

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 5 – Chambre 11
ARRÊT DU 15 MAI 2020

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 18/03309 – N° Portalis 35L7-V-B7C-B5A6N

Décision déferée à la Cour : Jugement du 20 Décembre 2017 -Tribunal de Commerce de PARIS 04 –
RG n° 2016019653

APPELANTE

SASU LE LUCERNAIRE FORUM

prise en la personne de ses représentants légaux

53 rue Notre-Dame des Champs

[...]

immatriculé au Registre du Commerce et des Sociétés de PARIS sous le n° 306 292 764

représentée par Me Matthieu BOCCONGIBOD de la SELARL LEXAVOUE
E PARIS-VERSAILLES, avocat au barreau de PARIS, toque : C2477

assistée de Me Sabine KUSTER, avocat plaidant du barreau de PARIS, toque : B777

INTIMES

M. X dit Z Y agissant en qualité de Président de la SAS ASSISE PRODUCTION

né le [...] à [...]

[...]

[...]

représenté par Me Frédéric LALLEMENT de la SELARL BDL Avocats, avocat au barreau de PARIS,
toque : P0480

assisté de Me Francis PIERREPONT et Me Laurent MERLET, avocats au barreau de PARIS, toque :
P327

SAS ASSISE PRODUCTION

prise en la personne de ses représentants légaux

[...]

[...]

immatriculé au Registre du Commerce et des Sociétés de PARIS sous le n° 399 344 183

représenté par Me Frédéric LALLEMENT de la SELARL BDL Avocats, avocat au barreau de PARIS, toque : P0480

assisté de Me Francis PIERREPONT et Me Laurent MERLET, avocats au barreau de PARIS, toque : P327

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 05 Mars 2020, en audience publique, devant la Cour composée de :

Mme Françoise BEL, Présidente de chambre

Mme Agnès COCHET-MARCADE, Conseillère

Mme Estelle MOREAU, Conseillère

qui en ont délibéré

Un rapport a été présenté à l'audience dans les conditions prévues à l'article 785 du code de procédure civile.

Greffier, lors des débats : Mme Saoussen HAKIRI.

ARRÊT :

— contradictoire,

— par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile,

— signé par Mme Françoise BEL, Présidente et par Mme Saoussen HAKIRI, Greffier, présent lors de la mise à disposition.

Faits, procédure, prétentions et moyens des parties:

La société Le Lucernaire Forum (ci-après, Le Lucernaire) exploite un théâtre sous l'enseigne Le Lucernaire à Paris.

La société Assise Production est chargée de la production et de la réalisation des spectacles interprétés par Monsieur X Y dit « Z », qui en est également le président.

Le 10 décembre 2014, les sociétés Le Lucernaire et Assise Production ont conclu un contrat de coréalisation portant sur 29 représentations du spectacle intitulé « Poésie ' » interprété par M. Y seul en scène, programmées du 6 février au 15 mars 2015.

Le 24 décembre 2014, la société Assise Production a informé la société Le Lucernaire de sa décision d'annuler les 29 représentations du spectacle en raison de l'indisponibilité de M. Y, ce dernier indiquant, par courrier du 6 janvier 2015, que son empêchement était d'ordre médical.

Contestant le caractère de force majeure de cet empêchement par courrier du 9 janvier 2015, la société Le Lucernaire a demandé l'application des dispositions du contrat prévoyant les conséquences financières d'une annulation du fait du producteur.

Les discussions engagées n'ayant pas abouti, la société Le Lucernaire a assigné la société Assise Production devant le tribunal de commerce de Paris par acte du 10 mars 2016.

Par jugement du 20 décembre 2017, le tribunal de commerce de Paris a déclaré recevable

l'intervention volontaire de Monsieur X Y dit « Z », a condamné la société Le Lucernaire Forum à payer à Monsieur Y la somme de 1euro à titre de dommages et intérêts et a débouté les parties de leurs demandes autres, plus amples ou contraires.

Le tribunal a retenu que l'antériorité d'une pathologie bénigne ayant nécessité une première intervention le 13 août 2013 ne rendait pas prévisible de manière certaine une évolution en pathologie maligne, et encore moins le moment où elle se révélerait. Il a relevé que la date de la révélation de la pathologie maligne n'est pas connue précisément mais que le 24 décembre 2014 la société Assise production en était informée. Il en a déduit que le caractère imprévisible de la force majeure était établi.

Il a ensuite considéré que le caractère irrésistible est constitué par l'opération chirurgicale du 2 février et ses suites, empêchant effectivement le comédien de remplir ses obligations contractuelles, ce caractère irrésistible étant temporaire mais que rien ne permettait d'en déterminer la durée, le Professeur Bitker ne donnant aucune information sur la durée de l'hospitalisation du comédien ni le temps nécessaire de convalescence.

