

Le pouvoir d'abrogation et de retrait de l'acte administratif et ses conséquences sur le contrat public

Sofia Gentiloni Silveri

Il presente studio di diritto comparato affronta una problematica nazionale relativa all'istituto dell'autotutela amministrativa e al diritto dei contratti pubblici, rectius degli appalti e delle concessioni. La questione oggetto di esame, che riveste una specifica rilevanza nell'ordinamento italiano, è quella della sorte del contratto per effetto dell'esercizio dell'autotutela su un atto prodromico al contratto. Lo studio analizza, in primo luogo, gli istituti dell'annullamento d'ufficio e della revoca nell'ordinamento italiano e francese, mostrando le difficoltà di rinvenire una perfetta analogia tra gli istituti in questione. Si sofferma, in secondo luogo, sulla problematica della sorte del contratto per esercizio dell'autotutela amministrativa. Infine, si interroga sull'influenza del diritto dell'Unione europea in materia di appalti e concessioni, che potrebbe condurre sempre più ad un ravvicinamento dei diritti nazionali e delle prassi del settore.

1. Introduction

La présente étude de droit comparé illustre une problématique nationale qui porte à la fois sur la sortie de vigueur des actes administratifs et sur le droit des contrats (principalement administratifs).

La question qui se pose en droit italien, notamment avant la transposition des directives européennes sur la passation des marchés publics et des concessions, concerne l'effet sur le contrat du pouvoir d'abrogation/retrait des actes administratifs unilatéraux préalables à sa passation. En effet, en Italie, le pouvoir d'abrogation et de retrait de l'administration sur l'acte administratif (en droit italien «*potere di annullamento d'ufficio e di revoca*» aussi appelé «*potere di autotutela*»¹⁾) a sou-

(1) Le pouvoir d'*autotutela* peut être traduit comme pouvoir de légitime défense ou d'auto-protection.

vent été utilisé après la signature d'un contrat administratif, c'est-à-dire dans la phase de son exécution.

L'étude procède d'abord par l'analyse du pouvoir unilatéral de l'administration sur l'acte administratif avec une approche comparatiste. L'exercice de ce pouvoir sur l'acte préalable au contrat conduit à s'interroger sur le sort qui sera réservé à ce dernier.

L'étude cherche à montrer également, par le biais d'une comparaison entre l'Italie et la France, la difficulté de trouver des correspondances exactes entre moyens nationaux différents et leur terminologie. Elle tend aussi à révéler l'influence du droit de l'Union européenne en matière d'exécution des contrats publics qui peut conduire à un rapprochement des droits nationaux.

2. Le pouvoir d'abrogation et de retrait en droit italien et français

2.1. Le cadre légal du pouvoir d'abrogation et de retrait: la procédure administrative non contentieuse italienne

Tout exercice du pouvoir de l'administration doit être légalement fondé. En effet, l'action administrative est régie par le principe de légalité. La loi est le fondement du pouvoir de l'administration et le système italien ne prévoit pas la jurisprudence comme source du pouvoir de l'administration, à la différence du droit français où il arrive que «l'administration se voit tenue d'agir en vertu du seul droit jurisprudentiel»². Cela implique qu'en France, le principe de légalité est interprété de manière plus vaste qu'en droit italien, parce qu'il couvre aussi la source jurisprudentielle.

La loi peut conférer un pouvoir discrétionnaire ou une compétence liée. En Italie, le *potere d'annullamento d'ufficio e di revoca* est un pouvoir discrétionnaire qui est considéré comme un type de compétence réglementée. En effet, l'action discrétionnaire doit respecter des règles juridiques (comme les règles de la procédure administrative *id est* l'obligation de motivation pour les décisions administratives unilatérales, etc.)

(2) G. TIMSIT, *Compétence liée et principe de légalité*, Recueil Dalloz, 1964, 1-cronique, p. 217.

et des règles d'opportunité³. Cette clarification apparaît nécessaire car, en France, la notion de pouvoir discrétionnaire est controversée⁴ et une doctrine récente estime que la théorie du pouvoir discrétionnaire doit être abandonnée⁵.

En Italie, les dispositions légales instituant les pouvoirs *d'annullamento d'ufficio e di revoca* qui sont rassemblés dans la notion du pouvoir d'autoprotection (*autotutela amministrativa*), se retrouvent dans la loi n. 241/1990 sur la procédure administrative non contentieuse⁶. La loi confère à l'*autotutela amministrativa* une portée générale, ce qui permet son utilisation même là où les lois ne le spécifient pas.

