

**COUR DE CASSATION**

---

Audience publique du **4 octobre 2017**

Rejet

Mme BATUT, président

Arrêt n° 1042 F-P+B

Pourvoi n° K 16-21.693

R É P U B L I Q U E   F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE,  
a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la commune de Dunkerque,  
représentée par son maire en exercice, domicilié en cette qualité à l'Hôtel de  
ville, place Charles Valentin, 59140 Dunkerque,

contre l'arrêt rendu le 12 mai 2016 par la cour d'appel de Douai (1<sup>re</sup> chambre,  
section 2), dans le litige l'opposant à la société Dunotel, société par actions  
simplifiée, dont le siège est 24 rue de Neuilly, 92110 Clichy,

défenderesse à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen  
unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 5 septembre 2017, où étaient présentes : Mme Batut, président, Mme Canas, conseiller référendaire rapporteur, Mme Kamara, conseiller doyen, Mme Randouin, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Canas, conseiller référendaire, les observations de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de la commune de Dunkerque, de Me Le Prado, avocat de la société Dunotel, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Douai, 12 mai 2016), que, suivant acte du 9 avril 2010, la commune de Dunkerque (la commune) a consenti à la société GHM une promesse synallagmatique de bail à construction portant sur une parcelle dépendant de son domaine privé ; que, reprochant à son cocontractant d'avoir refusé de réitérer la promesse par acte authentique, la société Dunotel, venant aux droits de la société GHM, a saisi la juridiction judiciaire aux fins d'exécution forcée et, subsidiairement, en indemnisation de son préjudice ; que la commune a soulevé une exception d'incompétence au profit de la juridiction administrative ;

Attendu que la commune fait grief à l'arrêt de rejeter cette exception, alors, selon le moyen :

*1°/ que constitue un marché public de travaux toute opération incluant un contrat à titre onéreux conclu entre un pouvoir adjudicateur et un entrepreneur et ayant pour objet la réalisation par ce dernier d'un ouvrage réalisé conformément aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, peu important les moyens utilisés en vue de cette réalisation ; qu'il résulte des propres constatations de la cour d'appel que la commune, personne publique, afin d'améliorer l'attractivité touristique de son agglomération et de sa station balnéaire au regard du monde des affaires en favorisant l'implantation d'un hôtel restaurant trois étoiles contigu au Palais des Congrès le Kursaal, avait pris l'initiative de la réalisation de cet hôtel, avait très précisément défini les objectifs et caractéristiques de l'ouvrage que le preneur s'engageait à l'édifier et se voyait reconnaître par le contrat le pouvoir d'opposer son veto à toute modification, même de détail, souhaitée par le preneur en cours d'exécution des travaux et à toute modification importante de l'ouvrage, postérieurement aux travaux et durant toute la durée du bail ; que la cour d'appel, qui a reconnu à juste titre qu'il n'y avait pas lieu de « limiter la définition du marché public à la présence d'une maîtrise d'ouvrage assurée par des personnes morales de puissance publique » et qui, pour refuser néanmoins de qualifier le contrat de marché public, a retenu que la commune avait clairement exprimé sa « volonté de ne pas assumer la maîtrise de l'ouvrage » de sorte que « les travaux prévus*

*par la promesse de bail à construction ne seront pas réalisés sous la maîtrise d'ouvrage de la Ville de Dunkerque, mais par une société privée », a violé la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;*

*2°/ que constitue un marché public de travaux toute opération incluant un contrat à titre onéreux conclu entre un pouvoir adjudicateur et un entrepreneur et ayant pour objet la réalisation par ce dernier d'un ouvrage réalisé conformément aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, peu important les moyens utilisés en vue de cette réalisation ; qu'il résulte des propres constatations de la cour d'appel que la commune, personne publique, afin d'améliorer l'attractivité touristique de son agglomération et de sa station balnéaire au regard du monde des affaires en favorisant l'implantation d'un hôtel restaurant trois étoiles contigu au Palais des Congrès le Kursaal, avait pris l'initiative de la réalisation de cet hôtel, avait très précisément défini les objectifs et caractéristiques de l'ouvrage que le preneur s'engageait à l'édifier et se voyait reconnaître par le contrat le pouvoir d'opposer son veto à toute modification, même de détail, souhaitée par le preneur en cours d'exécution des travaux et à toute modification importante de l'ouvrage, postérieurement aux travaux et durant toute la durée du bail ; que la cour d'appel qui, pour dire que « l'objet du contrat, pris isolément, ne permet pas de le qualifier de marché public relevant du droit administratif », a retenu que, par ailleurs, « la promesse de bail qui a pour objet des travaux de construction d'un immeuble hôtelier et de restauration, destiné à être géré par une société commerciale, ne porte pas directement sur l'exécution d'un service public ; qu'en effet, le seul lien avec le service public consistait à faire réaliser un équipement qu'elle jugeait nécessaire pour dynamiser la digue de mer, offrir une capacité hôtelière à la ville de Dunkerque afin d'accueillir des congrès et autres manifestations d'envergure et dont elle a fixé les caractéristiques ; qu'ainsi la mise à bail en construction du foncier litigieux n'avait pas pour finalité l'exécution d'une mission de service public par la commune », a subordonné la qualification de marché public à une condition qu'elle ne comporte pas et, par suite, a, derechef, violé la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;*

