
L'actualité du droit de la consommation

Sous la direction de
D. Mainguy et J.-L. Respaud

Secrétaire de rédaction : C. Raja

2006/6

**Association du Centre du droit de la
consommation
Centre de droit de la consommation et
du marché**

14, rue du Cardinal de Cabrières
34000 Montpellier
Tel : 0467615105
Fax : 0467614685

conso@univ-montp1.fr

**droitdumarche@yahoogroupes.fr
droitdumarche-subscribe@yahoogroupes.fr**

Avec le concours de :

Jean Calais-Auloy,
Christophe Albiges
Céline Alcalde, Manuel Bellier
Stéphane Benilsi, Céline Borelly-
Peyre, Elodie Braud,
Florent Cabetes, Vincent Cadoret,
Joachim Cellier,
Hélène Davo, Malo Depincé,
Stéphane Destours, Christine Godard,
Nicole Grach, Bérengère Gleize,
Sylvain Lafont, Cécile Lisanti
Laetitia Lormières, Daniel Mainguy,
Frédéric Nadaud, Dalil Ouahmed,
Charlotte Périssé, Pascal Puig,
Virginie Peureux, Caroline Raja,
Jean-Louis Respaud, Véronique Sélinsky,
Frank Steinmetz, Henri Temple,
Emmanuel Terrier, Guillaume
Zambrano.

Bulletin d'adhésion à l'Association du droit de la consommation

Oui, je souhaite adhérer à l'association du Centre du droit de la consommation, ce qui me permettra de recevoir « *L'Actualité du droit de la consommation* ». Je règle d'ores et déjà le montant des frais d'adhésion (150€).

Oui, je souhaite adhérer à l'association du Centre du droit de la consommation, ce qui me permettra de recevoir « *L'Actualité du droit de la consommation* ». Je réglerai le montant des frais d'adhésion dès réception de ma facture.

Bulletin d'adhésion	
M, Mme, Melle 1	
Nom :	
Prénom :	
Entreprise / Etablissement :	
Adresse	
Ville :	Code postal :
Tel :	Fax :
E-Mail :	

Bulletin d'adhésion à renvoyer à l'adresse suivante :

Centre de droit de la consommation et du marché (association)
14, rue du Cardinal de Cabrières
34 060 Montpellier Cedex 1

1 Rayer la mention inutile

Sommaire du n° 2006/6 :

EDITORIAL

APRES LES CLASS ACTIONS, LES ACTIONS !

Par **Daniel Mainguy**, Professeur à la Faculté de droit de Montpellier , Directeur du CDCDM, Directeur de l'Ecole Doctorale Droit et Sciences sociales.

I.- CHRONIQUES

LE SILENCE NE VAUT PAS ACCEPTATION EN DROIT FRANÇAIS ... SAUF DANS CERTAINES CIRCONSTANCES !

Par **Céline Alcalde**, Allocataire-Moniteur, Faculté de droit de Montpellier

RETABLISSEMENT PERSONNEL : IL NE FAUT PAS CONFONDRE VITESSE ET PRECIPITATION. A propos de l'avis de la Cour de Cassation du 24 juin 2005.

Par **Vincent Cadoret**, Doctorant, Chargé de travaux dirigés, Faculté de droit de Montpellier

DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONSOMMATION : ACTUALITE DECEMBRE 2005

Par **Guillaume Zambrano**, Allocataire-Moniteur, Faculté de droit de Montpellier

II.- JURISPRUDENCE

Par Céline Alcalde, Vincent Cadoret, Malo Depincé, Christine Godard, Sylvain Lafont, Frédéric Nadaud, Caroline Raja.

A. – DROIT INTERNE DE LA CONSOMMATION

1. – Généralités

2. – Formation des contrats de consommation

a. – Information des consommateurs

b. – Pratiques commerciales et contractuelles

3. – Contenu des contrats de consommation

4. – Exécution des contrats de consommation

a. – Conformité des produits et des services

b. – Sécurité des produits et des services

c. – Prix

5. – Financement des contrats de consommation

a. – Techniques de financement

b. – Garanties du financement

c. – Surendettement

6. – Litiges de consommation

B. – DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONSOMMATION

C. – DROIT INTERNATIONAL DE LA CONSOMMATION

III.- POUR EN SAVOIR PLUS ...

L'INFORMATION DU PATIENT - NATURE JURIDIQUE DE L'OBLIGATION D'INFORMATION DU PROFESSIONNEL DE SANTE

Par **Caroline Raja**, Allocataire-Moniteur, Faculté de droit de Montpellier

APRES LES CLASS ACTIONS, LES ACTIONS !

Par **D. Mainguy**

Professeur à la Faculté de droit de Montpellier

Directeur du CDCDM

Les class actions ? Après l'étude réalisée par le Centre du droit de la consommation et du marché (cette revue, ADC 2004/4 et Les petites affiches, 22 décembre 2005, p. 6), le groupe de travail chargé de présenter un *Rapport sur l'action de groupe* remettait le résultat de ses travaux le 16 décembre dernier. Il devait préliminer l'adoption d'un avant-projet de loi sur les actions de groupes en France.

