

# Les contrats publics à durée indéterminée

Différents principes de droit public justifient que des contrats administratifs ne peuvent être conclus pour une durée indéterminée. Cependant, le pouvoir de résiliation unilatérale neutralise l'application d'autres principes de droit public qui pourraient, sinon, imposer un terme déterminé dans d'autres contrats publics. Mais, s'il est donc des contrats administratifs à durée indéterminée, la conclusion serait toutefois toute relative si le principe prohibant les engagements perpétuels devait leur être appliqué.

Le sujet renferme une question simple : est-ce que le caractère administratif des contrats emporte une obligation de les encadrer dans une durée déterminée ou, au contraire, emporte sur le sujet une liberté que ne connaissent pas les contrats de droit privé ? La réponse paraît acquise aujourd'hui, mais dans une mesure qui demeure sans doute encore incertaine pour partie : il n'est pas de principe de droit public qui interdit toute idée de contrat à durée indéterminée ; mais bien des contrats administratifs échappent toutefois à cette assertion de principe, et ce précisément à raison de ce qu'ils sont des contrats soumis à telle ou telle règle de droit public. Et s'il est encore des contrats administratifs qui pourraient ne pas être conclus à terme déterminé, cela ne pourrait tenir qu'à la seule circonstance qu'ils échappent peut-être (par ailleurs) à l'application de telle ou telle règle de droit privé. Et c'est sans doute ici que réside l'enjeu du sujet.

Il commande d'apprécier si l'obligation – ou non – de fixer une durée déterminée dans tel ou tel contrat administratif tient non seulement à l'application de certains principes de droit public, mais aussi à l'application de certains principes de droit privé.

## Une durée (in)déterminée à raison des principes de droit public

Il paraît acquis qu'« un contrat administratif n'est pas, par nature, insusceptible d'être conclu pour une durée indéterminée »<sup>(1)</sup>. Mais il est également entendu que certains principes de droit public, attachés au droit de la commande publique ou à la protection des propriétés publiques, peuvent emporter – incidemment ou non – une obligation d'intégrer une durée dans certains contrats administratifs. Et c'est seulement au titre d'un autre

(1) B. Dacosta, concl. sous CE 24 novembre 2008, Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic Saint-Loup, req. n° 290540, *BJCP* 2009, n° 63, p. 151 et s.

### Auteur

**Astrid Boullault et Alexandre Vandepoorter**  
Avocats, Cabinet Seban et associés

### Mots clés

Inaliénabilité du domaine public • Liberté d'accès à la commande publique • Prohibition des engagements perpétuels • Résiliation unilatérale

principe de droit public, le pouvoir de résiliation unilatérale du contrat, qu'il demeure possible de maintenir une durée indéterminée dans d'autres contrats administratifs.

### Une durée déterminée au titre des principes de la commande publique

Au nom des exigences d'égalité et de liberté d'accès à la commande publique, de nombreux textes imposent que les contrats publics comportent une durée déterminée, afin qu'ils soient périodiquement remis en concurrence. Il est ainsi des textes qui posent clairement une interdiction de stipuler une durée illimitée : « les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée », laquelle est fixée, dans chaque contrat, en fonction de la « nature et du montant de l'investissement à réaliser »<sup>[2]</sup>, sachant que pour certaines délégations de service public, la durée est en principe plafonnée<sup>[3]</sup>. Il en va de même des contrats de partenariat qui doivent être conclus « pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues »<sup>[4]</sup>, et qui sont donc nécessairement enfermés dans une durée déterminée ou, à tout le moins, déterminable. Enfin, les marchés publics doivent comporter une durée fixée « en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique »<sup>[5]</sup>.

### Une durée déterminée au titre de la protection des propriétés publiques

La « protection de la propriété publique », qui est assurée « à titre égal » avec la protection de la propriété des personnes privées, fait obstacle à ce que le domaine public, qui est affecté par définition à l'utilité publique, fasse l'objet d'une appropriation privative de trop longue durée, et ce par la voie d'un transfert de droits réels au profit de l'occupant<sup>[6]</sup>. C'est ce que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser. Et les textes traduisent logiquement ce principe : les baux emphytéotiques administratifs ont une durée comprise entre 18 et 99 ans<sup>[7]</sup>, et les autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels ne peuvent excéder 70 ans<sup>[8]</sup>, sachant du reste que leur durée doit être fixée en considération de l'amortissement des investissements à réaliser par le preneur<sup>[9]</sup>. Et on sait que le Conseil d'État

