

Tribunal des Conflits

N° 3963

Société Axa France IARD c/ MAIF

Conflit négatif

Séance du 15 septembre 2014

Rapporteur : M. Ménéménis

Commissaire du gouvernement : F. Desportes

Conclusions

I.- L'île Fanac située sur la Marne à Joinville-le-Pont est depuis fort longtemps le siège de l'activité de l'association Aviron Marne et Joinville (AMJ) anciennement dénommée société nautique de la Marne. D'abord propriétaire des terrains et bâtiments nécessaires à cette activité, l'association les a vendus en 1985 à la commune de Joinville-le-Pont. Elle n'en a pas pour autant perdu la jouissance puisque la commune les lui a donnés à bail dès 1988, s'engageant de surcroît à remettre en état les bâtiments. Cet engagement n'ayant pu être tenu faute de ressources financières suffisantes, d'un commun accord, par une convention du 5 octobre 2005, au cœur de la discussion ouverte devant vous, les parties ont résilié le bail conclu en 1988. Par cette même convention, la commune de Joinville-le-Pont a consenti à l'association, moyennant un loyer d'un euro, un nouveau bail, d'une durée de 79 ans, limité cependant à une parcelle et au bâtiment à usage de « cercle garage » y étant édifié, soit à une partie seulement du terrain et des constructions qui faisaient l'objet du précédent bail. Il était convenu que le produit de la vente des biens immobiliers désormais exclus du bail serait utilisé pour financer la réhabilitation du bâtiment loué.

Moins d'un mois plus tard, le 25 octobre 2005, un incendie a détruit ce bâtiment. La société Axa France IARD (Axa) a alors versé à la commune dont elle était l'assureur une indemnité de près de 4,3 millions d'euros. Subrogée dans les droits de son assurée, elle a ensuite assigné la Mutuelle assurance des instituteurs de France (MAIF), assureur de l'association AMJ, devant le tribunal de grande instance de Créteil, aux fins de la voir condamnée à lui rembourser le montant de cette indemnité.

Il ne fait pas de doute et n'est d'ailleurs pas discuté que la juridiction judiciaire est compétente pour connaître de l'action directe ainsi exercée sur le fondement de l'article L. 121-12 du code des assurances (v. TC 7 juin 1999, *Cne de Ceyzeriat*, Rec. p. 453). Cette compétence n'exclut pas cependant celle de la juridiction administrative lorsque se pose devant le juge judiciaire une question préjudicielle ressortissant à celle-ci. C'est précisément ce qu'a soutenu en l'espèce la MAIF. Elle a fait valoir que le bail conclu entre la commune et l'association était administratif de sorte que seule la

juridiction administrative était compétente pour apprécier les responsabilités découlant de son exécution ou de son inexécution. Infirmant la décision du juge de la mise en état de Créteil, la cour d'appel de Paris, par arrêt du 1^{er} juin 2010, a fait droit à cette argumentation. En conséquence, elle a invité la société Axa à « saisir la juridiction administrative compétente pour faire déterminer les responsabilités dans l'incendie » et sursis à statuer sur l'action directe. Le pourvoi formé par la société Axa contre cet arrêt a été rejeté le 16 mai 2012 par la Cour de cassation (Civ. 1^{ère}, n° 10-21.624).

Saisi par la société Axa, le tribunal administratif de Melun, par jugement du 12 février 2014, n'a pas suivi l'appréciation portée par le juge judiciaire sur la qualification du contrat, considérant que le bail conclu entre la commune et l'association s'analysait en un acte de gestion du domaine privé de la commune. En conséquence, il a renvoyé la question de compétence à votre Tribunal sur le fondement de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849. Les conditions d'application de ce texte sont réunies, un conflit négatif pouvant se nouer à l'occasion de l'examen d'une question présentée comme préjudicielle (v. TC 24 avr. 2006, *SCP Médecin Reichheld et Sturtzer*, Rec. p. 629).

Comme souvent, à la question de la compétence juridictionnelle s'attache un enjeu de fond. En effet, si, comme le soutient la MAIF, le contrat litigieux est regardé comme administratif, ne pourront être invoquées contre l'association les dispositions de l'article 1733 du code civil qui font peser une présomption de responsabilité sur le locataire en cas d'incendie du bien loué.