Qu'en est-il ? Rien de bien éclairant : le Rapport propose d'abord une revue de détail des différences expériences étrangères et, notamment, l'expérience américaine en la matière (Partie 1), les actions de groupe existantes *des associations de consommateurs agréées* (partie 2) et les perspectives (Partie 3). Il en ressort deux propositions, l'une fondée sur l'expérience américaine, dont la proposition d'une *class action* « à la française » où, cependant, le texte est truffé de réserves quant à l'hypothèse d'une action ouverte à tout consommateur, mais incite à une action réservée aux seules associations agréées de consommateurs, et l'autre qui serait une *action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse* sur le modèle proposé par M. S. Guichard (*Une class action à la française ? D. 2005, Chron. P. 2180*) où l'on retrouve mis en évidence l'intérêt des associations agréées de consommateurs.

Au final, donc, peu de choix, si ce n'est une préférence marquée pour une action, quelle qu'elle soit pourvu qu'elle soit réservée aux associations agréées de consommateurs. Or, si de telles associations ont, elles l'ont déjà démontré, l'expérience et l'expertise nécessaire pour engager de telles actions et il y a fort à penser qu'elles seront les fers de lance de ces actions futures, comme elles le sont déjà, il n'est pas certain que ce monopole soit efficace dans la mesure où elles devront nécessairement faire des choix, ce qui n'est pas de nature à favoriser la réparation effective des préjudices de masse. Il serait donc bien préférable que le projet, s'il doit voir le jour, envisage une action de groupe ouverte, ce qui n'interdit en rien l'action des associations.

Les actions. Retenons aussi les actions en justice issues du *Décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005 fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises* (J.O. 31 déc. 2005, p. 20831) qui fixe les juridictions compétentes en matière de concurrence notamment : huit TGI et huit tribunaux de commerce de Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes, seuls compétents depuis le 1er janvier 2006 pour connaître, en métropole et dans les départements d'Outre-mer, les litiges relatifs à l'application des règles contenues dans les articles L. 420-1 à L. 420-5 ainsi que dans les articles 81 et 82 TCE et, en toute hypothèse, la Cour d'appel de Paris en appel. Le texte, cependant, ne règle pas les innombrables questions posées dès lors qu'une question de concurrence sera évoquée, devant une autre juridiction à titre de moyen de défense ou de demande reconventionnelle : le juge saisi initialement devra-t-il se déclarer incompétent, pour le tout ou surseoir à statuer tant que la question de concurrence n'aura pas été traitée ? A suivre, donc, là encore.

I. – Chroniques

LE SILENCE NE VAUT PAS ACCEPTATION EN DROIT FRANÇAIS ... SAUF DANS CERTAINES CIRCONSTANCES !

Par **Céline Alcalde**
Allocataire-Moniteur
Faculté de droit de Montpellier

Le silence et le droit sont deux notions antinomiques en droit français, en effet le droit est le moyen d'expression des desideratas de l'individu dans les limites institutionnelles fixées, celui qui ne dit mot ne consent pas en droit français...

Quelques arrêts récents de la Cour de cassation nous permettent de dresser un bilan quant à l'état de cette question devant les tribunaux ; l'on distinguera les conséquences du silence gardé par le contractant lors de la phase de conclusion du contrat (I) de celui constaté lors de la phase d'exécution du contrat (II).

I. le silence du contractant lors de la conclusion du contrat

Le silence n'est pas créateur d'obligations, tel est le principe fixé par un arrêt de la Cour de cassation le 25 mai 1870 (1), la solution est posée : « ***Le silence d'une partie ne peut l'obliger en l'absence de toute autre circonstance*** ». Cette solution a été confirmée récemment par la Cour de cassation au visa des articles 1101 et 1108 du Code civil (2).

Pourtant cette solution de principe comporte des exceptions ; le silence des parties peut valoir acceptation en raison de l'existence de relations d'affaires antérieures. Ces relations d'affaires antérieures ne seraient être constituées par l'existence d'un contrat en cours, il est impératif de constater la réalité, la continuité et la périodicité de ces relations (une exception réside cependant en droit des assurances dans la mesure où un seul contrat entre l'assureur et l'assuré permet de constater la volonté implicite de l'assuré de perdurer dans des relations contractuelles ultérieures).

La Cour a précisé dans un arrêt du 28 février 1989 (3) que dès lors que « *les défendeurs n'avaient jamais contesté le taux, ni le montant des intérêts de retard qui leur étaient appliqués et qui étaient inclus dans chaque relevé de compte portant en termes très lisibles la mention « important... si vous n'avez pas encore réglé, ne tardez pas à le faire pour éviter des intérêts de retard »*, les juges du second degré ont relevé qu'un accord était intervenu entre les parties pour le règlement des ces intérêts ».

Il est de même en cas d'existence d'un usage commercial ou lorsque le silence est gardé dans l'intérêt exclusif du destinataire de l'offre (ex : le salarié qui garde le silence face à l'offre d'intéressement aux bénéfices proposée par son employeur peut valablement prétendre qu'il a accepté les termes de cette offre (4).