Plus précisément, la loi n. 241/1990 fixe les règles de l'action administrative, mais des procédures spéciales peuvent y déroger. Elle s'impose pour l'édition des actes administratifs individuels et assure des garanties pour les citoyens qui se rapportent à l'administration⁷. La loi règle toutes les phases de la procédure: l'initiative (qui peut être privée ou *ex officio*); l'instruction, où la participation des parties et le respect du contradictoire sont assurés; la conclusion en forme unilatérale, incluant aussi un silence-acceptation, ou par un accord⁸.

(3) En outre, en Italie, on distingue le pouvoir discrétionnaire administratif du pouvoir d'évaluation technique. Ce dernier est généralement appelé «*discrezionalità tecnica*», mais dans la doctrine (M. Clarich) et dans certains arrêts du Conseil d'Etat, il est nommé «*valutazioni tecniche*», pour mieux mettre en évidence l'absence de la volonté, typique du pouvoir discrétionnaire, et la présence d'un jugement technique. Pour approfondir: M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2015, pp. 64-67; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, pp. 42-47.

(4) Selon le Timsit, le pouvoir discrétionnaire se caractérise par l'absence d'une loi réglementant l'action de l'administration, alors que la compétence liée est un type de compétence réglementée. G. TIMSIT, *Compétence liée et principe de légalité*, cit., p. 218.

(5) C. VAUTROT-SCHWARZ, *Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire?*, en *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 639.

(6) En Italie il y a deux termes différents pour indiquer la procédure administrative non contentieuse et la procédure administrative contentieuse: «*il procedimento amministrativo*» pour la première et «*il processo amministrativo*» pour la deuxième.

(7) G. DELLA CANANEA, *Droit de la procédure administrative: le modèle italien*, in J.B. AUBY (ed.), *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruylant, 2016, p. 91.

(8) Dans le droit italien, les contrats administratifs ne sont pas prévus dans la loi n. 241/1990, mais dans le code des marchés publics.

La loi sur la procédure administrative envisage aussi l'invalidité de l'acte administratif, elle s'inspire, en effet, du code civil et prévoit la possibilité de son annulation ou de sa nullité selon le vice de l'acte administratif⁹. Comme en droit privé, l'inexistence juridique, qui est discutée en doctrine, est un concept absent dans la loi italienne en question.

Les vices qui entraînent l'annulation de l'acte individuel, conformément à l'article 21-*octies*, alinéa 1, l. 241/90, sont la violation de la loi, le détournement de pouvoir et l'incompétence; ils légitiment un recours au juge administratif (code de procédure contentieuse administrative, art. 30) et permettent aussi à l'administration de procéder d'office à l'annulation de l'acte, c'est-à-dire d'utiliser le pouvoir *d'annullamento d'ufficio*.

En droit français, on retrouve plutôt l'annulation des actes administratifs pour cause d'illégalité (externe ou interne) et l'inexistence juridique qui porte à la déclaration d'inexistence de l'acte¹⁰. Néanmoins, même après la codification de la procédure administrative non contentieuse, tous les vices de légalité ou d'inexistence sont implicitement considérés et l'on ne saurait en trouver une codification générale.

2.2. *Comparaison entre les pouvoirs de retrait et d'abrogation en France et en Italie dans le cadre européen*

Les pouvoirs *d'annullamento d'ufficio e di revoca*, réglés par la loi sur la procédure administrative n. 241/1990, ne correspondent pas exactement aux pouvoirs d'abrogation et de retrait en droit français.

En effet il y a une difficulté de traduction de ces termes à cause de la différence de leurs présupposés. Il en résulte que dans le cadre de l'Union européenne coexistent plusieurs définitions du pouvoir de l'administration de réexaminer un acte déjà adopté.

(9) L'article 21-*septies* de la loi n. 241/90 prévoit la nullité de l'acte dans les cas suivants: absence d'un élément essentiel de l'acte ; violation de l'autorité de la chose jugée; incompétence (considérée comme violation de la règle qui désigne la compétence parmi les divers pouvoirs de l'Etat); au titre d'autres cas énumérés par la loi.

(10) R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15 éd, p. 1014.

a) *En droit européen*

Au niveau communautaire, le pouvoir de réexaminer un acte déjà adopté a été initialement réglé par la jurisprudence. Dans les premiers arrêts en la matière, la Cour de Justice a utilisé le terme «*retrait*», spécifié par l'adjectif «*rétroactif*» ou «*non rétroactif*», mais on retrouve aussi des termes généraux comme «*retirer*» ou «*révision*»¹¹.