II.- Il est constant que les juridictions judiciaires sont compétentes pour connaître des litiges relatifs au domaine privé ainsi que l'a énoncé le tribunal administratif de Melun (v. entre beaucoup d'autres : TC, 10 mai 1993, *Miette et SNC Olivier*, Rec. p. 399 - TC 14 déc. 2009, *Syndicat mixte de gestion du canal d'Orléans*, n° 3715 - TC 19 mai 2014, *Département du Nord*, n° 3942, Rec.). Pour justifier la compétence du juge administratif, la MAIF a avancé plusieurs arguments. Elle a soutenu, en premier lieu, que le contrat portait sur une dépendance du domaine public, circonstance qui, par application de l'article L. 2331-1 du CG3P, lequel codifie les dispositions du décret-loi du 17 juin 1938, détermine la compétence administrative, en deuxième lieu, qu'il s'analysait en un bail emphytéotique administratif, qualification emportant la compétence administrative en application de l'article L. 1311-2 du CGCT et, enfin, qu'il devait en tout état de cause être regardé comme un contrat administratif en raison du caractère exorbitant du droit commun de certaines de ses clauses. Ce sont donc ces trois points qu'il nous faut examiner.

1.- L'appartenance des installations considérées au domaine public doit être appréciée à la lumière de la définition que la jurisprudence donnait de ce domaine à l'époque à laquelle le contrat litigieux a été conclu. Selon cette définition bien connue, dégagée par les arrêts du Conseil d'Etat *société Le Béton* de 1956 et *Dauphin* de 1959, et largement consacrée depuis lors par le législateur, un immeuble dont une personne publique est propriétaire est incorporé dans son domaine public dès lors qu'il reçoit une

affectation soit à l'usage direct du public, soit à un service public et qu'il est spécialement aménagé à cet effet¹.

Au cas présent, il est constant que les terrains et installations donnés à bail à l'association ne sont pas directement ouverts au public puisque leur accès est réservé aux membres de l'association et aux tiers autorisés par elle.

La seule question qui se pose est donc celle de savoir s'ils peuvent être considérés comme dépendant du domaine public au motif qu'ils seraient affectés à un service public.

Certains précédents pourraient inciter à répondre par l'affirmative. Ainsi, le Conseil d'Etat a considéré qu'un immeuble appartenant à une commune et transformé par elle en gîte rural devait être regardé comme étant affecté au service public du développement économique et touristique (v. CE 25 janv. 2006, *Cne de La Souche*, n° 284878, T. – v. déjà : TC 14 mai 1990, *Cne de Bouyon* 2611, T.). Cette affaire se distingue toutefois de celle qui vous est soumise, non seulement, bien sûr, par la nature de l'activité en cause, mais également par la circonstance qu'aucune personne privée n'exploitait encore le bien immobilier conformément à la destination qui lui avait été donnée par la commune. Plus proche de notre espèce est celle dont a eu à connaître le Conseil d'Etat dans son arrêt *Ville de Toulouse* du 13 juillet 1961 (Rec. p. 513). Dans cet arrêt, il a jugé qu'étant affecté à la pratique des sports et répondant ainsi à un besoin d'utilité publique, un stade municipal se trouvait incorporé au domaine public communal nonobstant sa location à une association sportive.

Au cas présent, la transposition de la solution retenue par cet arrêt pourrait conduire à considérer de la même manière que, dès lors qu'il est destiné à la pratique de l'aviron, laquelle constitue comme tout autre sport, une activité d'intérêt général ainsi qu'en dispose l'article L. 100-1 du code du sport, l'ensemble immobilier donné à bail doit être regardé comme étant affecté à un service public, et donc comme étant incorporé dans le domaine public de la commune, étant précisé que le « cercle garage », objet du bail, est sans conteste un bâtiment spécialement aménagé pour accueillir les adeptes de l'aviron et leur matériel. Vous pourriez être d'autant plus tentés de retenir cette solution qu'à l'évidence la commune s'est attachée à soutenir le maintien sur l'île Fanac de l'association, et donc de son activité. Les stipulations de la convention litigieuse sont en effet plutôt avantageuses pour le preneur, le loyer étant réduit à un