Le dernier état jurisprudentiel de cette question rappelle que si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation (5). En l'espèce, le propriétaire d'un terrain est astreint sur injonction du préfet à faire procéder à des fouilles sur son terrain, il fait alors appel à l'Association pour les fouilles archéologiques nationales. Il accepte dans un premier temps le devis qu'elle présente pour procéder à ces

1 DP 70, I, 257, S, 1, 341 ; Les Grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, 11^{ème} éd. par F. TERRE et Y. LEQUETTE

2 Cass. 1^{ère} civ. 16 avril 1996, n° 94-16.528 ; Bull. civ. I, n° 181

3 Com. 28 février 1989, n° 86-10.178 ; Bull. civ. IV, n° 74

4 Soc. 15 déc. 1970 ; Bull. civ. V, n° 722

5 Cass. 1^{ère} civ. 24 mai 2005, n° 02-15.188 ; Revue Lamy droit civil, septembre 2005, p. 10, note C. LE GALLOU

investigations. Ces premières fouilles sont l'occasion pour le prestataire de découvrir la nécessité d'une fouille plus approfondie du terrain, le préfet prend un nouvel arrêté afin de réaliser ces fouilles dans l'urgence. L'association réclame alors paiement de ces seconds travaux au propriétaire, il oppose à l'association son défaut d'acceptation du second devis.

La Cour d'appel adopte une solution pour le moins étonnante : elle considère que le contrat n'est pas formé mais dans le même temps que l'absence de mention « *bon pour accord* » et de signature ne suffit pas à établir l'absence de volonté de contracter. Sur pourvoi formé par le propriétaire du terrain, la Cour de cassation estime qu'il ne pouvait refuser les secondes investigations, et qu'au contraire seule la manifestation expresse de refus permettrait de prouver l'absence de consentement : le silence gardé valait donc acceptation du devis.

Faut-il voir dans cette solution de principe ou au contraire un simple cas isolé du fait des circonstances particulières à l'origine du contentieux ; à savoir un consentement lié par des contraintes administratives ? Il semble que la seconde solution semble plus adaptée dans la mesure où elle recèle de nombreux dangers, en effet « *si l'on apprend traditionnellement que nul n'est obligé conventionnellement sans avoir consenti, encore faut-il savoir que l'on a consenti* » (1).

Les Professeurs D. MAZEAUD et L. LEVENEUR proposent une autre interprétation de l'arrêt ; bien que la Cour affirme expressément que le silence vaut en l'espèce acceptation du fait de circonstances particulières, l'auteur propose au contraire d'y voir une acceptation fondée sur l'intérêt exclusif du destinataire de l'offre (2). En effet, la prestation fournie par l'association procédant aux fouilles est exclusivement réalisée dans l'intérêt du destinataire, il n'avait aucun motif de la refuser.

Aucun refus n'était opposable dans la mesure où seule ce prestataire pouvait effectuer l'ouvrage et une injonction des pouvoirs publics ordonnait au propriétaire du fonds de conclure le contrat, c'est pour cette raison que le commentateur affirme que « *le silence vaut acceptation parce que le destinataire de l'offre n'avait pas le choix de refuser...* ».

L'on objectera cependant que même si le propriétaire du fonds est dans l'obligation de contracter, il ne l'est pas à n'importe quelles conditions ! Sa liberté contractuelle est amputée dans la mesure où il n'est pas libre de choisir de contracter ou pas, mais il demeure à notre avis libre de contracter aux conditions qu'il entend, nonobstant le fait que vraisemblablement l'association avait signé une convention de quasi-exclusivité avec l'Etat !

II. Le silence du contractant lors de l'exécution du contrat.

Mais qu'en est-il lorsque l'acheteur a accepté livraison de la chose sans protester véritablement, sans émettre la moindre réserve, alors pourtant que les circonstances de l'espèce permettaient à cet acheteur de manifester à minima quelques réserves. Deux arrêts récents de la Cour de cassation sont particulièrement sévères à l'encontre de ces acheteurs un peu distraits (3).

Dans la première espèce, une société avait commandé auprès d'un fournisseur un élément de jardinage industriel, alors que la chose avait été livrée le vendeur n'a pu obtenir complet paiement et a assigné l'acheteur en paiement du solde du prix. Ce dernier concluait reconventionnellement à la résolution du contrat aux torts exclusifs de son vendeur aux motifs que l'appareil ne fonctionnait qu'au 1/5^{ème} des rendements escomptés.

La Cour d'appel accueillit la demande reconventionnelle formée par l'acheteur aux motifs que ce dernier avait accepté une chose fonctionnant au 1/5^{ème} de ce qu'elle devrait sous la pression d'impératifs commerciaux. La sanction de la Cour de cassation est imminente ; une telle motivation du Juge d'appel est insuffisante : « *il se devait au contraire de vérifier si l'acheteur n'avait pas émis de réserves à la livraison* ».

1 Cass. 1^{ère} civ. 24 mai 2005; Revue Lamy droit civil, septembre 2005, p. 10, note C. LE GALLOU

2 Cass. 1^{ère} civ. 24 mai 2005; Revue des contrats, octobre 2005, p. 1007 note D. MAZEAUD et Contrats, conc., consom., 2005, n° 165, note L. LEVENEUR.