Le droit européen reconnaît le principe général selon lequel la possibilité de retirer de manière rétroactive (retrait rétroactif) un acte illégal qui a créé des droits est admise «notamment lorsque l'acte administratif en cause a été adopté sur la base d'indications fausses ou incomplètes fournies par l'intéressé», mais aussi sous réserve du respect d'un délai raisonnable et de la confiance légitime du bénéficiaire de l'acte qui a pu se fier à la légalité de celui-ci¹².

Inversement, un acte administratif individuel légal est en principe irrévocable¹³.

Parfois ce pouvoir de réexaminer devient une obligation: dans l'arrêt *Kühne&Heitz NV*¹⁴, par exemple, la Cour de Justice a indiqué les circonstances qui impliquent l'obligation de retirer une décision contraire au droit communautaire (obligation de révision comme conséquence de «l'inconventionnalité» des actes administratifs)¹⁵.

(11) Cour de Justice, *Affaire SNUBAT* 1959; Cour de Justice, *Affaire Hoogovens c. Haute Autorité* 1961.

(12) Arrêt du tribunal (première chambre) du 18 septembre 2015, *Deutsche Post / Commission* (T-421/07 RENV) (cf. points 4547). Voir aussi, *Arrêt du 18 octobre 2011, Reisenbel / OHMI – Dynamic Promotion* (Cageots et paniers) (T-53/10, Rec._p._II-7287) (cf. point 40); arrêt du 12 septembre 2007, *González y Díez/Commission*, T25/04, Rec, Eu:T:2007:257, point 97 et jurisprudence citée.

(13) Arrêt de la Cour du 12 juillet 1957, *Affaire Algerae a. c. Assemblée commune*.

(14) Arrêt de la Cour du 13 janvier 2004, *Affaire C-453/00, Kühne&Heitz NV*.

(15) Les circonstances, dans lesquelles l'organe administratif est tenu de réexaminer la décision afin de tenir compte de l'interprétation de la disposition pertinente du droit communautaire retenue entre-temps par la Cour, sont les suivantes: premièrement, le droit national reconnaît à l'organe administratif la possibilité de revenir sur la décision en cause au principal devenue définitive. Deuxièmement, celle-ci n'a acquis son caractère définitif qu'à la suite d'un arrêt d'une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel. Troisièmement, cet arrêt était fondé sur une interprétation du droit communautaire qui était, au vu d'un arrêt postérieur de la Cour, erronée et avait été retenue sans que celle-ci ait été saisie à titre préjudiciel dans les conditions prévues à l'article 234, paragraphe 3, Ce. Qua-

b) En droit français

En France, le retrait des actes illégaux a été réglé, initialement, par la jurisprudence du Conseil d'État à partir de l'arrêt *Dame Cachet* de 1922 et, seulement en 2016, par le législateur dans le Code des relations entre le public et l'administration (CRPA).

Aujourd'hui, la jurisprudence codifiée par le CRPA distingue les pouvoirs d'abrogation et de retrait sur la base de leurs effets : si la disparition juridique s'applique seulement pour le futur on parle d'abrogation, si elle concerne aussi le passé, il s'agit d'un retrait.

Cette différence entre abrogation et retrait doit tenir compte de la nature de l'acte administratif, celui-ci peut être une décision créatrice de droits ou un acte réglementaire/acte non réglementaire non créateur de droits.

Pour le premier type d'acte, la décision créatrice de droits, les règles de l'abrogation et du retrait sont les mêmes.

La règle générale prévoit la possibilité pour l'administration (l'obligation si la demande émane du bénéficiaire) d'abroger/retirer l'acte *ex officio* à deux conditions: i) acte illégal; ii) délai de 4 mois.

Le retrait et l'abrogation sont également possibles sans que soient réunies ces conditions si la demande émane du bénéficiaire et a pour conséquence de remplacer la décision initiale par une autre plus favorable sans que cela ne porte atteinte aux droits des tiers.

Pour le deuxième type d'acte, l'acte non créateur de droits, il y a deux règles générales: l'une pour l'abrogation, qui est toujours possible si l'acte est légal et devient obligatoire si l'acte est illégal ou dépourvu d'objet; l'autre pour le retrait qui a comme condition préalable que l'acte soit illégal et que le délai de 4 mois soit respecté.

c) En droit italien

En Italie, la distinction entre *l'annullamento d'ufficio* et *la revoca* se rapporte aux conditions préalables à ces pouvoirs: *l'annullamento d'ufficio* est prononcé pour l'acte illégal et *la revoca* l'est pour l'acte légal.

trièmement, l'intéressée s'est adressée à l'organe administratif immédiatement après avoir pris connaissance de cet arrêt de la Cour.