Le tribunal en a déduit que s'appliquait la clause de l'article 12 du contrat prévoyant que le contrat serait « suspendu ou annulé de plein droit et sans indemnité d'aucune sorte dans tous les cas reconnus de force majeure par la loi et la jurisprudence ».

Il a également retenu l'absence de mauvaise foi et d'exercice fautif du droit d'agir en justice de la part de la société Le Lucernaire. Il a toutefois estimé que, eu égard aux circonstances auxquelles M. Y se trouvait personnellement confronté, la formulation employée par la société Le Lucernaire apparaissait excessive et causait à ce dernier un préjudice moral qu'il convenait de réparer par la somme de 1euro.

La société Le Lucernaire a relevé appel du jugement.

Vu les conclusions notifiées et déposées le 2 décembre 2019 par la société Le Lucernaire aux fins de voir la cour, au visa des articles 1147 et 1148 anciens du code civil:

Infirmier le jugement entrepris en ce qu'il a :

Dit l'intervention volontaire de M. X Y dit « Z » régulière et recevable,

Condamné la SAS Le Lucernaire Forum à payer à M. X Y dit « Z » la somme d'un euro à titre de dommages et intérêts,

Débouté la SAS Le Lucernaire Forum de ses demandes tendant à voir :

— juger que la société Assise Production a engagé sa responsabilité contractuelle en annulant les représentations prévues au contrat de coréalisation du 10 décembre 2014;

— en conséquence, condamner la société Assise Production à verser à la société Le Lucernaire Forum

la somme de 68.057,90 euros à titre de dommages et intérêts, 6.000 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile et la condamner aux entiers dépens ;

— et débouter Monsieur Y et la société Assise Production de l'ensemble de leurs demandes, fins et conclusions.

Et statuant à nouveau :

Juger que la société Assise Production a engagé sa responsabilité contractuelle en annulant les représentations prévues au contrat de coréalisation du 10 décembre 2014;

En conséquence, condamner la société Assise Production à verser à la société Le Lucernaire Forum la somme de 68.057,90 euros à titre de dommages et intérêts,

Débouter Monsieur Y et la société Assise Production de l'ensemble de leurs demandes, fins et conclusions ;

Condamner la société Assise Production et Monsieur Y à verser à la société Le Lucernaire Forum la somme de 10.000 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile et les condamner aux entiers dépens dont distraction au profit de la Selarl Lexavoué Paris-Versailles.

L'appelante invoque tout d'abord l'inexécution de ses obligations contractuelles par la société Assise Production et l'absence de force majeure l'exonérant de sa responsabilité. Elle soutient que l'état de santé de M. Y ne l'empêchait pas d'exercer son activité de comédien puisqu'il est monté sur scène du 5 au 30 janvier 2015 pour interpréter son spectacle « Poésie ' » au théâtre de la Villette, et que l'unique raison de son empêchement est en réalité l'intervention chirurgicale du 2 février 2015. Elle ajoute que cette intervention, pas plus que la maladie, ne constitue pas un cas de force majeure, et que lorsque l'impossibilité d'exécuter le contrat est temporaire, celui-ci est seulement suspendu.

Sur l'absence de caractère imprévisible, l'appelante rappelle que ce caractère s'apprécie au jour de la conclusion du contrat soit le 10 décembre 2014. Elle relève que le certificat médical ne permet pas de connaître la date à laquelle les examens ont permis d'avoir connaissance de la pathologie maligne, mais qu'il révèle qu'une première opération survenue en 2013 nécessitait un suivi destiné à surveiller le développement de la pathologie du comédien Elle ajoute que le développement d'une pathologie bénigne déjà connue à la date de signature du contrat en une pathologie maligne n'était pas imprévisible puisque la pathologie de 2013 nécessitait un suivi.

Elle en conclut que la condition d'imprévisibilité n'est pas remplie, ce qui suffit à exclure la force majeure.

Sur l'absence de caractère irrésistible, l'appelante relève que l'huissier de justice n'a sélectionné et reproduit dans son constat que les messages échangés entre le Professeur Bitker et M. Y à partir du 16 décembre 2014 seulement, et qu'il ressort de ces conversations que l'intervention a été fixée au 2 février 2015 non pour des raisons d'urgence médicale mais pour de logistiques, en fonction des

disponibilités du médecin. Elle ajoute que la disponibilité du bloc opératoire, invoquée par le Professeur Bitker n'est, pas plus que le planning chargé du chirurgien, un cas de force majeure. Elle en conclut que c'est par un choix qui ne leur était pas imposé par des circonstances irrésistibles que la société Assise Production et M. Y ont préféré annuler les représentations prévues au Lucernaire.