3 Cass. com. 1^{er} mars 2005, n° Juris Data 2005-027265 ; Contrats, conc. consom 2005, comm. n° 127 et Cass. 1^{ère} civ. 12 juillet 2005, n° 03-13.851

La seconde espèce est davantage significative : un ensemble informatique est livré à un acquéreur qui estime ultérieurement que le matériel livré ne correspondait pas aux éléments détaillés dans le bon de commande, il demande alors la résolution du contrat pour manquement du vendeur à son obligation de délivrance. La Cour d'appel le déboute de sa demande dans la mesure où la réception sans réserve de la chose vendue couvre ses défauts apparents ; aucune réserve n'avait été émise à la livraison par l'acquéreur qui était en mesure de le faire. La chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi.

Finalement, il semble qu'il soit opportun en la matière d'opérer la distinction suivante : les défauts de conformité sont-ils apparents ou au contraire indécélables par l'acquéreur ? Dans la première acception, la jurisprudence est logiquement sévère à l'encontre de ce contractant qui n'émet aucunes réserves alors qu'il y avait lieu d'en produire, et ceci pour autant que la réception ait été faite en connaissance de cause (1).

En revanche, si les défauts se révèlent indécélables lors de la livraison, l'acheteur conserve logiquement son droit à résolution de la vente. L'appréciation jurisprudentielle sur ce point est casuistique : il est tenu compte de la présentation des produits (2) mais surtout de l'aptitude de l'acheteur à déceler le défaut de conformité, au regard notamment de sa compétence professionnelle, l'acheteur non professionnel étant traité avec davantage d'indulgence par les tribunaux (3).

Finalement, comme le propose très justement le Professeur L. LEVENEUR, les juges de la Cour de cassation devraient préciser au sein de leur attendu de principe en pareille matière que « *l'acceptation sans réserve de la marchandise interdit à l'acheteur de se prévaloir des **défauts de conformité apparents ou qui n'ont été portés à sa connaissance*** ».

Une telle précision aurait le mérite de préciser les conditions dans lesquelles l'acheteur peut intenter une action contre le vendeur dans le cas où il n'a pas émis de réserve lors de la réception, sans pour autant distinguer les sanctions selon le type d'acheteur, comme la Cour semble le faire depuis quelques années en matière de vente.

1 Cass. com. 3 janvier 1995 ; Contrats, conc. , consom. 1995, comm. n° 64, obs.

2 Ex/ CA Orléans, 22 juillet 1997, Juris-Data n° 044504 : les sacs, objet de la vente, étaient emballés dans des cartons et dont la non-conformité n'était pas visible à la réception)

3 Cass. 1^{ère} civ. 16 février 1988, n° 86-10082

RETABLISSEMENT PERSONNEL : IL NE FAUT PAS CONFONDRE VITESSE ET PRECIPITATION.

A propos de l'avis de la Cour de Cassation du 24 juin 2005 : n° 05-00003, à paraître au Bulletin.

Par **Vincent Cadoret**
Doctorant
Chargé de travaux dirigés
Faculté de droit de Montpellier

« *Le grand secret de notre maladie oscille entre la précipitation et la négligence.* » (Goethe)

Le facteur temps est sans conteste un des facteurs essentiels du traitement d'une situation financière « *irréremédiablement compromise* ». La formule du législateur est en effet particulièrement révélatrice. Puisque la situation du débiteur rend illusoire toute possibilité de retour à meilleure fortune, l'écoulement du temps ne pourra avoir pour conséquence que l'accroissement de ses difficultés financières.

Pour autant, si la célérité constitue une vertu dans le cadre d'une procédure de rétablissement personnel, sa cousine la précipitation, qui induit une certaine forme de négligence, entre singulièrement en contradiction avec la rigueur inhérente à toutes les procédures collectives. Lu sous cet angle, l'avis susvisé de la Cour de Cassation en date du 24 juin 2005 ne peut qu'inspirer les louanges du commentateur.

A peine un an après l'adoption de la Loi du 1^{er} août 2003 instituant ladite procédure, est apparue une pratique judiciaire dont le but avoué était d'accélérer exceptionnellement la procédure, dans les cas où son déroulement « normal » entraînait des lenteurs jugées inutiles. C'est ainsi que le Tribunal d'Instance de Rennes a le premier accepté de prononcer, le même jour, l'ouverture et la clôture de la procédure de rétablissement personnel(1). Un pas supplémentaire a, par la suite, été franchi par le juge parisien qui fondait ces deux étapes dans la même décision(2). Enfin, les justifications de cette pratique apparaissent plus clairement avec les décisions du juge lorientais, qui toutefois ne se laissait pas aller à autant d'audace que son homologue parisien(3).

Une nouvelle fois saisi d'un dossier ne faisant apparaître ni capacité de remboursement, ni actif à liquider, le juge de l'exécution au Tribunal d'Instance de Rennes fut pris d'un doute quant à la conformité de ces décisions aux textes en vigueur. Il sollicita l'avis de la Cour de Cassation.

C'est dans ce contexte qu'intervient l'avis précité par lequel la Haute juridiction estime que le juge de l'exécution ne peut, sans méconnaître les articles L.332-6, L.332-7 et R.332-14 à R.332-16 du Code de la Consommation, décider à la même date de l'ouverture et de la clôture de la procédure.

La célérité de la procédure est certes de l'intérêt du débiteur, mais elle ne doit pas se faire au détriment des droits des créanciers, sous peine de priver les textes relatifs au rétablissement personnel de leur cohérence globale. L'« alchimie » parfaite semble difficile – voire impossible – à trouver, mais la difficulté ne saurait justifier une pratique proche de celle de « l'apprenti sorcier ».