¹ Rappelons que la définition qui figure désormais à l'article L. 2111-1 CG3P issu de l'ordonnance du 2006 se sépare sur deux points de l'ancienne définition prétorienne : d'une part, la condition tenant à l'existence d'un aménagement ne s'applique plus que dans le cas où le bien est affecté à un service public et, d'autre part, le texte exige désormais que cet aménagement soit « indispensable ». Cela étant, compte tenu des circonstances de l'espèce, il n'est pas certain qu'un enjeu particulier s'attache à la mise en œuvre de l'une ou l'autre définition.

euro symbolique et la commune s'engageant en outre à faire effectuer les travaux de réhabilitation du bâtiment. Cette faveur peut d'ailleurs s'expliquer aisément. Ainsi que le fait valoir la MAIF, au-delà de l'intérêt général qui y est attaché en soi, la pratique de l'aviron revêt sans conteste une importance particulière dans une commune des bords de Marne dont le nom est associé à ce sport depuis la seconde moitié du XIX^{ème} siècle.

Cependant, en dépit des arguments militant en faveur de la reconnaissance de l'affectation de l'ensemble immobilier considéré au service public, nous avons quelque réticence à nous rallier à cette solution. Il nous paraît en effet un peu abrupt de poser en principe que l'affectation à un service public d'un bien immobilier appartenant à une commune peut être déduite de la seule circonstance qu'il a été aménagé pour permettre la pratique d'un sport sans avoir égard aux conditions de son exploitation. L'affectation à une activité d'intérêt général ne suffit pas en effet à caractériser l'affectation à un service public (v. Civ. 1^{ère} 24 mars 1987, Bull. n° 110 – CE 22 févr. 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, Rec. p. 94). Il faut également s'attacher aux conditions concrètes d'exercice de cette activité.

Au demeurant, dans l'arrêt déjà cité *Ville de Toulouse* du 13 juillet 1961, à l'appui de la solution retenant l'affectation du stade municipal au service public, le Conseil d'Etat a pris soin de relever dans une incidente que le contrat de bail ne concédait pas à l'association l'utilisation exclusive du stade, la ville s'étant réservée la faculté d'y organiser elle-même toutes manifestations sportives. Cette incidente ne nous paraît pas indifférente puisqu'il s'en déduit que la commune continuait à exploiter elle-même pour partie le stade à des fins d'intérêt général. En tout état de cause, il résulte de la jurisprudence administrative la plus récente que l'affectation d'un équipement à une mission de service public ne peut être admise que si la personne publique propriétaire, à défaut d'organiser elle-même, au moins pour partie, l'activité d'intérêt général qui y est exercée, assure un certain contrôle sur les conditions d'exercice de cette activité par l'utilisateur, personne privée. Plus précisément, selon cette jurisprudence, il faut avoir égard non seulement à l'intérêt général attaché à l'activité de la personne privée, mais également aux conditions de sa création, à son organisation ou à son fonctionnement ainsi qu'aux obligations lui étant imposées et aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints (v. CE 22 févr. 2007, *APREI*, préc.). Ces critères d'appréciation ont été mis en œuvre, notamment, dans des affaires où il s'agissait de savoir si telle convention par laquelle une commune avait confié à une association la gestion d'un stade pouvait s'analyser en une délégation de service public étant précisé toutefois que, dans les affaires concernées, la domanialité publique de l'équipement en cause n'était pas en discussion (v. CE 3 déc. 2010, *Ville de Paris c/ Assoc. Paris Jean Bouin*, n° 338 272, Rec. - CE 11 juill. 2011, *Mme Gilles*, n° 339 409, Rec.).