Sur le caractère temporaire de l'indisponibilité de M. Y, elle fait valoir que le médecin n'a pas demandé au comédien de repousser ou annuler ses obligations professionnelles du 6 janvier au 2

février 2015 mais que cela lui a seulement été conseillé. Elle remarque que le certificat ne fournit aucune information sur la lourdeur de l'opération, son urgence, la durée de l'hospitalisation, celle de l'arrêt de travail et les suites opératoires. Elle rappelle que la force majeure n'exonère le débiteur que pendant le temps où elle l'empêche de donner ou de faire ce à quoi il s'est obligé, et estime à ce titre que le certificat médical ne justifie pas de l'indisponibilité de M. Y du premier au dernier jour du contrat, c'est à dire du 6 février au 15 mars 2015. Elle retient en outre que M. Y a pu se représenter sur scène dans un autre théâtre dès le 16 mars 2015, soit le lendemain de la dernière représentation prévue au Lucernaire.

Elle en conclut qu'à considérer la force majeure caractérisée, l'indisponibilité du comédien étant temporaire, le contrat était nécessairement suspendu et la société Assise Production avait donc pour obligation d'en reprendre l'exécution dès la fin de l'arrêt de travail de M. Y.

L'appelante invoque également le manquement de la société Assise Production à l'obligation d'assurance, en exécution de l'article 2 du contrat de coréalisation. Elle ajoute que l'intimée a manqué à son obligation de loyauté en ne l'informant pas du risque que M. Y ne puisse pas assurer les représentations et en ne lui conseillant pas de souscrire une assurance annulation.

L'appelante argue avoir subi un préjudice du fait de l'annulation des représentations. Elle soutient qu'à la suite de l'annonce de cette annulation par la société Assise Production, il a fallu tout d'abord mobiliser en urgence et pendant 15 jours l'un des salariés de la société Le Lucernaire afin de modifier l'affichage et les éléments de promotion du spectacle et trouver un spectacle de remplacement, ce qui représente un salaire de 1.940,03 euros. Elle ajoute que les frais inutilement engagés pour la communication du spectacle « Poésie ' » représentent la somme de 682,50 euros HT et qu'il a fallu procéder au remboursement des billets vendus pour la somme totale de 32.480 euros TTC ce qui a mobilisé à temps plein une assistante pour un coût de 2.717,45 euros. Elle invoque en outre, au vu du succès du spectacle dans les autres théâtres, un manque à gagner évalué à 47.717,92 euros représentant la quote-part de 40% de la société Le Lucernaire Forum pour une recette de 121.800 euros hors taxes soit 29 représentations de 105 places. Elle affirme que la programmation d'un autre spectacle en dernière minute a également mobilisé les équipes du Lucernaire en plus de leur charge de travail habituelle tout en générant des recettes particulièrement modestes. Elle estime enfin qu'en annonçant un spectacle qui n'a jamais été donné dans salle tandis qu'il était donné dans des théâtres concurrents, elle a subi un préjudice d'image qu'elle évalue à 15.000 euros.

Elle fait valoir que la proposition faite par une employée de la société Le Lucernaire à M. Y de verser l'indemnité à l'association « Les Amis du Lucernaire » était une solution élégante de résolution amiable du litige, cette association ayant pour principal objet de recueillir des fonds pour entretenir et embellir les salles de spectacle exploitées par la société Le Lucernaire.

Elle conclut par ailleurs à l'absence de toute faute commise à l'encontre de M. Y. Elle relève que ce dernier a attendu le 20 juin 2017, alors que les débats judiciaires arrivaient à leur terme, pour intervenir volontairement et solliciter la somme de 1 euro à titre de dommages-intérêts. Elle considère que les premiers juges ne précisent pas quelle « formulation » de sa part « pouvait être qualifiée

d'inélégante, blessante et vexatoire » et serait de nature à engager sa responsabilité. Elle ajoute que la diffamation reprochée en cause d'appel ne peut être poursuivie que le fondement de la loi du 30 juin 1881, et que M. Y ne précise pas quels sont les propos visés.

Elle réfute enfin toute accusation de procédure abusive, considérant avoir, à l'inverse, recherché vainement une solution amiable au différend l'opposant à la société Assise Production.