Il est alors notable que la pratique condamnée par la Cour de Cassation relevait davantage de la pernicieuse précipitation (I) que de la vertueuse célérité dont les limites sont fixées par les textes (II).

I. La précipitation judiciaire au détriment de la cohérence du raisonnement

Au premier abord, la solution retenue par les juges du fonds, bien que très audacieuse, pouvait apparaître comme cohérente et justifiée (A). Toutefois, à la volonté d'accélération, faisait écho une certaine précipitation dans l'analyse, mise en évidence par la formulation de la question du juge rennais (B).

1 TI Rennes, 12 juillet 2004, Contrats, conc., consom. 2004, comm. 147, obs. G. Raymond.

2 TGI Paris, 20 octobre 2004 et 20 janvier 2005, Contrats, conc., consom. 2005, comm. 75, obs. G. Raymond.

3 TI Lorient, 18 janvier 2005, Contrats, conc., consom. 2005, comm. 75, obs. G. Raymond.

A/ L'apparente logique des juges du fond

Ce sont les décisions du Tribunal d'Instance de Lorient qui paraissent comme les plus éclairantes sur les raisons qui justifiaient le recours à « l'ouverture-clôture »⁽⁴⁾. La procédure de déclaration des créances est coûteuse pour l'Etat et constitue une charge de gestion non-négligeable pour le greffe, déjà surchargé. Or, il apparaît que dans certains cas, elle s'avère inutile ce que révèle la pratique des créanciers qui sont nombreux à renoncer à la déclaration, aux vues de ce qui résulte de l'instruction du dossier mené par les Commissions départementales.

Selon les juges du fond, il est alors opportun de ne pas y procéder lorsque deux conditions cumulatives sont réunies : l'absence de capacité de remboursement et l'absence d'actif à liquider. Dans ce cas, tout désintéressement, même partiel, devient illusoire. Ce constat cumulé avec l'effacement des dettes qui résulte de la clôture de la procédure implique que les créanciers ne peuvent subir aucun préjudice du fait d'une telle accélération, et ce qu'il soient connus dès l'origine ou qu'ils aient été omis par la Commission départementale. La pratique de l'ouverture-clôture serait donc légitimée, comme étant de bonne administration de la justice, tout en étant dans l'intérêt du débiteur et sans méconnaître les droits des créanciers.

Afin de donner encore davantage de poids à cette argumentation, le parallèle fut fait avec les procédures collectives commerciales. Cependant, l'analogie ne paraît pas pleinement satisfaisante.

B/ La confusion née du raisonnement analogique

Un lien de parenté existe entre la procédure de rétablissement personnel et la liquidation judiciaire d'une entreprise. Pour autant, elles ne peuvent être considérées comme des sœurs jumelles⁽⁵⁾. Dès lors, il convient de se méfier du raisonnement analogique et d'en vérifier systématiquement la pertinence.

Or, il apparaît que le juge breton a commis une confusion en faisant référence à l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation du 17 mai 1989⁽⁶⁾. Cette décision, intervenant antérieurement à la Loi du 10 juin 1994, légitimait l'ouverture – et non la clôture – d'une liquidation judiciaire tout en dispensant le juge non pas de la phase de déclaration des créances mais de celle de la période d'observation, en ouvrant une procédure de redressement judiciaire convertie le même jour en liquidation. C'est donc tout logiquement que l'argument n'a pas été repris par la Cour dans son avis, la référence ne correspondant pas à la question⁽⁷⁾.

Si parallèle il y a, il faut se poser la question de savoir s'il est possible d'admettre la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif avant même d'avoir procédé à l'état des créances, et ce parce que la période d'observation aurait mis en évidence l'absence d'actif liquidable. Même si la question ne s'est – à notre connaissance – jamais posée, on peut se douter d'une réponse négative. Mais, même en admettant la réponse affirmative, il faudrait se poser la question de la pertinence de la transposition de la solution en matière de rétablissement personnel, dans la mesure où la clôture de la liquidation judiciaire entraîne l'impossibilité de poursuivre le débiteur, tandis que le rétablissement personnel entraîne l'effacement des dettes. Ces deux notions ne sont peut-être pas identiques⁽⁸⁾.

La précipitation judiciaire ainsi condamnée résultait donc de « raccourcis » dans le raisonnement. L'objectif de célérité ne saurait légitimer la violation des textes.

4 Ibid.

5 Ph. Pétel, *La procédure de rétablissement personnel et les procédures collectives*, in *La procédure de rétablissement personnel, premières applications*, Contrats, conc., consom. 2005, doss. 1.

6 Bull. Civ. IV, n° 152.

7 contra : E. Le Corre-Broly, obs. sous Cass., avis du 24 juin 2005, Dr. et Proc., Rev. Huissiers 2005, p. 362. (considérant que c'est davantage la formulation de la question qui est confuse, la référence jurisprudentielle étant exacte)

8 Ph. Pétel, op.cit.

II. Les limites textuelles à la célérité

Au soutien de son avis, la Cour invoque la méconnaissance des textes relatifs à la déclaration des créances (A), tout en adoptant une rédaction laissant planer le doute sur un éventuel appel au législateur (B).