En principe, *l'annullamento d'ufficio* est rétroactif et *la revoca* est non-rétroactif. La rétroactivité de *l'annullamento d'ufficio* étant une règle coutumière, elle n'est pas codifiée dans la loi n. 241/1990 et il est possible d'y déroger.

Le pouvoir *d'annullamento d'ufficio* est similaire au pouvoir de retrait de droit français. En effet, le retrait des actes créateurs de droits a été pensé comme un substitutif de l'annulation contentieuse et a été soumis au même délai temporel du recours contentieux par la décision *Dame Cachet*¹⁶.

En droit italien seul l'acte illégal peut être annulé, soit par le juge soit par l'administration (*annullamento d'ufficio*), la loi n. 241/90 listant les cas d'illégalité de l'acte.

L'exercice de ce pouvoir est soumis à deux conditions supplémentaires: l'existence de motifs d'intérêt public, et le respect d'un délai. En premier lieu, l'administration doit préciser les motifs d'intérêt public qui fondent sa décision dans l'acte d'annulation et elle doit procéder à une balance des différents intérêts en jeu. Cette obligation de motivation est compatible avec la notion italienne de pouvoir discrétionnaire. En second lieu, la loi n. 241/1990, comme modifiée par la loi Madia 2015¹⁷, a prévu un délai temporel de 18 mois pour les «décisions d'autorisation ou d'attribution d'avantages économiques», en dehors des cas où ils sont obtenus par fraude, et a laissé le délai «raisonnable» pour toutes les autres décisions.

Avant la loi Madia de 2015, la référence à un délai raisonnable pour *l'annullamento* de tous les types d'actes permettait à l'administra-

(16) Dans l'arrêt Ce, 3 novembre 1922, n. 74010, *Dame Cachet*, c'est affirmé: «le ministre peut encore, même après l'expiration de ces délais et tant que le Conseil d'Etat n'a pas statué, annuler lui-même l'acte attaqué dans la mesure où il a fait l'objet dudit recours, et en vue d'y donner satisfaction, mais qu'il ne saurait le faire que dans les limites où l'annulation a été demandée par le requérant et sans pouvoir porter atteinte aux droits définitivement acquis par la partie de la décision qui n'a dans les délais été ni attaquée ni rapportée». Voir aussi: *Code des relations entre le public et l'administration*, Annoté & Commenté, Dalloz, 2016, p. 158.

(17) La loi Madia n. 124/2015, dans la perspective de simplification de l'action administrative a apporté des modifications à la loi sur la procédure administrative, mais elle concerne aussi l'organisation de l'administration et, en particulier, elle prévoit une réforme des sociétés et des dirigeants publics.

tion d'utiliser son pouvoir *d'annullamento d'ufficio* parfois bien après l'adoption de l'acte.

Il peut être intéressant de comparer la notion française de «décisions créatrice de droits» avec la notion italienne de «décisions d'autorisation ou d'attribution d'avantages économiques». Le terme italien d'autorisation est utilisé dans un sens général et comprend toutes les décisions favorables, tous les actes qui permettent d'exercer un service libéralisé ou privatisé¹⁸. Mis à part les termes choisis par les deux ordres juridiques, la démarche apparaît similaire et se résume à la détermination des actes qui peuvent se définir comme créateurs de droits.

Généralement, le respect d'un délai temporel est apprécié en ce qu'il rééquilibre le rapport personne privée/administration: tout comme l'administré ne peut saisir le juge indéfiniment, l'administration ne peut pas indéfiniment annuler l'acte, même illégal.

Alors que *l'annullamento d'ufficio* concerne l'acte illégal, le pouvoir de *revoca* est utilisé seulement sur une décision légale qui est cependant considérée inopportune. La loi 241/1990 spécifie les motifs d'inopportunité, c'est-à-dire: pour des raisons d'intérêt public postérieures; pour des circonstances de fait postérieures qui n'étaient pas prévisibles quand l'acte a été adopté; pour une nouvelle évaluation de l'intérêt public originaire (*ius poenitendi*), exclusion faite des décisions d'autorisation ou d'attribution d'avantages économiques (cette limitation du *ius poenitendi* a été ajoutée en 2014).

La loi générale prévoit, en cas d'utilisation du pouvoir de *revoca*, la possibilité d'une indemnisation (qui n'est pas intégrale car elle couvre seulement le *damnum emergens*) des préjudices subis par les bénéficiaires de l'acte retiré. Cette indemnisation suffit pour protéger la confiance légitime de l'administré dans l'exercice du pouvoir de *revoca*¹⁹.