a autrement confirmé que les contrats d'occupation du domaine public emportant constitution de droits réels devaient nécessairement comporter une durée déterminée<sup>[10]</sup>. Dans la continuité de ce principe de protection des propriétés publiques, le principe d'inaliénabilité du domaine public<sup>[11]</sup>, qui n'a sans doute pas une portée constitutionnelle mais qui s'impose sinon aux conventions de l'administration, pourrait également imposer une durée déterminée au contrat de mise à disposition du domaine public qui emporte des droits réels au profit du titulaire : une cession sans fin des « droits et prérogatives du propriétaire » pourrait sinon frapper frontalement ce principe. Mais c'est ici peut-être qu'un autre principe exorbitant du droit commun, le pouvoir de résiliation unilatérale du contrat, peut incidemment faire échec à cette conclusion : il peut assurer la compatibilité entre une durée indéterminée et l'inaliénabilité du domaine public ou d'autres principes de droit public encore.

### Une durée indéterminée à raison du pouvoir de résiliation unilatérale

Il est en effet sûrement d'autres principes de droit public qui pouvaient incidemment poser une interdiction pour les personnes publiques de conclure des contrats pour une durée indéterminée. La cour administrative d'appel de Nantes<sup>[12]</sup>, puis celle de Marseille en avaient ainsi jugé du principe d'adaptabilité du fonctionnement du service public : « la durée d'un contrat conclu entre deux personnes publiques et qui a pour objet, comme en l'espèce, l'organisation du service public de la distribution d'eau potable par la mise en commun et le partage des ressources, ne saurait, sans qu'il soit porté une atteinte excessive aux principes qui régissent le fonctionnement du service public et notamment au principe d'adaptabilité, être fixée sans aucune limitation »<sup>[13]</sup>. Mais le Conseil d'État n'a pas suivi le raisonnement dans sa décision Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic Saint-Loup : il a jugé qu'aucun principe régissant le fonctionnement du service public n'impose qu'un contrat administratif conclu entre deux personnes publiques comporte un terme déterminé, dès lors que les personnes publiques peuvent résilier unilatéralement leurs contrats<sup>[14]</sup>, et peuvent donc fatalement adapter comme bon leur semble leur service public.

Un autre principe de droit public a pu paraître faire obstacle à toute idée qu'un contrat administratif puisse ne pas avoir de terme déterminé. La cour administrative d'appel de Marseille avait ainsi considéré que la

[2] CGCT, art. L. 1411-2.

[3] CE 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet, req. n° 271737.

[4] CGCT, art. L. 1414-1.

[5] Code des marchés publics, art. 16.

[6] Cons. const., décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994.

[7] Article L. 1311-2 du CGCT, qui renvoie à l'article L. 451-1 du Code rural.

[8] Article L. 2122-6 du CG3P pour l'État et article L. 1311-5 du CGCT pour les collectivités territoriales.

[9] Article L. 2122-6 du CG3P pour l'État et article L. 1311-5 du CGCT pour les collectivités territoriales.

[10] CE 5 février 2009, Association Société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes, req. n° 305021.

[11] CG3P, art. L. 3111-1.

[12] CAA Nantes 27 juin 2003, Commune de Contres, req. n° 00NT00635.

[13] CAA Marseille 5 décembre 2005, Commune de Montpellier, req. n° 03MA00232.

[14] CE 24 novembre 2008, Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic Saint-Loup, req. n° 290540.

clause relative à la durée d'une convention d'occupation du domaine public était substantielle, si bien que son absence entachait de nullité le contrat dans son entier, cette nullité étant d'ordre public « eu égard au principe d'imprescriptibilité du domaine public »<sup>[15]</sup>. Mais c'est, ici encore, au titre du pouvoir de résiliation unilatérale que le Conseil d'État a écarté le raisonnement : le Conseil d'État l'a censurée, au motif que le principe d'inaliénabilité du domaine public implique nécessairement que l'autorité gestionnaire du domaine public puisse mettre fin à tout moment au contrat<sup>[16]</sup>. Le fondement de ces deux décisions Pic Saint-Loup et Société centrale d'agriculture est donc identique : il réside dans le pouvoir de résiliation unilatérale dont dispose la personne publique. Mais le fondement du pouvoir de résiliation lui-même est en revanche distinct : suivant la première décision, il procède du caractère administratif du contrat qui implique nécessairement cette prérogative de puissance publique<sup>[17]</sup>, même si le contrat est conclu entre deux personnes publiques<sup>[18]</sup> ; tandis que dans la seconde décision, il procède du principe d'inaliénabilité du domaine public, principe qui a pour conséquence que les autorisations d'occupation du domaine public sont nécessairement précaires et révocables et qu'elles peuvent, à ce titre, être résiliées à tout moment<sup>[19]</sup>.