A/ L'utilité du délai de déclaration des créances

Le constat relève de l'évidence. Prononcer la clôture de la procédure le jour de son ouverture revient à réduire à néant le délai de déclaration des créances disposé par l'article L.332-7 du Code de la Consommation, donc à méconnaître ce texte. La clôture de la procédure ne pourra par conséquent intervenir au plus tôt que deux mois après la publication du jugement d'ouverture au BODACC⁽⁹⁾. Or, si les juges du fond l'avaient justifié par l'inutilité de la déclaration, il semble que, même en l'absence de capacité de remboursement et d'actif à liquider, la déclaration des créances et le délai qui l'accompagne ne sont pas dénués de toute utilité.

Il convient tout d'abord de relever que la vérification des créances opérée par le juge de l'exécution en vertu de l'article R.331-12 du Code de la Consommation ne bénéficie pas de l'autorité de la chose jugée⁽¹⁰⁾. Or, la clôture de la procédure a pour effet l'effacement des dettes. Il semble donc que la déclaration de créances reste utile, d'un point de vue de sécurité juridique, en ce qu'elle permet de constater la créance à effacer dans une décision ayant autorité de la chose jugée, c'est-à-dire intervenant sur le recours contre une recommandation de la Commission⁽¹¹⁾.

Enfin, et surtout, tout préjudice aux droits des créanciers n'est pas exclu. La phase de déclaration des créances peut faire apparaître de nouveaux créanciers. Certes, si la procédure se poursuit normalement jusqu'à sa clôture, leur dette sera effacée. Mais, ces nouveaux créanciers peuvent s'avérer postérieurs au début de la procédure devant la Commission. Il pourra ainsi être reproché au débiteur d'avoir aggravé sa situation, ce qui entraînerait son exclusion du bénéfice de la procédure de rétablissement personnel⁽¹²⁾. En ce cas, la pratique de l'ouverture-clôture conduirait à l'effacement de dettes qui ne devraient pas l'être.

L'avis de la Cour de Cassation ne peut donc, sur ce point, faire l'objet de critiques. Pourtant, sa rédaction laisse planer un doute sur sa véritable signification.

B/ L'inopportunité de l'appel au législateur

Il a pu être soutenu qu'en précisant « en l'état des textes », la Cour de Cassation regrettait la solution qu'elle émettait et qu'il fallait y lire un appel au législateur⁽¹³⁾. Certes, une telle intervention législative est souhaitée par M. l'avocat général Domingo. Pour autant, il semble hasardeux de conclure que ces quelques mots formalisent cet appel. De plus, l'opportunité d'une modification des textes peut se discuter.

D'une part, la multiplication des textes n'entraîne pas nécessairement leur cohérence. Le droit du cautionnement en fournit une belle illustration⁽¹⁴⁾. Il est vrai que les dispositions relatives à la procédure de rétablissement personnel sont peu nombreuses⁽¹⁵⁾ et, comme les autres dispositions relatives au surendettement en général, de faible qualité rédactionnelle⁽¹⁶⁾. Cependant, la législation détaillée ne constitue pas une garantie de qualité⁽¹⁷⁾ et on peut douter de l'utilité du recours à la Loi pour résoudre chacune des difficultés ou des incertitudes inhérentes à une procédure nouvellement instituée. Un droit de

9 Art. R.332-16 C. Consom.

10 Cass. Civ. 2^{ème}, 21 octobre 2004, Bull. Civ. II, n° 475, RTD Com. 2005, p. 426, obs. G. Paisant.

11 Art. L.332-2 C. Consom.

12 Art. L.333-2 3^{ème} C. Consom.

13 G. Raymond, obs. sous Cass., avis du 24 juin 2005, Contrats, conc., consom. 2005, comm. 179.

14 Rappelons que la dernière réforme du 1^{er} août 2003 dispose une mention obligatoire pour la stipulation de solidarité, à peine de nullité de l'engagement, et non de la seule solidarité.

15 Seulement neuf articles dans la partie législative.

16 G. Paisant, obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 21 octobre 2004, RTD Com. 2005, p. 426.

17 contra : E. Le Corre-Broly, obs. sous Cass. Avis du 24 juin 2005, Dr. et Proc., Rev. Huissiers 2005, p. 362.

la consommation « mécanique » peut s'avérer tout aussi mauvais (18) et la confiance placée en la personne du juge s'est bien souvent révélée moins décevante que l'inflation législative.

D'autre part, la Loi du 1^{er} août 2003 est encore bien jeune et le recul manque pour opérer une réforme satisfaisante. Il convient en effet de rappeler, à titre d'exemple, qu'en matière commerciale, le législateur a attendu 1994 pour modifier la Loi de 1985, à la lumière des enseignements de la jurisprudence qui avait eu l'occasion de se développer entre-temps. Légiférer aujourd'hui pourrait être vu là encore comme une forme de précipitation, et « *c'est à tort que les hommes se plaignent de la fuite du temps, en l'accusant d'être trop rapide, sans voir qu'il s'écoule à la bonne vitesse.* » (Léonard de Vinci).

