

## \* La loyauté contractuelle survivra-t-elle à la Covid ?



D. R.

**Jean-Marie Guilloux**

Avocat au barreau de Paris, spécialiste en droit de la propriété intellectuelle et en droit des nouvelles technologies de l'informatique et de la communication, médiateur agréé (CMAP) près la cour d'appel de Paris

Vertu morale, la loyauté est mise à rude épreuve avec la Covid. Elle est pourtant un principe juridique, renforcé depuis 2016, instauré pour sécuriser les échanges contractuels. L'équilibre dans l'exécution d'un contrat est appréhendé par le juge en considération de la bonne foi et de la loyauté des parties entre elles. Cette obligation s'étend aux rapports extra-contractuels lors des négociations ou au terme du contrat notamment. La signature effective du contrat n'est pas le sésame sans laquelle chacune des parties est libre de faire à sa guise au mépris des discussions engagées mettant l'une des parties dans la croyance d'un accord obtenu pour la laisser ensuite au milieu du gué se noyer sans assistance. La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler : un simple échange de courriels peut valoir contrat. La loyauté contractuelle doit conduire les parties à considérer de bonne foi être dans une situation conforme au droit et à « *agir sans léser les droits d'autrui* ».

L'absence de projection sur la reprise des activités sur les prochains mois altère l'entendement et fragilise le devoir de loyauté et de bonne foi auquel la profession fragilisée(e?) dans son ensemble devrait pourtant s'obliger. Ce n'est pas le cas sur le terrain malgré les aides publiques, les décrets et les règlements. Des salles ont la tentation de retenir unilatéralement des avances versées pour un spectacle qui ne pourra jamais avoir lieu. Des bookers mettent en vente des spectacles sans conclure de contrats de travail avec les artistes pour ne pas avoir à supporter la gestion d'une mise en activité partielle en cas d'impossibilité de représenter le spectacle. Le Code civil a prévu le sort à réserver aux contrats soumis à des situations imprévisibles lors de la signature. L'État recommande vivement de ne pas y recourir pour ne pas fragiliser un secteur économique touché dans son ensemble.

Pour mémoire, le premier recours pour dénoncer une relation contractuelle unilatéralement est la force majeure. La force majeure est une exception admise légalement permettant de s'exonérer de tout ou partie d'une obligation contractuelle inexécutée par la survenance d'un événement. La jurisprudence exige toutefois que cet événement soit imprévisible raisonnablement et surtout irrésistible. L'article 1351 du Code civil expose que « *l'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il n'ait été préalablement mise en demeure* ». C'est au jour de la signature du contrat que doit s'apprécier son caractère imprévisible (d'où la nécessité de vérifier la date de signature du contrat avant de s'y référer). Même si la pandémie de la Covid-19 est considérée comme une situation de force majeure, elle ne sera pas exonératoire du respect des obligations contractuelles si les parties s'engagent en connaissance de l'existence de cette pandémie (donc après mars 2020).

Le second recours pour remettre en cause une relation contractuelle peu usité jusqu'à présent et qui est une nouveauté de la refonte du Code civil intervenu en 2016 : la clause d'imprévision qui permet, lorsque la situation le justifie, la renégociation du contrat (article 1195 du Code civil). Cette disposition ouvre la possibilité de maintenir le lien contractuel en adaptant la teneur des obliga-

tions des parties au changement intervenu. À la différence de la force majeure qui impose de démontrer que l'exécution du contrat est impossible, l'imprévision se contente d'un événement rendant excessivement onéreux sa poursuite dans les mêmes conditions. L'une des conditions pour sa mise en œuvre est la démonstration de circonstances imprévisibles lors de la signature du contrat (avant mars 2020) qui surviennent pendant son exécution (donc après mars 2020).

Fort heureusement, à l'occasion de la réorganisation des relations contractuelles pendant les confinements et dans l'espoir d'une reprise graduée des activités post-confinement, aucun de ces recours ne permet licitement des tentatives déloyales. Ou alors elles seront sanctionnées. C'est le sens de la note du ministère de la Culture mise à jour le 10 novembre 2020 (« informations et recommandations aux structures soutenues par le ministère de la Culture au titre de la création et de la diffusion ») sur la nécessaire solidarité entre les acteurs de la chaîne du spectacle vivant.

Avec les compagnies, il est préconisé le paiement des cessions annulées et des cessions reportées. En cas d'impossibilité, le paiement d'un dédit pour les cessions annulées (prenant en compte la part du chômage partiel et une partie des charges fixes supportées par la compagnie) et le paiement des cessions reportées.

Avec les intermittents artistes et techniciens, il est recommandé de verser leur rémunération prévue lors des embauches même en l'absence de contrat en bonne et due forme. À défaut, et si les conditions d'éligibilité le permettent, il faut solliciter le mécanisme de l'activité partielle (moins avantageux pour les salariés).

La conclusion de cette note du ministère en appelle à la protection des statuts des plus fragiles du spectacle vivant, les artistes et les équipes artistiques, et l'impérieuse nécessité de ne pas reporter le risque sur eux. À cette fin, le ministère recommande de ne pas retarder la signature des contrats de cession malgré les incertitudes de reprise. Il recommande par ailleurs de ne pas prévoir de clause « Covid » qui déséquilibre l'économie des relations contractuelles. Les clauses « Covid » analysées par nos soins jusqu'à présent sont en fait de véritables « fourre-tout » n'ayant pour seul but que de contraindre la partie la plus faible dans une exclusivité de représentation et de permettre à la partie la plus forte de se libérer facilement de toute contrainte.

Comme le rappelle le ministère de la Culture, le contrat doit s'exécuter dans les conditions habituelles, quitte à prévoir des clauses spécifiques pour tenir compte de l'imprévisibilité des modalités et du calendrier de la reprise des activités afin de « *pouvoir procéder aux adaptations nécessaires en termes d'organisation (horaires des représentations, jauge, par exemple)* ».

Des recommandations d'organismes professionnels du spectacle vivant proposent des clauses de règlement amiable organisant les modalités d'annulation des engagements contractuels. Celles auxquelles nous avons pu avoir accès prévoient un mécanisme assez proche du mécanisme de l'imprévisibilité du Code civil. Elles mettent en place la détermination entre les parties de la diminution des frais engagés et leur remboursement. Mais également une indemnisation pour les charges qui ne peuvent pas être annulées (notamment salaires). L'accord d'indemnisation engage le bénéficiaire à justifier de l'affectation de l'indemnité aux charges incompressibles.

Sauf à vouloir encombrer le calendrier judiciaire, il n'y a pas d'autres issues que les échanges loyaux et solidaires pour solder les engagements annulés et organiser la reprise progressive des activités. En espérant que ce ne sera pas un vœu pieux.