Certes, l'existence d'un service public peut également être admise même en l'absence de dévolution expresse d'une mission de service public, mais c'est à la condition que la personne publique, d'une part, soutienne financièrement la personne privée qui a pris l'initiative d'exercer l'activité considérée et, d'autre part et surtout,

exerce « *un droit de regard sur l'organisation* » de celle-ci (v. CE Sect. 6 avr. 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Rec. p. 155, dans la ligne de l'avis de la Section de l'Intérieur du 18 mai 2004 relatif à l'appartenance au domaine public des locaux abritant la Cinémathèque de Paris, EDCE, n° 56, p. 185).

Au cas présent, ainsi que le relève à juste titre le tribunal administratif de Melun, l'organisation de la pratique de l'aviron sur l'île Fanac est d'origine privée et les stipulations du contrat de bail ne confèrent à la commune de Joinville-le-Pont aucun droit de regard sur l'organisation de l'association AMJ ou la conduite de ses activités, librement déterminée par elle. Ainsi, la clause faisant obligation au preneur de laisser pénétrer « tout représentant du bailleur ou son architecte pour s'assurer de l'état des biens » ne permet en aucune manière à la commune d'intervenir dans le fonctionnement de l'association en déterminant, par exemple, une politique tarifaire ou des objectifs. Il en est de même de la clause imposant à l'association de faire des locaux un usage conforme à leur destination. Plus troublante est celle selon laquelle le preneur est tenu de laisser au bailleur « le libre accès et la libre utilisation, sans aucune restriction, de locaux » dépendant de la parcelle donnée à bail. Nous ne voyons pas cependant dans cette clause, dont la raison d'être et la portée demeurent assez floues, la volonté d'organiser un contrôle de l'association par la commune. Son laconisme ne permet pas davantage d'y voir la volonté de la personne publique de se ménager la possibilité d'organiser elle-même, en concurrence avec l'association, une activité nautique dans l'intérêt général.

Si vous considérez avec nous que les installations données à bail en l'espèce, occupées par une association sur l'activité de laquelle la commune n'exerce aucun contrôle, ne sont ni ouvertes au public ni affectées à un service public, vous jugerez qu'elles ne font pas partie du domaine public communal.

2.- Il nous faut à présent examiner si le contrat litigieux peut s'analyser en un bail emphytéotique administratif. Pour que cette qualification soit retenue, il ne suffit pas que, comme c'est ici le cas, le bail ait été consenti pour une longue durée, qu'il confère un droit de construire au preneur ou encore qu'il ait été publié à la conservation des hypothèques. Aux termes de l'article L. 1311-2 du CGCT, dans sa rédaction applicable à la date du contrat, il faut qu'il ait été conclu par la personne publique « *en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence* ».

Au cas présent, nous avons vu que l'association privée ne pouvait être regardée comme s'étant vue confier l'exécution d'une mission de service public pour le compte de la commune. Il ne nous semble pas davantage possible de considérer que le bail aurait pour objet « la réalisation d'une opération d'intérêt général » relevant de la compétence de la personne publique. A moins de vider de son utilité la référence à l'accomplissement d'une mission de service public, on ne peut admettre que la réalisation d'une opération d'intérêt général puisse consister en la simple organisation

d'une activité d'intérêt général, telle une activité sportive. Au demeurant, ainsi que le Conseil d'Etat l'a jugé dans son arrêt *Société nationale immobilière* du 19 novembre 2013 (Rec. p. 281), l'article L. 1311-2 du CGCT, qui se réfère à l'article L. 451-1 du code rural, ne vise que les contrats dans lesquels le preneur a la charge de réaliser, sur le bien immobilier qu'il est autorisé à occuper, des investissements qui reviendront à la collectivité en fin de bail ». On ne trouvera dans le contrat litigieux aucune clause mettant une telle obligation à la charge du preneur. C'est même en réalité au bailleur que cette obligation incombe puisque, on l'a vu, le contrat lui impose d'assurer la réhabilitation des installations. Certes, il appartient contractuellement à l'association d'entretenir les biens immobiliers loués pendant la durée du bail de façon à ne pas en diminuer la valeur mais il s'agit là non d'un investissement mais de ce que le Conseil d'Etat a qualifié dans son arrêt déjà cité du 19 novembre 2013 de « mission de gestion courante ». Il ne nous paraît donc pas douteux que le contrat de bail litigieux ne peut recevoir la qualification de bail emphytéotique administratif.