Si ce pouvoir de résiliation unilatérale peut ainsi neutraliser des principes de droit public qui voudraient sinon qu'un terme déterminé soit donné au contrat administratif, il connaît toutefois ses limites, dès lors que ce sont, non plus des principes de droit public qui trouvent à s'appliquer, mais (également) des principes de droit privé, dont celui qui prohibe les engagements perpétuels.

## Une durée (in)déterminée à raison des principes de droit privé

Il est un principe de droit privé qui gouverne la matière au quotidien, le principe de prohibition des engagements perpétuels, principe dont il n'est pas pleinement acquis qu'il est applicable aux contrats administratifs.

### Le principe de prohibition des engagements perpétuels

Il ne faut naturellement pas se méprendre sur la signification du principe de prohibition des engagements perpétuels : il n'impose pas qu'un contrat ait une durée déterminée<sup>[20]</sup>. Il interdit seulement qu'une partie soit

irrévocablement et indéfiniment liée à l'autre par un engagement qu'elle ne pourrait pas rompre. Le principe est acquis en droit privé : « si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants »<sup>[21]</sup>. Et la Cour de cassation sanctionne, par une nullité, un contrat ainsi entaché du « vice de perpétuité »<sup>[22]</sup>.

Il est clair que le vice n'affecte pas les personnes publiques puisque, précisément, elles disposent, au titre d'un principe exorbitant, du pouvoir de résilier unilatéralement le contrat. Et il est entendu, de ce point de vue, que dans le cadre d'un contrat administratif conclu entre deux personnes publiques – qu'on pense à la décision Pic de Saint-Loup –, le principe qui prohibe les engagements perpétuels est un principe sans effet sur le sujet. Mais il n'est en revanche d'aucun secours lorsque le contrat administratif est conclu avec une personne privée, comme il advient le plus souvent, parce qu'une personne privée ne peut pas en revanche rompre unilatéralement le contrat<sup>[23]</sup>. Comme le Conseil d'État l'a encore tout récemment rappelé, une personne privée ne peut pas se délier d'un contrat administratif (sauf cas de force majeure) de sa seule initiative, à moins (et c'est ici une nouveauté) que le contrat contienne une clause en ce sens, clause dont la mise en œuvre est toutefois subordonnée à des conditions qui en réduisent substantiellement la portée<sup>[24]</sup>. De ce point de vue, la décision Société centrale d'agriculture suscite en revanche quelque peu la réflexion sur le sujet, puisque fondamentalement elle portait sur une autorisation d'occupation du domaine public, qui ne comportait pas de durée ; et qui de ce point de vue renfermait un vice de perpétuité, à l'endroit – si l'on peut dire – de l'association qui était titulaire de cette autorisation. Il est vrai que le Conseil d'État était invité à se prononcer, non pas sur l'application du principe de prohibition des engagements perpétuels, mais sur la légalité des conventions sans durée déterminée, ce qui – on le disait – est différent. Et la lecture de ses conclusions sous cette décision témoigne de ce que le rapporteur public s'est concentré, en cassation, uniquement sur l'interdiction ou non des contrats à durée indéterminée ; et s'il a pu évoquer la perpétuité, c'est apparemment uniquement en considération de la perpétuité du contrat lui-même (inexistante par l'effet du pouvoir de résiliation unilatérale de la personne publique), et non pas de la perpétuité des engagements respectifs (bien présente

[15] CAA Marseille 27 février 2007, Commune de Nice, req. n° 05MA00234.

[16] CE 5 février 2009, Association Société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes, req. n° 305021.

[17] CE 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, req. n° 32401.

[18] CE 21 décembre 2007, Région Limousin, req. n° 293260.

[19] CG3P, art. L. 2122-3.

[20] « L'absence de terme fixé à la convention ne signifie pas que les parties sont liées à jamais », in G. Pellissier, « L'absence de

terme n'entraîne pas la nullité du contrat conclu entre personnes publiques », *RJEP*, n° 664, mai 2009.

[21] Cons. const., décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999.

[22] Cass. 3<sup>e</sup> civ. 20 février 1991, pourvoi n° 89-17.176.

[23] CE 7 octobre 1988, OPHLM du Havre contre société nouvelle de chauffage Sauchan, req. n° 59729.