Ce pouvoir de *revoca* semble ne pas avoir d'équivalent en droit français. En effet, on ne peut lui assimiler l'abrogation de droit français car celle-ci peut avoir pour objet un acte illégal.

(18) Cons. Stato, par., 30 marzo 2016, n. 839, en www.giustizia-amministrativa.it.

(19) En revanche, dans l'exercice du pouvoir d'*annullamento d'ufficio* la protection de la confiance légitime est assurée par l'indication des motifs d'intérêts public et par le respect du délai temporel.

Le terme *revoca* pourrait se traduire littéralement par le terme révocation. Néanmoins, ce dernier est généralement utilisé dans d'autres contextes²⁰. On retrouve: la révocation d'une personne, dans le droit de la fonction publique ou dans les relations privées (par ex. la révocation d'un fonctionnaire ou la révocation d'un mandataire); la révocation d'un acte, dans le droit privé (ex. révocation d'un testament, révocation d'une donation pour cause d'ingratitude); la révocation d'un avantage normalement à titre de sanction²¹. Dans ces cas, la révocation n'est généralement pas libre (ni discrétionnaire), mais se fonde sur des motifs étrangers à l'acte.

Ceci étant dit, le seul cas d'abrogation/retrait d'une décision légale, créatrice de droits, impose comme conditions préalables la demande du bénéficiaire et son remplacement par une décision plus favorable au bénéficiaire, sans atteinte aux droits des tiers (art. L. 242-4 du Code de relations entre le public et l'administration). Dans ce cas, il n'y a pas de liens avec *la revoca* italienne.

3. *Le sort du contrat*

3.1. *Les solutions données par la jurisprudence à la problématique italienne et la position du nouveau code des marchés publics*

La description du pouvoir *d'annullamento d'ufficio e di revoca* avec une approche comparatiste semble nécessaire pour mieux comprendre la portée de la problématique italienne. Dans quelle mesure *l'annullamento d'ufficio* et *la revoca* de l'acte administratif préalable peuvent-ils compromettre la validité du contrat?

Pour statuer, la jurisprudence italienne prend en considération le type de contrat et d'acte administratif préalable, ainsi que les motifs invoqués par l'administration pour le retrait de la décision, c'est-à-dire de légalité (*annullamento d'ufficio*) ou d'opportunité (*revoca*).

(20) Néanmoins, le terme «révocation» a été quelque fois entendu au sens large comme désignant soit l'abrogation soit le retrait. Le Plessix a utilisé, dans son traité, le mot «révocation des décisions administratives» pour évoquer le retrait et l'abrogation des actes administratifs. B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Lexis Nexis, 2016, p. 1086.

(21) G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, 11 éd., 2016, p. 931.

D'abord, le Conseil d'État a étendu l'effet de l'invalidité automatique par ricochet (*caducazione automatica*) utilisée dans une relation entre deux actes administratifs, au cas d'un contrat et de l'acte administratif préalable ayant fait l'objet d'un *annullamento d'ufficio*. Cette solution a été adoptée dans le champ des marchés publics et de la délégation de service public²². Elle est aussi applicable lorsque l'acte administratif préalable a fait l'objet d'une *revoca*.

Cependant dans le contexte des sociétés mixtes, où l'associé privé est choisi suite à une procédure administrative de mise en concurrence des candidats, le Conseil d'État a considéré, dans un *obiter dictum*, que l'*annullamento d'ufficio* de la passation n'implique pas une invalidité par ricochet automatique du contrat de société. C'est au juge judiciaire que revient le pouvoir de déterminer le sort du contrat (avec la possibilité de prononcer une invalidité dérivée du contrat)²³.

En 2014, le Conseil d'État, en séance plénière, a adopté deux importants arrêts.

En matière de contrats *d'interest rate swap*, stipulés par les collectivités territoriales, le Conseil d'État, bien qu'il ait confirmé la jurisprudence précédente sur l'invalidité par ricochet en conséquence de l'*annullamento d'ufficio/revoca* de l'acte administratif, s'est attardé sur la question de la nature de l'acte préalable au contrat. Dans le cas examiné, il a considéré qu'en absence d'une procédure administrative (il n'y avait pas une offre à évaluer ou une négociation), l'acte préalable au contrat était un acte de droit privé. Il s'est donc déclaré incompétent au profit du juge judiciaire²⁴.