3.- Il reste à examiner si, à défaut d'entrer dans les prévisions de l'article L. 1311-2 du CGCT, le contrat litigieux peut être qualifié d'administratif selon les critères dégagés par la jurisprudence. Compte tenu des observations que nous avons développées en examinant les points précédents, le critère tiré de ce que ce contrat aurait pour objet la participation à une mission de service public doit d'emblée être écarté. Il est constant par ailleurs que le contrat n'est pas soumis à un ensemble de prescriptions extérieures à la volonté des parties qui caractérisait un « régime administratif » au sens de l'arrêt du Conseil d'Etat *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant* du 19 janvier 1973 (Rec. p. 48). Dès lors, sa qualification administrative ne peut résulter que de ce que le contrat comporterait des clauses exorbitantes du droit commun conformément à la solution dégagée par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* de 1912², solution qui trouve à s'appliquer même lorsque, comme en l'espèce, le contrat porte sur la gestion du domaine privé (v. not. TC, 21 mai 2001, *Clément*, n° 3228 - TC 20 févr. 2008, *Verrière*, 3623, Rec. - TC 22 nov. 2010, *SARL Brasserie du théâtre*, n° 3764 – TC 12 déc. 2011, *Cne de Nouméa*, n° 3824, T. – CE 19 nov. 2010, *Office national des forêts*, n° 331837, Rec. – Civ. 3^{ème} 2 févr. 2005, n° 03-18.199) étant précisé que la présence d'une seule clause est suffisante pour conférer un caractère administratif au contrat (TC 16 janv. 1967, *soc. du Vélodrome du Parc des Princes* n° 1895, Rec. p. 652). Selon la définition, que vous en donnez, la clause exorbitante du droit commun est celle relative à des droits et obligations « étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales » (v. TC 15 nov. 1999, *Cne de Bourisp*, Rec. p. 478). Une formulation identique se retrouve dans les arrêts du Conseil d'Etat (v. CE sect. 20 oct. 1950, *Stein*, Rec. p. 505) et de la Cour de cassation (v. Civ. 1^{ère} 20 sept. 2006 n° 04-13.480 – Civ. 1^{ère} 6 mars 2007, n° 05-14.586). Cette

² Etant rappelé toutefois que l'arrêt n'utilise pas l'expression clause exorbitante du droit commun, apparue une dizaine d'années plus tard (v. CE 7 mars 1923, *Iossifoglu*, Rec. p. 222).

définition ne rend pas compte toutefois de toutes les solutions jurisprudentielles. Selon une classification doctrinale consensuelle, les clauses exorbitantes ne s'entendent pas seulement de celles qui seraient impossibles ou illicites dans un contrat de droit privé mais également de celles qui n'y sont pas usuelles ou habituelles.

Sans pousser l'analyse, nous n'avons pas d'hésitation à considérer que ne peut être qualifiée d'exorbitante la clause qui fait obligation au preneur de respecter la destination de la chose louée en lui interdisant d'en faire un usage distinct sans l'approbation du bailleur ou encore celle qui autorise le bailleur à se rendre sur les lieux pour s'assurer du bon état du bien loué. Ces clauses nous paraissent même assez courantes dans les relations de droit privé, notamment en matière de baux commerciaux. Contrairement à ce qu'a jugé la cour d'appel de Paris, ne constitue pas davantage une clause exorbitante celle qui subordonne la résiliation du bail de 1988 à la double condition que le preneur renonce à la jouissance de certaines parcelles qui en faisaient l'objet et que le produit de la vente de celles-ci serve à financer la réhabilitation du bâtiment édifié sur la parcelle demeurant l'objet du bail. Il ne s'agit en définitive que d'une redéfinition conditionnelle et consensuelle du champ d'application du contrat.