18 C'est ainsi que la Cour de Cassation a dû se demander si l'omission d'une conjonction de coordination dans la formule sacramentelle était de nature à invalider un cautionnement ! (Cass. Civ. 1^{ère}, 9 novembre 2004, ADC 2005/2, p. 29, obs. S. Bénili)

Par Guillaume Zambrano

Allocataire-Moniteur

Faculté de droit de Montpellier

Quel bilan retenir de l'année 2005 en ce qui concerne le droit communautaire de la consommation ? Non sans ironie, on peut observer que le droit communautaire de la consommation que l'on disait transcender la distinction entre délictuel et contractuel semble au contraire réintroduire la distinction, par l'opposition entre le régime de la sécurité des consommateurs et le régime de la loyauté des pratiques commerciales.

L'équilibre réalisé par la balance entre intérêts des consommateurs et intérêts des professionnels est davantage protecteur en matière de sécurité corporelle des consommateurs (I) qu'en matière de loyauté des pratiques commerciales (II).

Cette différenciation de régime traduit la préoccupation communautaire de maintenir l'attractivité du droit européen et donc du marché européen dans la compétition internationale, tout en garantissant un niveau élevé de protection de la santé des consommateurs.

I. le renforcement du régime de protection de la sécurité des consommateurs

Le renforcement de la sécurité des consommateurs est à la fois législatif et jurisprudentiel.

Au plan législatif, l'adoption, en première lecture, par le Parlement Européen du règlement REACH relatif aux contrôles de substances chimiques marque un important renforcement de l'arsenal en matière de protection de la sécurité des consommateurs (A).

Au plan jurisprudentiel, l'interprétation particulièrement favorable au consommateur des dispositions relatives à la sécurité assure l'efficacité de cet arsenal comme le montrent les conclusions rendues par l'avocat général GEELHOED dans l'affaire O'BYRNE concernant l'interprétation de la directive 85/374 sur la responsabilité des fabricants du fait des produits défectueux (B).

A. Un renforcement législatif de la protection de la sécurité des consommateurs: L'adoption par le Parlement Européen de la proposition de règlement REACH

Par 398 voix pour, 148 contre et 36 abstentions les députés ont adopté en première lecture le 17 novembre 2005 la résolution législative sur le règlement REACH (procédure de codécision pendante : en attente de la résolution du Conseil COM(2003)0644 – C5-0530/2003 – 2003/0256(COD)) . L'acronyme REACH signifie « Registration, Evaluation and Authorization of Chemicals ».

Le règlement REACH crée une Agence Européenne des Produits chimiques et instaure trois principes fondamentaux:

- 1^{er} principe: la mise sur le marché de toute substance suppose un devoir général de prudence
- 2nd principe: il est interdit de mettre sur le marché des substances non enregistrées au-delà du seuil de 1 tonne
- 3^{ème} principe : la charge de la preuve de l'innocuité des substances chimiques incombe à celui qui demande l'enregistrement

Le règlement REACH assure un compromis entre intérêts des consommateurs et intérêts des industriels. Il garantit une protection accrue par le principe de l'enregistrement des substances (principe OSOR) et par l'instauration d'un devoir de prudence découlant du principe de précaution.

Néanmoins cette protection reçoit exception en deçà d'un seuil de 1 tonne afin de ne pas pénaliser les activités des entreprises de recherche et développement et par là, la compétitivité de l'industrie chimique européenne dans le futur. L'exception est limitée par la notion de substance

dangereuse et par le jeu du devoir de prudence qui s'applique quelle que soit la quantité produite, y compris en deçà du seuil de 1 tonne.

REACH type obligation en vue de la fabrication, l'importation, l'utilisation ou la mise sur le marché	EXCEPTIONS AU REGIME GENERAL DE REACH		PLEINE APPLICATION DU REGIME GENERAL DE REACH	
	EXEMPTION en deçà de 1 tonne et exemption recherche et développement	ALLEGEMENT entre 1 et 10 tonnes substances existantes	entre 1 et 10 tonnes pour les substances nouvelles, hautement préoccupantes ou dangereuses	au-delà de 10 tonnes
OBLIGATION GENERALE DE PRECAUTION (article 1er)	obligation de ne pas porter préjudice à l'environnement e à la santé humaine dans des conditions raisonnablement prévisibles (principe de précaution mais le règlement parle de devoir de prudence)			
OBLIGATION D'ENREGISTREMENT (articles 5 à 11) : La fabrication de substances non enregistrées est interdite, sont seules autorisées les substances enregistrées.	Exemption de l'obligation générale d'enregistrement (article 5 et 7)	Obligation générale d'enregistrement Principe OSOR ("Une substance, un enregistrement")		
		approche ciblée: enregistrement données partielles (article 11 modulation en fonction des quantités)	Enregistrement données complètes (article 5 et 6)	
OBLIGATION D'INFORMATION	exemption	inversion de la charge de la preuve : information sur les risques des substances chimiques et leur réduction		

B. un renforcement jurisprudentiel de la responsabilité du fait des produits défectueux : les conclusions GEELHOED dans l'affaire O'BYRNE

Le régime de protection de la sécurité des consommateurs, instauré par la directive 85/374 du 25 juillet 1985 en matière de responsabilité du fait des produits défectueux est considérablement renforcé par les conclusions de l'avocat général M. L. A. GEELHOED le 2 juin 2005, dans l'affaire Declan O'Byrne contre Aventis Pasteur SA (Affaire C-127/04 conclusions présentées le 2 juin 2005). L'invocation par l'avocat général de l'esprit du texte, contre la lettre, manifeste la volonté de protection accrue de la sécurité du consommateur.