Vu les conclusions notifiées et déposées le 2 août 2019 par la société Assise Production et Monsieur Y tendant à voir la cour, au visa de l'article 1148 ancien du code civil, des articles 328 et suivants du code de procédure civile et 1240 nouveau du code civil, 41 de la loi du 29 juillet 1881 et 1240 du code civil, de :

Confirmer le jugement du tribunal de commerce de paris en date du 20 décembre 2017 en ce qu'il a :

— débouté la société Le Lucernaire Forum de l'intégralité de ses demandes, fins et conclusions;

— dit l'intervention volontaire de Monsieur X Y dit « Z » régulière et recevable

— condamné la société Le Lucernaire Forum à payer à Monsieur X Y dit « Z » la somme de 1euro à titre de dommages et intérêts ;

Subsidiairement,

Constater le défaut de justification des préjudices allégués par la société Le Lucernaire Forum,

Et en conséquence,

Débouter cette dernière de ses demandes à ce titre

En tout état de cause,

Limiter l'indemnité éventuelle à la somme de 600 euros HT par jour de relâche en application de l'article 11 du contrat du 10 décembre 2014,

Sur l'appel incident formé par la société Assise Production :

Infirmier le jugement dont appel en ce qu'il a débouté la société Assise Production de sa demande de condamnation de la société Le Lucernaire Forum ;

Et statuant à nouveau,

Condamner la société Le Lucernaire Forum à payer à la société Assise Production une somme de 10.000 euros à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive.

En tout état de cause :

Condamner la société Le Lucernaire Forum à payer à la société Assise Production une somme de 10.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

Condamner la société Le Lucernaire Forum aux entiers dépens qui pourront être recouverts par la Selarl BDL Avocats conformément aux dispositions de l'article 699 du Code de procédure civile.

Sur l'existence de la force majeure, les intimés rappellent que la jurisprudence a nettement évolué dans cette matière, et notamment que la maladie constitue bien un cas de force majeure reconnue par les tribunaux.

Ils considèrent que le critère d'imprévisibilité s'apprécie au jour de la conclusion du contrat, soit le 10 décembre 2014, et qu'à cette date la pathologie maligne mettant en jeu le pronostic vital de M. Y n'avait pas encore été révélée et n'était pas prévisible.

Concernant le critère d'irrésistibilité, qui s'apprécie lors de l'exécution du contrat, ils soutiennent que la date de l'opération du 2 février 2015 a été choisie pour des raisons logistiques « indépendantes de l'emploi du temps du patient comme du chirurgien mais directement liée à la disponibilité du bloc opératoire » et du robot chirurgical. Ils considèrent en outre que le critère d'irrésistibilité constitue le critère essentiel en matière de force majeure. Ils affirment que le corps médical a demandé à M. Y de repousser ou d'annuler ses obligations professionnelles car il était indispensable qu'il

bénéficie d'exams et consultations complémentaires avant la date de l'intervention chirurgicale. Ils précisent que l'opération lourde subie par M. Y l'a contraint à un repos prolongé post-opératoire ainsi qu'il résulte de l'attestation du Professeur Bitker. Ils rappellent que la pathologie de M. Y mettait en jeu son pronostic vital et que l'intervention chirurgicale devait ainsi être réalisée au plus tôt et dans des conditions optimales nécessitant l'utilisation d'un robot chirurgical.

Sur l'annulation ou la suspension du contrat, les intimés font valoir que la suspension s'entend d'un arrêt momentané pendant l'exécution du contrat et d'une reprise éventuelle, mais uniquement dans le cadre contractuel et pendant la durée contractuelle, soit jusqu'au 15 mars 2015. Or, ils rappellent que la convalescence de M. Y s'est étendue du 2 février 2015 au 15 mars 2015. A supposer même que la durée de convalescence ait été inférieure, ils affirment qu'il aurait été impossible de présenter 29 représentations dans le laps de temps restant, et ce d'autant plus que la société Le Lucernaire a reprogrammé un autre spectacle pour la période du 6 février au 15 mars 2015. Ils ajoutent que le planning de M. Y postérieurement au 15 mars 2015 étant entièrement rempli, cela l'a empêché de renégocier avec la société Le Lucernaire une nouvelle convention.

Sur le grief tiré de l'absence de souscription d'une assurance annulation par la société Assise Production, les intimés rappellent que l'assurance annulation n'est pas obligatoire et doit être prévue au contrat pour constituer une obligation contractuelle. Ils considèrent à ce titre que les articles 2 et 13 prévoient la souscription, par la société Assise Production, d'une assurance responsabilité civile, et non celle d'une assurance annulation.