*3°/ que la clause exorbitante du droit commun est celle qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs ; qu'il résulte des propres constatations de la cour d'appel que la promesse de bail synallagmatique litigieuse conférait à la commune la faculté d'exercer un contrôle et des sujétions sur la société Dunotel à tous les stades de l'exécution du bail à construction, durant toute sa durée, stipulée de quatre-vingt-dix-neuf années, afin d'assurer la réalisation prioritaire du projet d'intérêt général constitué par la réalisation et l'exploitation d'un hôtel restaurant contigu au Palais des Congrès Le Kursaal dans le but d'accroître l'attractivité touristique de l'agglomération et de la station balnéaire ; que,*

*pour qualifier néanmoins la promesse litigieuse de « contrat de droit privé relevant de la compétence du juge de l'ordre judiciaire », la cour d'appel a retenu que « la clause exorbitante est une clause que l'on ne trouve pas dans les contrats de droit privé parce qu'elle y serait illégale » et, par suite, refusé de qualifier d'exorbitantes du droit commun notamment les clauses subordonnant à l'accord préalable du bailleur toute modification des caractéristiques essentielles de l'espace restauration thématique et toute modification substantielle de l'aspect extérieur des biens et des constructions et imposant au preneur de consulter le bailleur sur le choix du gestionnaire et les modifications intervenant dans la gestion des locaux ; qu'en statuant comme elle l'a fait, elle a, une fois de plus, violé la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;*

Mais attendu, d'une part, qu'il résulte de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, alors en vigueur, que constitue un marché public de travaux tout contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, et ayant pour objet la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ; que la circonstance que la personne publique n'assure pas la maîtrise d'ouvrage des travaux envisagés ne fait pas obstacle à une telle qualification ; que, cependant, la qualification de marché public de travaux, au sens des dispositions précitées, ne suffit pas, à elle seule, à conférer au contrat un caractère administratif ; que celui-ci ne revêt un tel caractère que s'il porte sur l'exécution de travaux immobiliers exécutés pour le compte de la personne publique et dans un but d'intérêt général ou s'il a pour objet l'exécution même d'un service public ; que la cour d'appel a constaté, d'abord, que les travaux prévus par la promesse de bail à construction ne seraient pas réalisés sous la maîtrise d'ouvrage de la commune, ce dont il résultait que le contrat litigieux ne pouvait être qualifié de marché public de travaux au sens du code des marchés publics, alors en vigueur, et ne constituait pas, par suite, un contrat administratif par détermination de la loi, en application de l'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier ; qu'elle a relevé, ensuite, que la promesse avait pour objet des travaux de construction d'un immeuble hôtelier et de restauration destiné à être géré par une société commerciale pour une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans ; qu'ayant ainsi fait ressortir que ce contrat ne portait ni sur l'exécution de travaux publics ni sur l'exécution même d'un service public, elle en a exactement déduit qu'il n'avait pas un caractère administratif en raison de son objet ;

Et attendu, d'autre part, que la clause exorbitante du droit commun est celle qui, notamment par les prérogatives reconnues à la

personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs ; que la cour d'appel a retenu, à bon droit, que ne pouvaient recevoir une telle qualification les clauses subordonnant à l'accord préalable du bailleur la modification des caractéristiques essentielles de l'espace restauration ainsi que toute modification substantielle de l'aspect extérieur des biens et constructions, de même que celle imposant au preneur l'obligation de consulter le bailleur sur le choix du gestionnaire et les modifications intervenant dans la gestion des locaux, dès lors que les sujétions imposées au preneur, compatibles avec la libre jouissance de la chose louée, étaient conformes au but recherché par les parties et correspondaient au contrôle normal, au regard de l'objet du bail, du respect de la chose louée, l'article L. 251-2 du code de la construction et de l'habitation disposant que le bailleur devient, en fin de bail, propriétaire des constructions édifiées et profite des améliorations ; qu'elle en a exactement déduit que la promesse litigieuse ne revêtait pas un caractère administratif en raison de ses clauses ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la commune de Dunkerque aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société Dunotel la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du quatre octobre deux mille dix-sept.