En définitive, seule soulève des interrogations la clause, dont nous avons déjà dit qu'elle nous inspirait une certaine perplexité, selon laquelle le preneur s'engage à « laisser au bailleur pendant tout le cours du bail, le libre accès et la libre utilisation, sans aucune restriction, de locaux dépendants de la parcelle » donnée à bail, en contrepartie de quoi, la même clause dispense le preneur sur ces locaux de tous travaux « même d'entretien ». Le tribunal administratif de Melun a estimé que cette clause n'avait d'autre objet que de permettre la réalisation, par la commune, maître d'ouvrage, des travaux de réhabilitation auxquels elle était tenue en vertu du contrat. Il a donc considéré qu'elle n'était pas exorbitante. La cour d'appel de Paris a jugé l'inverse. De fait, la clause peut apparaître comme exorbitante puisque, à la lettre, elle revient à contredire l'existence même du bail en privant le preneur de la jouissance exclusive du bien loué.

Mais on voit tout de suite le caractère insatisfaisant, pour ne pas dire contestable, d'une telle analyse. D'abord, si la clause est exorbitante, elle l'est tout autant, nous semble-t-il, du droit public que du droit privé dès lors qu'elle affecte, non pas le régime, mais un élément constitutif du louage de chose dont la définition est la même dans l'un et l'autre droits. Dans ces conditions, il peut sembler paradoxal d'affirmer qu'elle caractériserait l'existence d'un contrat de bail administratif. Ensuite et en tout état de cause, de la circonstance que la clause heurte l'article 1719 du code civil relatif à l'obligation de délivrance du bailleur, le juge judiciaire pourrait déduire, non qu'elle est exorbitante du droit privé, mais qu'elle est tout simplement abusive ce qui pourrait le conduire, le cas échéant, à en prononcer l'annulation (v. Civ. 3^{ème} 1^{er} juin 2005, Bull. n° 119). Vous avez vous-même estimé en présence de clauses par lesquelles le cocontractant de l'administration renonçait à la garantie décennale, qu'elles devaient être réputées non écrites et ne pouvaient, dès lors, caractériser l'existence d'un contrat administratif (v. TC 2 mai 1988, *Caisse d'assurance mutuelle du bâtiment*, n° 2516 T. –

TC 11 oct. 1993, *soc. centrale sidérurgique de Richemont*, Rec. p. 405). Sans annuler le contrat, le juge judiciaire pourrait également estimer, par exemple, après analyse de ses clauses, qu'il ne constitue pas un bail mais un prêt à usage et juger que, dans un contrat ainsi qualifié, la clause litigieuse n'a plus rien d'exorbitant.

La présente affaire met en réalité au jour la principale insuffisance de la définition de la clause exorbitante qui tient à notre sens à son caractère essentiellement négatif. En se bornant à désigner cette clause comme celle qui ne se retrouve pas dans les contrats de droit privé, la définition donne peu d'indication permettant de déterminer, de manière positive, l'élément objectif caractérisant l'existence d'une relation de droit public. Or, il n'est pas évident, en raison à la fois de la liberté contractuelle et du caractère évolutif des pratiques, de dire si telle clause est ou non concevable ou usuelle dans les contrats de droit privé. Le droit commun ne constitue pas en réalité une référence très claire et très sûre. En outre et surtout, de ce qu'une clause ne serait pas de droit commun, il ne peut être inféré mécaniquement qu'elle serait administrative. Il n'y a pas de relation nécessaire entre l'anormalité d'une clause en droit privé et la qualification administrative du contrat. En fait, entre le contrat de droit privé ordinaire et le contrat administratif il y a place pour le contrat de droit privé inusuel, illicite, léonin... et donc, d'une certaine manière, exorbitant. Cela est si vrai que, dans la jurisprudence judiciaire, sont indifféremment désignées sous la même expression de « clauses exorbitantes du droit commun », non seulement celles qui déterminent le caractère administratif du contrat mais également des clauses qui, dans des contrats demeurant de droit privé, imposent à l'une des parties des obligations ou lui confèrent des droits au-delà des prévisions légales ou des usages (v. par ex. dans des baux : Civ. 3^{ème} 7 déc. 2004, n° 03-19-203 – Civ. 3^{ème} 9 avr. 2013, n° 12-15.002).