Sur le préjudice subi par la société Le Lucernaire, les intimés invoquent les articles 1148 ancien du code civil et 12 du contrat de coréalisation qui interdisent toute demande de dommages-intérêts en cas de force majeure. A titre subsidiaire, ils considèrent les demandes de la société Le Lucernaire peu sérieuses, et font notamment valoir que cette dernière omet de déduire de ses prétendus préjudices les recettes qu'elle a perçues au titre du spectacle programmé en remplacement de celui de M. Y. Ils prétendent que la société Le Lucernaire n'ayant eu connaissance de l'annulation que le 24 décembre 2014, elle ne peut demander le remboursement de la moitié du salaire de décembre de Mademoiselle B C. Ils font valoir que les coûts résultant de la communication autour du spectacle de M. Y sont injustifiés, et que par ailleurs les coûts d'impression de l'affiche et du tract sont à la charge du producteur, et non du théâtre, selon l'article 7 du contrat de coréalisation. Ils ajoutent qu'aucune certitude n'existant quant au nombre de places qui auraient été vendues, la somme de 47.7171,92 euros ne constitue pas un manque à gagner. Ils précisent que la société Le Lucernaire ne peut tout au plus que se prévaloir d'une perte de chance qu'elle ne justifie cependant pas. Ils considèrent enfin le

préjudice d'image fantaisiste, les annulations de spectacles vivants étant un aléa accepté par tous et dont l'image des salles de spectacle ne peut souffrir.

Ils estiment que la proposition adressée par Madame D E à Monsieur Y de faire un don à une structure dénommée « Aux Amis du Lucernaire » confirme que la société Le Lucernaire n'a subi aucun préjudice.

En tout état de cause, les intimés invoquent l'application de l'article 11 du contrat de coréalisation selon lequel la société Assise Production peut se soustraire à l'exécution de l'obligation en contrepartie d'une somme forfaitaire de 600 euros HT par relâche, portant le montant de l'indemnité à 17.400 euros HT au maximum (29 x 600 euros).

Les intimés font également valoir que la procédure engagée par la société Le Lucernaire apparaît particulièrement téméraire et abusive, cette dernière ayant attendu plus d'une année pour l'engager. Ils demandent la somme de 10.000 euros à titre de dommages et intérêts pour procédure fallacieuse, choquante et abusive.

Sur l'intervention volontaire de Monsieur Y, les intimés estiment que les écrits offensants de la société Le Lucernaire, alors même que son pronostic vital était engagé, attentent à son honneur et

constituent un préjudice moral devant être réparé sur le fondement des articles 41 de la loi du 29 juillet 1881 et 1240 du code civil.

Motifs

La Cour renvoie, pour l'exposé complet des moyens et prétentions des parties, à leurs écritures précitées,

La société appelante ne concluant pas dans son dispositif à l'irrecevabilité de l'intervention volontaire de M. X Y, dit 'Z' mais au débouté de ses demandes, il en résulte que la cour n'a pas à statuer sur l'infirmité du jugement en ce qu'il a déclaré recevable l'intervention volontaire de M. Y.

1. Sur le moyen de force majeure opposé à l'exécution du contrat:

Selon l'article 1148 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 « Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ».

L'article 12 du contrat de coréalisation conclu le 10 décembre 2014 entre les parties dispose que « le présent contrat se trouverait suspendu ou annulé de plein droit et sans indemnité d'aucune sorte dans tous les cas reconnus de force majeure par la loi et la jurisprudence ».

Les intimés soutiennent l'existence d'un cas de force majeure constitué par la maladie du comédien, présentant un caractère imprévisible et irrésistible ayant contraint la société Assise Production à annuler les représentations du spectacle « Poésie ' » interprété par Monsieur Z Y. Ils prétendent que le comédien n'a pris connaissance de la pathologie maligne dont il souffrait que postérieurement à la conclusion du contrat litigieux du 10 décembre 2014, après un rendez-vous le 19 décembre 2014 avec le professeur Bitker, par l'examen biologique réalisé le 22 décembre 2014 révélant des 'cultures positives' et la biopsie effectuée le 24 décembre 2014 dont les résultats sont parvenus le 5 janvier 2015.

L'appelante soutient en revanche l'absence d'imprévisibilité à la date du 10 décembre 2014. Elle fait valoir que le certificat médical ne permet pas de connaître la date à laquelle les examens ont permis d'avoir connaissance de la pathologie maligne dans la mesure où une première intervention a eu lieu en 2013 nécessitant un suivi, destiné à surveiller le développement de la pathologie, le développement d'une pathologie bénigne en pathologie maligne n'étant pas imprévisible. Elle souligne que les échanges par SMS entre le praticien et le comédien versés au dossier par le truchement d'un constat d'huissier, ont été sélectionnés à la date du 16 décembre 2014 soit postérieurement à la signature du contrat alors que le professeur Bitker assure le suivi de son patient depuis la première intervention d'août 2013.

