituées avec une participation au capital de la collectivité locale majoritaire ou minoritaire ; l'obligation de la participation majoritaire de la collectivité locale au capital de la société mixte ayant été supprimée ; les sociétés mixtes peuvent en outre être constituées et recevoir des participations de

⁴¹ A. VIGNERI, *Brevi osservazioni sul nuovo art. 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali, in materia di disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.astridonline.it, p. 3.

⁴² En ce sens, v. aussi M. DUGATO, *Legge collegata alla Finanziaria 2004 e pubblica amministrazione. La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, p. 128.

personnes de droit public ou de droit privé différentes des seules collectivités locales situées dans le territoire où exerce la société, la référence à la dimension locale de la société mixte ayant aussi été supprimée.

III) Afin que l'attribution directe à une société mixte (v. art. 113, alinéa 5, lett. b, T.U.E.L.) puisse être considérée comme *conforme aux principes du droit communautaire*, il est nécessaire que le choix de l'associé soit directement lié à l'attribution du ou des services. Cela signifie que l'accomplissement de la procédure publique pour le choix de l'associé devra avoir une durée identique et les mêmes contenus que celle relative aux services qui seront attribués à la société mixte, sauf à violer les principes communautaires ; cette interprétation est en outre la seule constitutionnellement légitime. En effet, elle permet au législateur italien d'exercer son pouvoir législatif dans le « respect des obligations dérivant du droit communautaire », et ce conformément aux dispositions de l'art. 117 de la Constitution. Une interprétation différente de la norme serait incontestablement contraire aux principes communautaires sur la libre concurrence.

IV) Quant à *l'exécution des travaux publics*, l'attribution directe des travaux aux sociétés mixtes peut être considérée comme conforme au droit communautaire uniquement lorsqu'elle est liée directement au contenu et à la durée de la procédure publique pour le choix du partenaire privé. En d'autres termes : la société mixte pourra exécuter directement les travaux sur le réseau et les équipements uniquement lorsque cela aura été spécifiquement prévu dans le marché relatif au choix de l'associé, personne de droit privé ; dans le cas contraire, la société mixte devra confier les travaux à un tiers choisi selon la procédure de passation de marché.

V) Pour *l'activité extraterritoriale* un discours analogue peut être tenu. L'interdiction de participer à des marchés en dehors de son propre territoire ne concerne pas les sociétés mixtes dont les attributions sont liées directement aux contenus et à la durée fixée dans les marchés relatifs au choix du partenaire privé conformément aux principes communautaires sur la libre concurrence. L'interdiction ne concerne donc que les sociétés exploitantes de services qui échappent à toute mise en concurrence du fait qu'elles agissent en situation de monopole ou de position dominante sur le marché et concerne donc les sociétés à capital intégralement public qui gèrent des services *in house* et les sociétés mixtes qui gèrent des services en vertu d'une attribution directe sans lien aucun avec les procédures de passation de marché relative au choix de l'associé tel que susmentionné.

VI) Relativement aux services dépourvus de caractère économique, après la déclaration d'inconstitutionnalité de l'art. 113 bis T.U.E.L. faite par la Cour Constitutionnelle (arrêt n. 272/04), il n'est pas à exclure que le législateur recoure au modèle de la société mixte pour lui confier l'exploitation de services dépourvus de caractère économique.

Il est toutefois sérieusement discutable que le législateur régional et les autorités locales puissent régir les services dépourvus de caractère économique par le biais de société mixte à capital public-privé étant donné que les sociétés mixtes constituent une forme d'organisation liée à un critère d'économicité dont la cause (but lucratif) est incompatible avec les services qu'elles devraient exploiter, comme l'a précisé la Cour Constitutionnelle (se reportant à la décision de la Cour de Justice CE, arrêt du 22 mai 2003) dans son arrêt n. 18/2001, selon « *les conditions dans lesquelles les services doivent être rendus en tenant compte notamment de l'absence d'un but strictement lucratif, de l'absence de prise de risque lié à l'activité et à l'éventuel financement public de l'activité en question* ».