Le Conseil d'État a été aussi interrogé sur la possibilité pour l'administration d'utiliser le pouvoir de *revoca* dans le contexte des marchés publics. Il a relevé que le Code des marchés publics prévoit la résiliation unilatérale du contrat de marché public aux mêmes conditions préa-

(22) Cons. Stato, sez. III, n. 2802/2013; Cons. Stato, sez. V, n. 11/2011, n. 5032/2011, n.1998/2010. Cette jurisprudence a été confirmé par Cons. Stato, Ad. plen., n. 14/2014.

(23) Cons. Stato, Ad. plen., n. 10/2011.

(24) Cons. Stato, Ad. plen., n. 13/2014.

lables que la *revoca* de l'acte administratif, c'est-à-dire pour des raisons d'intérêt public postérieures.

Le Conseil d'État a alors établi le principe par lequel après la signature du contrat de marché public, l'administration ne peut plus invoquer le pouvoir de la *revoca* (qui sert à abroger l'acte légal) pour provoquer l'invalidité par ricochet du contrat. L'administration peut seulement utiliser la résiliation unilatérale. En revanche, il a confirmé la thèse selon laquelle, *l'annullamento d'ufficio* de l'acte préalable provoque l'invalidité automatique du contrat²⁵.

Le nouveau code des contrats publics, *decreto legislativo* du 19 avril 2016 n. 50, mis à jour par le décret correctif adopté le 19 avril 2017²⁶, qui a transposé les directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE, a prévu la résiliation unilatérale pour tous les contrats de marché public. Il a également prévu la possibilité de la résolution du contrat même quand le contractant aurait dû être exclu de la procédure, c'est-à-dire dans un cas d'illégalité de la passation.

En conséquence, la résiliation unilatérale du contrat empêche la *revoca* de l'acte préalable et l'invalidité par ricochet du contrat, comme la jurisprudence l'avait déjà affirmé. La résolution pourrait, de son côté, éviter l'utilisation de *l'annullamento d'ufficio* de l'acte préalable et son effet sur le contrat dans le cas prévu par le Code.

Néanmoins, dans le cadre des contrats de concession, le nouveau code, après sa modification par le décret correctif, prévoit, en plus de la résolution pour faute du concessionnaire ou de l'administration, et de la résiliation, les pouvoirs *d'annullamento d'ufficio e di revoca* sur l'acte préalable, qui comportent l'anéantissement du contrat. Il faut aussi noter que le code affirme que, dans ce cas, le délai du pouvoir d'abrogation/retrait, introduit par la loi Madia, ne s'applique pas.

(25) Cons. Stato, Ad. plen., n. 14/2014, suivie par Cons. Stato, sez. III, n. 5026/2016 et par Cons. Stato, sez. III, n. 1310/2017.

(26) En particulier, le Gouvernement a utilisé la possibilité, prévue par la loi, d'adopter des décrets correctifs et intégratifs dans un délai d'un an depuis l'adoption du nouveau code.

3.2. *Le traitement de la problématique en droit français: la théorie de l'acte détachable et la résiliation du contrat administratif*

Cette problématique italienne semble faire écho à celle des conséquences de l'annulation des actes détachables du contrat. Néanmoins, cette question se posait à propos de l'annulation de l'acte administratif par le juge, et non de l'abrogation ou du retrait de l'acte par l'administration, c'est-à-dire par voie d'un recours.

En effet, l'invalidité du contrat par ricochet, en conséquence du retrait/abrogation de l'acte préalable, ne se retrouve pas en droit substantiel français: c'est probablement parce que i) le délai du pouvoir de retrait ou abrogation, en cas d'illégalité de l'acte préalable au contrat, est très court (il a une durée de 4 mois); ii) l'invalidité du contrat par ricochet demeure un moyen du droit procédural.

En droit italien, le code de procédure contentieuse administrative règle le cas de l'annulation par le juge. L'annulation de la passation entraîne l'inefficacité d'office du contrat dans certaines circonstances (*i.e.* graves violations du droit) et la simple possibilité de cette inefficacité dans les autres cas²⁷. Le terme «inefficacité» a été choisi pour souligner le fait que l'annulation de l'acte préalable empêche seulement le contrat de produire ses effets, sans se prononcer sur la nature du vice affectant ce contrat.