Le caractère imprévisible de la force majeure s'apprécie au jour de la conclusion du contrat soit le 10 décembre 2014.

En l'espèce il ressort des deux certificats médicaux rédigés par le professeur Bitker en 2016 et 2018 que 'M. Y a été pris en charge au cours de l'année 2013 pour une pathologie a priori bénigne de l'appareil uro-génital. Il a bénéficié d'une première intervention le 13 août 2013 dont les suites avaient été simples et a bénéficié ensuite d'un suivi régulier à la fois biologique puis ultérieurement par imagerie de l'organe opéré.'

Aucun des deux certificats ne précise la date de l'examen ou des examens qui ont permis de poser le diagnostic d'une pathologie maligne, alors que ces pièces ont été rédigées après l'assignation en justice.

Le certificat du 21 mars 2016 mentionne que 'les examens ont mis en évidence à la fin de l'année 2014 le développement d'une pathologie maligne mettant en jeu...', le certificat du 25 octobre 2018 énonce que 'les examens réalisés dans le courant du mois de décembre 2014 ont mis en évidence le développement d'une pathologie maligne mettant en jeu...', le premier certificat laissant penser que le diagnostic a été posé après la conclusion du contrat le 10 décembre précédent alors que le second certificat permet d'envisager un diagnostic antérieur à la date du 10 décembre, dont la conséquence est une absence d'imprévisibilité.

Le certificat du 25 octobre 2018 ajoute une mention absente du premier certificat, relative à un examen par imagerie. La date de cet examen n'est pas portée au certificat et le compte-rendu n'est pas versé aux débats alors qu'est produit le compte-rendu de la biopsie, dont la date de réalisation est celle du 24 décembre 2014.

Les certificats produits ne mentionnent pas les dates des examens initiaux, réalisés dans le cadre du suivi régulier, biologique et par imagerie, et le résultat daté de ces examens n'est pas davantage produit, seuls les examens complémentaires rendus nécessaires pour la réalisation de l'intervention et dont la relation est faite par les certificats médicaux, étant en revanche versés aux débats.

En effet, contrairement à ce que soutiennent les intimés, ce n'est pas l'examen cyto-bactériologique des urines réalisé le 22 décembre 2014 révélant des 'cultures positives' qui est à l'origine du diagnostic de pathologie maligne, cet examen révélant une simple infection traitée par l'un des antibiotiques indiqué au tableau antibiogramme mentionné à la suite de l'analyse mais dont le traitement est très certainement nécessaire avant toute intervention.

Les certificats mentionnent qu'après discussion en réunion de concertation pluridisciplinaire la décision d'intervention a été prise avec le patient, la discussion en question et la décision

d'intervention ne pouvant se tenir qu'après obtention des résultats des différents examens posant le diagnostic.

Dans ces conditions la demande d'un rendez-vous à très bref délai auprès du praticien par message SMS du comédien le 16 décembre 2014, obtenu pour le 19 décembre suivant, antérieure aux examens réalisés les 22 et 24 décembre est susceptible de dissimuler une connaissance antérieure de la pathologie. Elle n'établit pas en tout état de cause une révélation postérieure au 10 décembre.

Le courrier adressé par le comédien le 6 janvier 2015 à la société le Lucernaire mentionnant 'suite à des contrôles médicaux annuels mon médecin de l'hôpital de la Pitié Salpêtrière a jugé impératif de procéder à une intervention chirurgicale à court délai' démontre en effet que ce sont bien les examens médicaux de contrôle qui ont conduit à la prescription de la biopsie, lesquels n'ont pas été produits.

Le message texto adressé par téléphone le 22 décembre 2014 au professeur Bitker sollicitant une prescription médicale particulière (anxiolytiques ou somnifère) pour faire face à des crises d'angoisse, soit avant la date du résultat le 5 janvier 2015 du seul examen médical en relation avec une pathologie maligne dont le résultat est versé aux débats (biopsie), confirme la connaissance du diagnostic posé par des éléments médicaux autres que les pièces produites.

La charge de la preuve de la force majeure incombant aux intimés qui prétendent à l'exonération de la responsabilité contractuelle , il leur appartient de démontrer que la société intimée a adopté un comportement normalement prudent avant de conclure le contrat le 10 décembre 2014.

Or en l'espèce l'insuffisance de précision des certificats médicaux du professeur Bitker sur la chronologie des examens pratiqués et des compte-rendus d'examen produits, s'inscrivant dans la situation, connue de la société Assise Production de l'existence d'une précédente intervention récente nécessitant un suivi régulier destiné à identifier une possible évolution maligne, établit que l'évolution en pathologie maligne de la pathologie préexistante n'était pas raisonnablement imprévisible à la date de conclusion du contrat par la société Assise Production le 10 décembre 2014 et ne démontre pas que la révélation de la pathologie maligne était postérieure à la date de conclusion du contrat.