Ces observations, qui se retrouvent sous la plume de nombreux auteurs relevant le caractère fuyant de la notion et la difficulté de systématiser la jurisprudence, ne conduisent pas à remettre en cause l'existence ou même la pertinence du critère de reconnaissance des contrats administratifs tiré de la présence d'une clause exorbitante du droit commun mais à tenter de mieux préciser les éléments objectifs permettant d'identifier, parmi ces clauses, celles ouvrant des droits et imposant des obligations qui, *par leur nature, révèlent l'existence d'un rapport de droit public*, pour reprendre, en lui donnant un tour positif, la formule jurisprudentielle. A cet effet, il nous semble nécessaire, empruntant la démarche suivie par d'autres (v. not. D. de Béchillon et Ph. Terneyre, *Clauses exorbitantes et marchés publics*, CJEG 2000.169), de revenir à ce qui fait la spécificité de l'action administrative : l'accomplissement d'une mission d'intérêt général par la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique.

En considérant cette spécificité, il ne fait pas de doute que doivent tout d'abord être regardées comme des clauses caractérisant un rapport de droit public celles qui prévoient la mise en œuvre d'une prérogative de puissance publique. La solution, consacrée de longue date par la jurisprudence (v. not. : TC 27 juill. 1950, *Peulaboef*, Rec. p. 668 – TC 2 juill. 1962, *Cts Cazautets*, Rec. p. 823), ne prête guère à discussion, même si elle donne lieu à des applications nuancées. C'est en réalité à de telles clauses

que s'applique au premier chef la définition jurisprudentielle actuelle des clauses exorbitantes du droit commun. En effet, la prérogative de puissance publique est « par sa nature » étrangère au droit privé.

Au-delà de ce premier cas de figure, et en ayant toujours à l'esprit ce qui fait la spécificité de l'action de l'administration, nous vous proposons de définir les clauses caractérisant un rapport de droit public et donc emportant la qualification administrative du contrat comme celles qui, dans un but d'intérêt général, soit confèrent à la personne publique, des prérogatives ou des avantages exorbitants, soit imposent à son cocontractant des obligations ou des sujétions exorbitantes. Cette définition suppose la réunion de deux conditions. L'une tient à la nature des droits et obligations prévus par la clause considérée. La définition proposée revient à dire que ne sont susceptibles d'être qualifiées d'exorbitantes que les clauses qui instituent un rapport fortement inégalitaire au profit de la personne publique pour reprendre l'expression du professeur Chapus (*Droit administratif général*, t. 1, n° 726). On songe bien entendu aux clauses qui confèrent à celle-ci un pouvoir de direction, de contrôle ou de sanction ou à celles qui lui permettent de modifier ou de mettre un terme au contrat de manière quasi discrétionnaire. La seconde condition tient à l'existence d'un but d'intérêt général. Elle appelle davantage de commentaires. Il ne s'agit pas bien entendu d'affirmer que toute stipulation contractuelle poursuivant un tel but caractériserait l'existence d'un contrat administratif. Ce serait aller trop loin et, en tout cas, bien au-delà des solutions actuelles (v. TC 17 nov. 1975, *Le Toumelin*, n° 2010, T. - 11 mai 1992, *Dépt de la Réunion* 02696, Rec. - TC 30 mars 1992, *soc. Le Joli Bois*, n° 2694, T. - TC 12 déc. 2011, *Cne de Nouméa*, préc. - Civ. 1^{ère} 24 mars 1987, Bull. n° 110). Il s'agit seulement de préciser que, parmi les clauses que nous avons qualifiées d'inégalitaires, seules révèlent l'existence d'un rapport de droit public celles qui ont été insérées dans un but d'intérêt général. Au demeurant, l'exigence nous semble présente en filigrane dans la jurisprudence, certaines décisions y faisant d'ailleurs expressément allusion (v. TC 17 nov. 1975, *Leclert* n° 2011, Rec. - Civ. 1^{ère} 6 mars 2007, préc.).