**MOYEN ANNEXE au présent arrêt****Moyen produit par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils, pour la commune de Dunkerque**

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir, infirmant en toutes ses dispositions l'ordonnance entreprise et statuant à nouveau, rejeté l'exception d'incompétence au profit des juridictions de l'ordre administratif et, plus précisément, du Tribunal administratif de Lille, soulevée par la VILLE DE DUNKERQUE,

Aux motifs que « Sur la compétence :

Attendu que par l'ordonnance du 6 octobre 2015, le juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Dunkerque a considéré que la promesse synallagmatique litigieuse avait un caractère administratif et que dès lors seules les juridictions administratives étaient compétentes pour en connaître ;

Que selon la S.A.S. DUNOTEL, cette ordonnance serait entachée d'une erreur de droit en ce sens que le juge a qualifié la promesse de bail à construction de marché public au sens du droit communautaire et qu'aucune clause insérée audit contrat n'est exorbitante du droit commun ;

Sur la nature administrative ou non du contrat litigieux en fonction de son objet :

Attendu que sans limiter la définition du marché public à la présence d'une maîtrise d'ouvrage assurée par des personnes morales de puissance publique, il sera relevé qu'en l'espèce le contrat litigieux a pour objet un bail à construction consenti à S.A.S. DUNOTEL portant sur une parcelle appartenant au domaine privé de la commune de Dunkerque, aux fins de la voir édifier un complexe hôtel-restaurant en lien avec l'activité du Palais des Congrès ;

Que dans ce contrat à titre onéreux, la maîtrise de l'ouvrage est confiée au titulaire du bail, pour une durée de 99 ans ;

Qu'en effet, les clauses de la promesse synallagmatique de bail indiquent clairement le rôle qui sera assuré par la S.A.S. DUNOTEL : "le preneur s'oblige à édifier ou à faire édifier à ses frais sur le terrain loué des constructions", "la maîtrise d'oeuvre est sous l'entière responsabilité du preneur", "le preneur sera seul tenu du financement de la construction de l'ensemble immobilier" et "les modifications et ouvrages supplémentaires (...) pourront être réalisés par le preneur, à ses frais" ;

Que d'ailleurs, la délibération du conseil municipal de DUNKERQUE, en date du 29 mars 2010, énonce dans cette même volonté de ne pas assumer la maîtrise de l'ouvrage : "les travaux de construction incluant l'éventuel

renforcement de la dalle existante réservée à cet effet et l'exploitation des installations seront placés sous la seule responsabilité du preneur" ;

Que ces stipulations apparaissent a contrario compatibles avec les dispositions des articles 1 et 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée, dite "loi MOP", alors applicable, et relatives à la réalisation de tous ouvrages de bâtiment (...) dont les maîtres d'ouvrage sont notamment les collectivités territoriales, dont la commune, et leurs établissements publics ; Qu'elles sont tout autant compatibles avec celles de l'article 1 du code des marchés publics, applicables à l'espèce, qui précisent que "les marchés publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiments ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage" ;

Qu'il sera, dès lors, retenu que les travaux prévus par la promesse de bail à construction ne seront pas réalisés sous la maîtrise d'ouvrage de la Ville de DUNKERQUE, mais par une société privée ;

Attendu, par ailleurs, que la promesse de bail qui a pour objet des travaux de construction d'un immeuble hôtelier et de restauration, destiné à être géré par une société commerciale, ne porte pas directement sur l'exécution d'un service public ;

Qu'en effet, le seul lien avec le service public consistait à faire réaliser un équipement qu'elle jugeait nécessaire pour dynamiser la digue de mer, offrir une capacité hôtelière à la ville de DUNKERQUE afin d'accueillir des congrès et autres manifestations d'envergure et dont elle a fixé les caractéristiques ;

Qu'ainsi la mise à bail en construction du foncier litigieux n'avait pas pour finalité l'exécution d'une mission de service public par la commune ;

Attendu en conséquence que l'objet du contrat, pris isolément, ne permet pas de le qualifier de marché public relevant du droit administratif ;

Sur la nature administrative ou non du contrat litigieux en fonction de ses clauses :

Attendu que pour faire admettre la qualification administrative du contrat litigieux, la commune de DUNKERQUE invoque la présence de clauses exorbitantes du droit commun ;

Attendu que la clause exorbitante du droit commun d'un contrat se définit, pour le juge judiciaire, comme "la clause qui stipule des obligations qui, par leur nature, ne peuvent figurer dans un contrat analogue de droit privé" ;