S'agissant du caractère irrésistible de l'événement, celui-ci doit rendre l'exécution du contrat impossible.

Selon les échanges non contestés entre les parties survenus les 24 décembre 2014 et 9 janvier 2015, la société Assise Production a pris la décision d'annuler les représentations du 6 février au 15 mars 2015 pour motif médical.

Or ce n'est pas la connaissance de la pathologie maligne qui a conduit la société Assise Production à annuler les représentations aux dates convenues, mais la fixation de la date de l'intervention chirurgicale au 2 février 2015 arrêtée, aux termes du certificat du 21 mars 2016 en fonction des disponibilités du bloc opératoire, et selon le certificat du 25 octobre 2018 en fonction des disponibilités du robot chirurgical.

En effet, le comédien a donné des représentations du spectacle 'Poésie" du 5 au 30 janvier 2015 dans un théâtre autre que le Lucernaire ce qui démontre que l'état de santé allégué comme un événement constitutif de la force majeure empêchant l'exécution du contrat, ne faisait pas obstacle aux représentations antérieures à la date de l'intervention, ou aux représentations données immédiatement après la fin des dates de représentation au théâtre du Lucernaire.

Il s'évince de ces éléments que le diagnostic posé ne présentait pas en lui-même un caractère irrésistible pour l'exécution du contrat de coréalisation.

Les intimés ne démontrent pas non plus, à raison de la variation des mentions des certificats médicaux sur les conditions de fixation de la date de l'intervention et de leur imprécision sur la nécessité d'une interruption d'activité pré-opératoire et de la durée de repos nécessaire post-opératoire, que la décision de fixation de la date de l'intervention au 2 février 2015 était commandée par des circonstances irrésistibles.

Les intimés n'établissant pas l'absence d'imprévisibilité de l'évolution maligne à la date du 10 décembre 2014 et le caractère irrésistible de la date de l'intervention le 6 février 2015, la société Assise Production n'est pas exonérée de l'exécution du contrat de sorte que le jugement dont appel est infirmé, à l'exception de la recevabilité de l'intervention volontaire de M. Y.

2. Sur le préjudice subi par la société Le Lucernaire:

En l'absence d'établissement d'une cause exonératoire par le débiteur, l'inexécution du contrat conclu le 10 décembre 2014 engage la responsabilité contractuelle de la société Assise Production.

Conformément à l'article 1149 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après ».

L'appelante sollicite l'allocation de la somme de 68.057,90 euros à titre de dommages et intérêts représentant :

- 1.940,03 euros de salaire toutes charges comprises pour une salariée ayant dû modifier l'affichage et les éléments de promotion du spectacle et trouver un spectacle en remplacement,
- 682,50 euros hors taxes de frais inutilement engagés,
- 2.717,45 euros de salaire charges sociales comprises, correspondant au travail effectué par une assistante pour procéder au remboursement des billets vendus,
- 47.717,92 euros de manque à gagner, outre 15.000 euros de préjudice d'image.

S'agissant de la somme de 47.717,92 euros au titre du manque à gagner:

Aux termes de l'article 5 du contrat de coréalisation, la société Le Lucernaire perçoit 40% des recettes HT des entrées. La perception de ce pourcentage est destinée à rémunérer le théâtre et à lui permettre de régler l'ensemble de ses charges et de dégager une marge.

L'appelante soutient avoir dû procéder au remboursement des billets vendus pour la somme totale de 32.480 euros TTC (soit 812 places en tarif plein à 40 euros) ce dont elle ne justifie cependant pas par des éléments comptables précis et chiffrés. La comparaison avec les ventes de billets du spectacle par d'autres théâtres l'ayant distribué est insuffisante à déterminer le montant du chiffre d'affaires effectivement perdu par la société le Lucernaire à hauteur du montant sollicité de sorte qu'il n'est pas justifié d'un manque à gagner à hauteur de 47.717,92 euros hors taxes, représentant la quote-part de 40% d'une recette de 121.800 euros hors taxes soit 29 représentations de 105 places.

S'agissant des frais spécialement exposés à raison de l'annulation des représentations:

— un salaire de 1.940,03 euros toutes charges comprises entièrement consacré à réparer les conséquences de l'annulation du spectacle;

— des frais d'une assistante pour procéder au remboursement des billets vendus s'élevant à 2.717,45 euros charges sociales comprises;

Les salaires des deux salariés de la société Le Lucernaire ayant accompli des tâches d'annulation du spectacle constituant des charges fixes structurelles que l'employeur expose en tout état de cause, la demande indemnitaire est rejetée.