[24] CE 8 octobre 2014, Société Grenke location, req. n° 370644, *Contrats publics – Le Moniteur*, n° 149, décembre 2014, p. 62, note J. Mestres et G. Minaire.

pourtant puisque l'association concernée ne disposait pas d'un pouvoir de résiliation pour sa part)<sup>[25]</sup>.

### Le vice de perpétuité dans les contrats administratifs

L'incertitude – et donc l'enjeu du sujet aujourd'hui – est ici : est-ce que le principe de prohibition des engagements perpétuels est un principe de droit privé qui ne peut trouver à s'appliquer aux contrats administratifs à raison de leur caractère particulier, ou est-ce que, au contraire il est un principe de droit commun, applicable au contrat privé comme au contrat de droit public ?

Le tribunal administratif de Cergy-Pontoise s'est tout récemment prononcé sur le sujet. Reprenant le principe posé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 novembre 1999, le tribunal a appliqué le principe au contrat administratif, en jugeant que « si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 s'oppose à ce qu'une partie à un contrat administratif soit engagée pour une durée indéterminée, sans disposer de la faculté de rompre unilatéralement son engagement »<sup>[26]</sup>. Et, suivant les conclusions du rapporteur public, il a ainsi été conduit, au titre de cette « liberté constitutionnelle », à considérer que le contrat était entaché d'un vice tenant à la méconnaissance du principe de prohibition des engagements perpétuels.

La solution peut ne pas surprendre. S'il se comprend sans peine que les personnes privées puissent ne pas disposer du pouvoir de résiliation unilatérale d'un contrat administratif (par définition en charge de missions d'intérêt général, supérieures aux égoïsmes particuliers), il est en revanche difficile de comprendre comment les personnes privées pourraient perdre (renoncer à) une liberté individuelle de nature constitutionnelle, au seul motif qu'elles contractent avec des personnes publiques. Et c'est très précisément en ce sens que le rapporteur public se prononçait : il relevait que les personnes

publiques disposaient d'un pouvoir de résiliation unilatérale auquel elles ne pouvaient pas renoncer, mais il soulignait à l'inverse que « le problème reste entier pour les personnes privées. Elles ne bénéficient pas du pouvoir de résiliation unilatérale qui justifiait la solution des décisions Pic Saint-Loup et Société centrale d'agriculture (...). Et on ne peut considérer qu'une personne privée renoncerait à une liberté qu'elle tient constitutionnellement de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen lorsqu'elle devient partie à un contrat administratif »<sup>[27]</sup>. Et certains auteurs relevaient déjà, par le passé, qu'on devrait « raisonner par analogie avec les jurisprudences judiciaire et constitutionnelle », et considérer que les contrats administratifs dans lesquels un cocontractant est engagé perpétuellement sont illégaux<sup>[28]</sup>.

Le principe de prohibition des engagements perpétuels pourrait donc ne pas échapper aux contrats administratifs, à tout le moins sauf exceptions bien particulières, telles les concessions funéraires qui organisent le terme d'une vie et dont on sait qu'elles peuvent être perpétuelles<sup>[29]</sup>, du moins autant qu'elles sont entretenues en bon état<sup>[30]</sup>.

La matière demeure sans doute incertaine, mais l'enjeu qu'elle renferme se mesure en revanche sans peine : si le principe de prohibition des engagements perpétuels devait trouver à s'appliquer aux contrats administratifs, l'énoncé de départ (pas d'interdiction de principe des contrats sans terme déterminé) serait réduit à peau de chagrin. Et il le serait à raison, ici encore, d'un principe de droit public, mais qu'on n'attendait peut-être pas immédiatement : l'interdiction faite aux personnes privées de résilier à leur propre initiative les contrats administratifs, et donc de sortir librement d'un engagement sinon perpétuel.

[25] N. Escault, concl sous CE 5 février 2009, Association Société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes, req. n° 305021, *BJCP* 2009, n° 64, p. 224 et s.

[26] TA Cergy-Pontoise 18 mars 2014, Société ERDF c/ M. et Mme Molina, req. n° 1103221.

[27] Conclusions du rapporteur public Sylvain Merenne sous le jugement du TA de Cergy-Pontoise du 18 mars 2014, Société ERDF c/ M. et Mme Molina, req. n° 1103221, *RFDA* 2014, p. 711 et s.

[28] F. Melleray, « les contrats administratifs sans limitation de durée », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ. C'est également ce que soutient Laurent Richer, in *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9<sup>e</sup> édition, p. 218.

[29] CGCT, art. L. 2223-14.

[30] D. Dutrieux, « la durée des concessions funéraires octroyées dans les cimetières », *LPA* février 2013 n° 26, p. 3 et s.