Que pour le juge administratif, il s'agit de "la clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations, étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales" ;

Qu'ainsi la clause exorbitante est une clause que l'on ne trouve pas dans les contrats de droit privé parce qu'elle y serait illégale ;  
Que la présence d'une seule clause répondant à ce critère suffit à déterminer le caractère administratif du contrat ;

Qu'ainsi sont considérées comme des clauses exorbitantes de droit commun soit des clauses qui expriment la mise en oeuvre d'une prérogative de l'administration qui sont impossibles en droit privé, soit des clauses qui répondent uniquement à des considérations et buts d'intérêt général ;

Attendu, en l'espèce, que l'ordonnance déferée du 6 octobre 2015 a retenu la présence de cinq clauses qualifiées d'exorbitantes du droit commun :  
- le fait que la commune devait être indemnisée en cas de préjudice subi du fait du non-respect des délais fixés pour la construction de l'ouvrage ;  
- le fait que la construction devait impérativement être affectée à un usage d'hôtel avec des critères précisément déterminés ;  
- l'accord préalable du bailleur nécessaire pour modifier les caractéristiques essentielles de l'espace restauration thématique ;  
- l'accord préalable du bailleur nécessaire pour modifier substantiellement l'aspect extérieur des biens et des constructions ;  
- l'obligation du preneur de s'assurer que les locaux sont exploités dans les conditions requises pour satisfaire une clientèle exigeante et maintenir la qualité des prestations, dans le cadre de laquelle le bailleur était consulté sur le choix du gestionnaire et les modifications intervenant dans la gestion des locaux ;

Mais attendu que loin d'être étrangère au cadre de l'autonomie de la volonté et de la liberté de contracter en droit privé, ces stipulations relèvent du droit commun des contrats ;

Qu'ainsi, l'indemnisation du non-respect des délais, couramment insérée sous forme d'astreinte ou de pénalités de retard dans les marchés de construction de droit privé, est soit conforme à l'accord des parties au contrat, soit la simple mise en oeuvre du principe de responsabilité contractuelle prévu par l'article 1147 du Code civil ;

Que le choix par la commune de DUNKERQUE d'un immeuble à usage d'hôtel et restaurant aux caractéristiques précises n'est que la cause subjective qui l'a déterminée à contracter, la S.A.S. DUNOTEL ayant ses propres motivations ;

Que les 3ème et 4ème clauses, afférentes au contrôle réservé au bailleur sur les constructions édifiées et l'activité exercée par le preneur, correspond au contrôle normal, au regard de l'objet du bail, du respect de la chose louée et en compatibilité avec la libre jouissance de la chose louée ;

Que d'ailleurs l'article L. 251-2 du Code de la construction et de l'habitation dispose que, sauf stipulation contraire plus précise, le bailleur profite des constructions et des améliorations en fin de bail, le preneur détenant un droit réel immobilier ;

Qu'il en serait différemment si la collectivité publique prévoyait d'imposer ses modalités d'exploitation, ses tarifs, ses normes ou soumettait le projet à son agrément ;

Qu'enfin, la 5ème clause, considérée comme exorbitante par le premier juge, n'est, dans le prolongement de la 2ème clause, que le moyen,, librement consenti par l'autre partie contractante, dont disposera le bailleur afin de garantir la qualité de l'établissement et du service, conformément au but recherché et à l'accord contractuel ;

Attendu qu'il se déduit de cet examen des stipulations litigieuses qu'aucune d'entre elles n'apparaît excessive par rapport au régime général des obligations contractuelles et, par nature, étrangère à des relations contractuelles de droit privé ;

Attendu que tant au regard de son objet qu'au regard des clauses qu'il contient, il convient de qualifier ce contrat de bail à construction, conclu entre la commune de Dunkerque et la S.A.S. DUNOTEL, de contrat de droit privé relevant de la compétence du juge de l'ordre judiciaire ;

Que l'ordonnance déférée sera infirmée en conséquence et l'exception aux fins d'incompétence rejetée » ;