— les frais engagés pour la réalisation des éléments de communication du spectacle «Poésie' » (affiche, bimestriel etc.) représentant la somme de 682,50 euros hors taxes:

Les coûts d'impression du programme bimestriel étant contractuellement supportés par le théâtre et entrant dans ses frais structurels, la demande en dommages et intérêts est rejetée. Les coûts d'impression du tract et de l'affichage étant supportés selon les clauses du contrat par le producteur, l'appelante ne justifie d'aucun préjudice à ce titre. La demande en indemnisation de ces frais est dès lors rejetée.

Aux termes de l'article 1150 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ».

En l'espèce les dispositions de l'article 11 du contrat de coréalisation du 10 décembre 2014 intitulé « Annulation ou interruption du spectacle » énoncent que: « En cas de relâche imposée par le producteur avant ou après la signature du contrat, le théâtre impose un dédommagement financier au producteur à hauteur de 600 euros HT par relâche »

Les parties étant convenues d'une indemnisation forfaitaire par jour d'annulation du spectacle imputable au producteur, il échet de faire application du contrat et de fixer l'indemnisation au titre du manque à gagner à la somme de 17.400 euros HT (29 x 600 euros= 17.400 euros), montant auquel sera condamnée la société Assise Production, le caractère contractuel forfaitaire s'opposant à toute indemnisation complémentaire au titre d'un préjudice matériel.

S'agissant du préjudice d'image:

L'appelante soutient avoir subi un préjudice d'image de l'annulation du spectacle donné depuis dans des théâtres concurrents, ce qui témoigne de la défiance de l'artiste et de sa société envers elle et justifie une indemnisation à la somme de 15.000 euros, demande que la partie intimée qualifie de totalement fantaisiste.

Cette seule allégation à caractère général est insuffisante à rapporter la preuve du préjudice subi par un théâtre, ce préjudice n'étant étayé par aucune pièce suffisamment probante, en sorte que la demande indemnitaire est rejetée.

Sur l'appel incident formé par la société Assise Production pour procédure abusive:

La société intimée succombant en ses prétentions en défense, la demande indemnitaire formée sur le fondement d'une action introduite abusivement par la société Le Lucernaire est nécessairement en voie de rejet.

Sur l'indemnisation de M. Y:

L'appelant demande la confirmation du jugement sur le fondement de l'article 41 alinéas 4 et 5 de la loi du 29 juillet 1881 selon lequel « Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux.

Pourront néanmoins les juges, saisis de la cause et statuant sur le fond, prononcer la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires, et condamner qui il appartiendra à des dommages-intérêts ».

L'appelante soutenant à bon droit que le jugement ne mentionne pas quelle est la formulation employée par l'appelante qui « pouvait être qualifiée d'inélégante, blessante et vexatoire », et l'intimé faisant seulement valoir qu'il est à titre personnel extrêmement outré par l'attitude et les développements portés dans les conclusions de la société Le Lucernaire Forum, sans préciser ni qualifier le fait incriminé conformément à l'article 53 de la loi précitée, la demande indemnitaire formée sur le fondement de la loi sur la presse est rejetée.

L'appelant sollicite ensuite la confirmation du jugement lui allouant un euro à titre de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1240 du code civil.

Or l'appelant ne sollicitant pas la condamnation de la société appelante sur un fait fautif autre que le fait allégué de faute sur le fondement de la loi sur la presse, la demande formée sur le fondement général de l'article 1240 précité est irrecevable.

PAR CES MOTIFS

La Cour,

Infirme le jugement dont appel à l'exception de la recevabilité de l'intervention volontaire de M. Y ;

Statuant à nouveau des chefs infirmés,

Condamne la société Assise Production à payer à la société Le Lucernaire Forum la somme de 17.400 euros à titre de dommages et intérêts ;

Déboute la société Le Lucernaire Forum de plus amples demandes indemnitaires;

Déboute monsieur X Y dit « Z » de sa demande en dommages et intérêts formée sur le fondement de l'article 41 alinéas 4 et 5 de la loi du 29 juillet 1881;

Déclare monsieur X Y dit « Z » irrecevable en la demande indemnitaire fondée sur l'article 1240 du code civil ;

Déboute la société Assise Production de sa demande en dommages et intérêts pour procédure abusive ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile ;

Condamne la société Assise Production à payer à la société Le Lucernaire Forum la somme de 6000 euros ;

Rejette toute demande autre ou plus ample ;

Condamne la société Assise Production aux entiers dépens de l'instance, ceux d'appel recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Le greffier Le président