Au-delà de la clarification qu'elle apporte, la référence au but, ou au motif, d'intérêt général aurait au moins deux avantages. D'abord, elle mettrait la définition des clauses dont dépend la qualification administrative du contrat en cohérence avec celle, également prétorienne, des règles constituant le régime général des contrats administratifs. En effet, le pouvoir de modification unilatérale et celui de résiliation unilatérale qui constituent des éléments essentiels de ce régime exorbitant ne peuvent être exercés que pour un tel motif (v. not. : CE 11 juill. 1941, *Hôpital-Hospice de Chauny*, Rec. 192 - CE Ass., 2 févr. 1987, *Sté TV 6*, Rec. p. 29 - CE 21 déc. 2007, *Région du Limousin*, Rec. 534 - TC 19 janv. 2011, *Cne de Limoges*, n° 323924). Bien que la jurisprudence ne l'ait pas explicitement énoncé, c'est également dans l'intérêt général que doit être mis en œuvre le pouvoir de direction et de contrôle également reconnu à l'administration dans le cadre de ce régime (v. F. Melleray, Ph. Yolka et P. Gonod, *Traité de droit administratif*, p. 245). Il est dès lors logique d'exiger qu'une clause poursuive un but d'intérêt général pour déterminer l'existence d'un contrat

administratif dont le régime spécifique est précisément constitué de règles poursuivant toutes un tel but. Par ailleurs, la référence au but d'intérêt général aurait l'avantage de donner un tour plus objectif au critère déterminant la nature administrative du contrat, critère qui dépend aujourd'hui pour une large part de la volonté des parties (F. Raynaud et P. Fombeur, AJDA, 1999, p. 556), ce qui n'est pas pleinement satisfaisant dès lors que la détermination de l'ordre juridictionnel compétent ou du régime applicable aux contrats administratifs est d'ordre public (v. D. de Béchillon et Ph. Terneyre, préc.).

C'est en définitive davantage une clarification qu'une transformation que nous vous proposons, conscient qu'elle est loin d'épuiser la réflexion tant sont nombreuses les évolutions possibles d'un critère dont le déclin ou la disparition sont régulièrement annoncés ou espérés. Ce détour nous permettra d'être concis dans l'analyse de la clause litigieuse.

La possibilité donnée à la commune de Joinville-le-Pont d'utiliser librement les locaux donnés à bail ou du moins certains d'entre eux est sans doute singulière, surprenante ou même hors du commun mais elle ne peut être regardée comme instituant au profit de la commune une prérogative exorbitante. Equilibrée par la dispense accordée à l'association d'entretenir les locaux concernés, elle apparaît en réalité comme un simple aménagement des droits respectifs des parties sur le bien faisant l'objet du contrat et n'exprime en tout cas aucun unilatéralisme. Certes, on peut se demander si cet aménagement est compatible avec l'existence d'un bail. Mais cette question est étrangère à celle de savoir s'il s'analyse en une clause caractérisant l'existence d'un contrat administratif.

En tout état de cause, il ne résulte d'aucunes stipulations du bail que la clause autorisant la commune à utiliser discrétionnairement tout ou partie des installations litigieuses poursuivrait un but d'intérêt général.

Ainsi, dès lors qu'elle ne peut être regardée comme créant des droits ou obligations exorbitants au profit de la commune dans un but d'intérêt général, la clause litigieuse n'est pas de nature à déterminer la soumission du contrat de bail à un régime de droit public dont la mise en œuvre ressortirait au juge administratif.

En conséquence, nous concluons :

1° - à la compétence de la juridiction de l'ordre judiciaire pour apprécier, dans le litige opposant la société Axa France IARD à la MAIF, la responsabilité de la commune de Joinville-le-Pont et de l'association Aviron Marne et Joinville dans la survenance de l'incendie ayant affecté le 25 octobre 2005 les locaux donnés à bail par la première à la seconde ;

2° - à l'annulation de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 1^{er} juin 2010 en tant qu'il a sursis à statuer sur l'action directe engagée par la société Axa France IARD contre la MAIF jusqu'à ce que la juridiction administrative ait déterminé la personne responsable ;

3° - à l'annulation de la procédure suivie devant le tribunal administratif de Melun, à l'exception du jugement rendu par ce tribunal le 12 février 2014.