Alors, d'une part, que constitue un marché public de travaux toute opération incluant un contrat à titre onéreux conclu entre un pouvoir adjudicateur et un entrepreneur et ayant pour objet la réalisation par ce dernier d'un ouvrage réalisé conformément aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, peu important les moyens utilisés en vue de cette réalisation ; qu'il résulte des propres constatations de la Cour d'appel que la COMMUNE DE DUNKERQUE, personne publique, afin d'améliorer l'attractivité touristique de son agglomération et de sa station balnéaire au regard du monde des affaires en favorisant l'implantation d'un hôtel restaurant 3 étoiles contigu au Palais des Congrès le Kursaal, avait pris l'initiative de la réalisation de cet hôtel, avait très précisément défini les objectifs et caractéristiques de l'ouvrage que le preneur s'engageait à l'édifier et se voyait reconnaître par le contrat le pouvoir d'opposer son veto à toute modification, même de détail, souhaitée par le preneur en cours d'exécution des travaux et à toute modification importante de l'ouvrage, postérieurement aux travaux et durant toute la durée du bail ; que la Cour d'appel qui a reconnu à juste titre qu'il n'y avait pas lieu de « limiter la définition du marché public à la présence d'une maîtrise d'ouvrage assurée par des personnes morales de puissance publique » et qui, pour refuser néanmoins de qualifier le contrat de marché public, a retenu que la COMMUNE DE DUNKERQUE avait clairement exprimé sa « volonté de ne pas assumer la maîtrise de l'ouvrage » de sorte que « les travaux prévus par la promesse de bail à construction ne seront pas réalisés sous la maîtrise d'ouvrage de la Ville de DUNKERQUE, mais par une société privée », a violé la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;

Alors, d'autre part, que constitue un marché public de travaux toute opération incluant un contrat à titre onéreux conclu entre un pouvoir adjudicateur et un entrepreneur et ayant pour objet la réalisation par ce dernier d'un ouvrage réalisé conformément aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, peu important les moyens utilisés en vue de cette réalisation ; qu'il résulte des propres constatations de la Cour d'appel que la COMMUNE DE DUNKERQUE, personne publique, afin d'améliorer l'attractivité touristique de son agglomération et de sa station balnéaire au regard du monde des affaires en favorisant l'implantation d'un hôtel restaurant 3 étoiles contigu au Palais des Congrès le Kursaal, avait pris l'initiative de la réalisation de cet hôtel, avait très précisément défini les objectifs et caractéristiques de l'ouvrage que le preneur s'engageait à l'édifier et se voyait reconnaître par le contrat le pouvoir d'opposer son veto à toute modification, même de détail, souhaitée par le preneur en cours d'exécution des travaux et à toute modification importante de l'ouvrage, postérieurement aux travaux et durant toute la durée du bail ; que la Cour d'appel qui, pour dire que « l'objet du contrat, pris isolément, ne permet pas de le qualifier de marché public relevant du droit administratif », a retenu que, par ailleurs, « la promesse de bail qui a pour objet des travaux de construction d'un immeuble hôtelier et de restauration, destiné à être géré par une société commerciale, ne porte pas directement sur l'exécution d'un service public ; Qu'en effet, le seul lien avec le service public consistait à faire réaliser un équipement qu'elle jugeait nécessaire pour dynamiser la digue de mer, offrir une capacité hôtelière à la ville de DUNKERQUE afin d'accueillir des congrès et autres manifestations d'envergure et dont elle a fixé les caractéristiques ; Qu'ainsi la mise à bail en construction du foncier litigieux n'avait pas pour finalité l'exécution d'une mission de service public par la commune », a subordonné la qualification de marché public à une condition qu'elle ne comporte pas et, par suite, a derechef violé la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;

Et alors, en tout état de cause, que la clause exorbitante du droit commun est celle qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs ; qu'il résulte des propres constatations de la Cour d'appel que la promesse de bail synallagmatique litigieuse conférait à la COMMUNE DE DUNKERQUE la faculté d'exercer un contrôle et des sujétions sur la société DUNOTEL à tous les stades de l'exécution du bail à construction, durant toute sa durée, stipulée de 99 années, afin d'assurer la réalisation prioritaire du projet d'intérêt général constitué par la réalisation et l'exploitation d'un hôtel restaurant contigu au Palais des Congrès Le Kursaal dans le but d'accroître l'attractivité touristique de l'agglomération et de la station balnéaire ; que pour qualifier néanmoins la promesse litigieuse de « contrat de droit privé relevant de la compétence du juge de l'ordre judiciaire », la Cour d'appel a retenu que « la clause exorbitante est une clause que l'on ne trouve pas

dans les contrats de droit privé parce qu'elle y serait illégale » et, par suite, refusé de qualifier d'exorbitantes du droit commun notamment les clauses subordonnant à l'accord préalable du bailleur toute modification des caractéristiques essentielles de l'espace restauration thématique et toute modification substantielle de l'aspect extérieur des biens et des constructions et imposant au preneur de consulter le bailleur sur le choix du gestionnaire et les modifications intervenant dans la gestion des locaux ; qu'en statuant comme elle l'a fait, elle a, une fois de plus, violé la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III.