En droit français, l'annulation de l'acte détachable était un moyen pour le tiers de provoquer la nullité/annulation²⁸ du contrat qui lui était défavorable. Ainsi, dans l'arrêt *Cité cable Est*²⁹, un contrat a été annulé à la demande d'un tiers suite à l'annulation d'un acte préalable par le juge. Il n'empêche que le juge disposait d'une certaine liberté pour prononcer la nullité en fonction du motif d'annulation de l'acte détachable et de la relation entre ce dernier et le contrat³⁰ ou encore du type de vice

(27) Voir les articles 121 et 122 du code de la procédure contentieuse administrative. En effet, ces règles nationales transposent la Directive 2007/66/CE relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

(28) L'arrêt «*Béziers I*» (CE Ass. 28 décembre 2009 Commune de Béziers) a substitué la notion d'annulation à celle de nullité.

(29) CE Section, 20 octobre 2000.

(30) Pour une étude de cette matière, voir F. LLORENS, *Les conséquences de la nullité des mar-*

affectant le contrat. Cette solution était liée au fait qu'auparavant seules les parties du contrat pouvaient attaquer le contrat. Pour y remédier, le Conseil d'État, dans l'arrêt *Martin*, avait admis le recours pour excès de pouvoir d'un tiers contre l'acte détachable³¹. Cette solution est caduque depuis que le Conseil d'État a admis la possibilité d'un recours direct contre le contrat, d'abord pour une certaine catégorie de tiers (les concurrents évincés)³², puis pour tous les tiers lésés³³.

Cependant, la théorie de l'acte détachable n'a pas totalement disparu. Indépendamment du recours de pleine juridiction dont disposent les tiers, le Conseil d'État a très récemment reconnu pour les tiers la possibilité de contester, devant le juge de l'excès de pouvoir, la légalité de l'acte administratif portant sur l'approbation du contrat; c'est-à-dire seulement pour contester des vices propres à l'acte d'approbation lui-même³⁴.

Pour résumer, les effets sur les contrats du pouvoir *di revoca* ou *d'annullamento d'ufficio* sur l'acte administratif préalable au contrat en droit italien, semblent rappeler les effets de l'annulation par le juge de l'acte détachable au contrat. En effet, les pouvoirs d'abrogation et du retrait en droit français ne sont pas utilisés pour atteindre le contrat. On retrouve plutôt le pouvoir de l'administration de résiliation du contrat administratif pour des raisons d'intérêt général ou pour faute grave du co-contractant.

Ce pouvoir est unilatéral et existe aussi si le contrat ne le prévoit pas parce qu'il est considéré comme une «règle générale applicable aux

chés publics et des délégations de service public, en *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 592, 2002, p. 571.

(31) Ce, 4 août 1905, *Martin*, Rec. CE 1905, p. 749 concl. *Romieu*.

(32) Ce, Assemblée, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*.

(33) Arrêt d'Assemblée du 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne c/Bonhomme*.

(34) Dans ce cas les parties ont demandé d'annuler le décret d'approbation du contrat et d'enjoindre de saisir le juge du contrat, afin que l'annulation du contrat soit prononcée, mais les requêtes ont été rejetées pour l'absence d'une atteinte directe et certaine aux intérêts des parties. Ce, 23 décembre 2016, *Association Etudes et consommation CERV du Languedoc-Roussillon et Association ARAC Montpellier*, n° 392815, 392819, B.

contrats administratifs³⁵. C'est alors une faculté de l'administration, qui en présence d'un motif d'intérêt général, peut mettre fin au contrat avant son terme, et sous réserve d'une indemnisation du cocontractant³⁶.

Le problème devient la fixation du montant de l'indemnisation, qui peut être prévu dans une clause contractuelle, et qui, en principe, ne peut pas être supérieure au préjudice subi réellement. S'agissant d'une comparaison avec le droit italien, le cas «*écotaxe*»³⁷, relative à la résiliation d'un contrat portant sur le financement, la conception, la réalisation, l'entretien, l'exploitation et la maintenance du dispositif nécessaire à la collecte, à la liquidation et au recouvrement de l'écotaxe poids lourds, conclu entre l'État français et *Autostrade per l'Italia* (le même cocontractant qui aujourd'hui est impliqué dans l'affaire du pont autoroutier de Gênes avec l'État italien), doit être rappelé. En effet, l'évaluation des conséquences économiques du pouvoir de résiliation, qui est matière du droit national, nécessite un approfondissement à part entière.

Dès lors, pour ce qui concerne la résiliation du contrat, la transposition des directives sur la passation des marchés publics et sur les concessions en droit national, respectivement par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, ne semble pas avoir eu un effet très novateur.

(35) CE, 2 mai 1958, *Distillerie de magnac-Laval*; CE, 31 juillet 1996, n. 126594, *Sté des téléphériques du massif du Mont-Blanc*.

(36) Voir: L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, 10 éd., LGDJ, 2015, p. 423; L. RICHER, F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 10 éd. 2016, p. 250; M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, Lexis Nexis, 2015, p. 364. Selon le Plessix: «il est curieux de faire relever des règles générales applicables aux contrats administratifs, indépendantes et l'emportant sur les prévisions contractuelles, le pouvoir de résiliation unilatérale mais non son corollaire, l'indemnisation du cocontractant, alors que, historiquement, pour le Conseil d'État lui-même et ses membres les plus éminents, l'un ne va pourtant pas sans l'autre». B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Lexis Nexis, 2016, p. 1248.

(37) Voir: S. MARTIN, *Écotaxe – Les conséquences de la suspension de l'écotaxe*, en *Revue de droit des transports*, 4, 2013, comm. 72, Lexis360; ID., *La fin de l'écotaxe*, en *Revue de droit des transports*, 4, 2013, comm. 72, Lexis360; F. ROLIN, *Le contrat de partenariat «écotaxe», symptôme d'un Etat impotent*, en *AJDA*, 2013, p. 2225. Voir aussi https://www.lemonde.fr/economie/article/2015/01/02/l-etat-paie-au-prix-fort-son-revirement-sur-l-ecotaxe_4548458_3234.html.

4. *Vers un rapprochement des droits nationaux ?*

Dans les prérogatives de l'administration sur les actes administratifs on retrouve *l'annullamento d'ufficio* et *la revoca* en droit italien et le pouvoir d'abrogation et de retrait pour ce qui concerne le droit français. Ceux-là ne coïncident pas totalement.

En effet, *l'annullamento d'ufficio* est utilisé en cas d'illégalité initiale de l'acte administratif individuel et il est rétroactif, alors que *la revoca* est utilisée pour des motifs d'opportunité postérieurs et n'aura d'effets que pour le futur.

En revanche, la distinction entre l'abrogation et le retrait concerne principalement les effets; les deux sont utilisables quand l'acte est illégal.

En droit italien l'administration n'avait pas, en général, de prérogatives directes sur le contrat de marchés publics ou de concessions³⁸; l'exécution de ces derniers étant en principe régie par le droit privé. Elle passait donc par *l'annullamento d'ufficio* et *la revoca* de l'acte administratif préalable pour provoquer des conséquences sur le contrat.

Néanmoins, le nouveau code des contrats publics, qui transpose la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et la directive 2014/23/UE sur les concessions, a prévu pour tous les contrats de marché public la résiliation unilatérale et leur résolution dans certains cas d'illégalité de la passation. Par conséquent, la première reprend la place de la *revoca*, et la seconde, pourrait se substituer à *l'annullamento d'ufficio*. En réalité, le décret correctif du nouveau code mentionne aussi le pouvoir de *l'annullamento d'ufficio* (mais pas de *la revoca*). C'est-à-dire que pour les marchés publics, il reste l'alternative de la résolution du contrat ou de l'utilisation du pouvoir *d'annullamento d'ufficio* sur l'acte préalable au contrat.

Dans le cadre des contrats relatifs aux concessions, le code a prévu la résolution de la concession, mais il a aussi souligné que l'administration peut utiliser son pouvoir *d'annullamento d'ufficio/revoca*. Par conséquent, il y aura la possibilité de contester directement la concession (à travers la résolution) ou d'attaquer son acte préalable (avec le pouvoir *d'annullamento d'ufficio e di revoca*).

(38) En réalité, le Code de 2006 prévoyait le pouvoir de résiliation pour des motifs d'intérêts général uniquement pour les contrats de marchés publics. Voir: par. 3.1.

L'administration française, par contre, ne s'est jamais servie de l'abrogation/retrait de l'acte préalable pour contester le contrat de marché public et de concession. Elle a toujours utilisé directement son pouvoir spécial de résiliation unilatérale pour la protection de l'intérêt général. Ce pouvoir, qui est utilisable pour tous les contrats administratifs, est l'un des principes généraux du droit et a été aussi codifié dans le cadre des marchés et des concessions.

En conclusion, il semble que les systèmes italien et français tendent à se rapprocher: si la pratique de *l'annullamento d'ufficio/revoca* n'a pas été effacée, la résiliation (pratiquée en France) et la résolution, qui sont des pouvoirs directs sur le contrat, ont été prévues par le code italien. Ce rapprochement semblerait être le fruit du droit européen qui a réglé la phase d'exécution des marchés et des concessions et, en particulier, la résiliation/résolution du contrat. Les conséquences économiques de ces pouvoirs dans le contexte des marchés publics et des concessions nécessitent, quant à elles, de faire l'objet d'un débat distinct.