L'affaire O'BYRNE soulève plus précisément un problème d'interprétation concernant la notion de mise en circulation. La solution rendue par la Cour sera particulièrement intéressante puisque la notion n'est pas définie par la directive et la Cour n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer.

Dans cette affaire, M. O'Byrne avait subi de graves lésions cérébrales après avoir été vacciné avec un produit fabriqué par la société française PASTEUR MERIEUX devenue AVENTIS PASTEUR SA (ci après APSA), mais distribuée en Angleterre par sa filiale à 100% MERIEUX UK Ltd devenue AVENTIS PASTEUR MSD (ci après APMSD).

M. O'Byrne a introduit par la suite deux actions en dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1er de la directive. Mal conseillé, il a introduit en 2000, une première action contre le distributeur APMSD et non contre le fabricant. Par la suite il a introduit, en octobre 2002, une seconde action contre le fabricant APSA. APSA fabricant s'est défendue en invoquant l'écoulement du délai de prescription de 10 ans prévu à l'article 11 de la directive.

En effet selon APSA puisque le vaccin avait été livré à sa filiale en septembre 1992, date de livraison marquant le début de la mise en circulation, alors l'action se trouvait prescrite en septembre 2002.

Au contraire pour M. O'Byrne, la date de mise en circulation devait être retardée au moment de la livraison par le distributeur APMSD du vaccin à l'hôpital ayant procédé à la vaccination, en novembre 1992. L'action n'était donc pas prescrite en octobre 2002.

Se pose donc le problème du point de départ du délai de prescription, point de départ déterminé par l'interprétation de la notion de mise en circulation. Deux interprétations possibles de la notion de « mise en circulation ».

La Cour peut opter pour une interprétation littérale et considérer que le produit est mis en circulation dès lors que le fabricant en a transféré la propriété à une autre personne, c'est l'interprétation soutenue par AVENTIS et qui aboutit à priver M. O'Byrne de tout droit à réparation. Cette interprétation littérale correspond d'ailleurs à l'exposé des motifs du projet de directive selon lequel « *normalement un produit a été mis en circulation lorsqu'il est lancé dans la chaîne de distribution* ». Pour la Commission il a été jugé inutile de définir le sens du terme « *mis en circulation car «celui-ci s'explique par lui-même à travers le sens courant de ces mots»* ».

Seconde interprétation possible, la Cour peut décider de suivre son avocat général et procéder à une interprétation téléologique en fonction de l'objectif de protection du consommateur et considérer que le produit est mis en circulation à partir du moment où le fabricant le fait sortir de sa sphère de contrôle. Selon l'avocat général (point 52 de ses conclusions) « la période de responsabilité sans faute doit débuter à un moment où le producteur renonce volontairement au contrôle sur le produit en le transférant pour des motifs d'ordre économique à une personne qui n'a pas de lien avec le groupe auquel appartient le producteur ». Il est fort probable que la Cour se range à cette interprétation, malgré la force de l'argument de texte.

Première remarque, le choix d'une interprétation téléologique de la notion de mise en circulation marque la faveur pour le consommateur, dans la mesure où il est clair, comme le reconnaît l'avocat général, que les rédacteurs du texte privilégiaient au contraire une approche littérale « à travers le sens

courant ». L'importance de l'objectif de sauvegarde de la santé du consommateur se traduit ainsi par un assouplissement de la méthode d'interprétation.

Seconde remarque, le raisonnement de l'avocat général pour justifier le choix de la méthode téléologique est particulièrement topique. L'avocat général se réfère expressément à l'idée d'équilibre entre les intérêts du consommateur et du producteur. En l'espèce, la mise en balance de ces intérêts penche évidemment en faveur de M. O'Byrne. Celui-ci a subi un dommage très important suite à un acte médical anodin. De l'autre côté, même si l'on suit le raisonnement soutenu par AVENTIS et que l'on considère donc que la prescription était acquise, l'atteinte à la sécurité juridique en résultant n'est pas très grave. En effet AVENTIS soutenait que le délai expirait en septembre 2002 alors que l'action a été introduite en octobre 2002. Si l'on met en balance les atteintes portées aux droits respectifs de M. O'Byrne et d'AVENTIS, l'exigence de sécurité corporelle l'emporte très nettement sur l'intérêt du fabricant à la sécurité juridique. La mise en balance conduit donc à privilégier le raisonnement développé par M. O'Byrne.

Dernière remarque, il faut se demander si la solution ne concerne pas en fait davantage, la notion de fabricant, au sens de la directive 85/374, que la notion de mise en circulation. En effet l'action de M. O'Byrne est susceptible d'échouer d'une part parce qu'il s'est retourné d'abord contre le distributeur APMSD et non le fabricant APSA et d'autre part parce que le fabricant APSA a cédé le produit au distributeur APMSD. L'avocat général écarte explicitement le jeu de la prescription dans cette affaire au motif que pour le consommateur le groupe constitue finalement une seule et même personne. Si la solution est retenue, et il est très probable qu'elle le sera, elle constituera un assouplissement notable de la notion de producteur en vertu de la théorie de l'apparence. Devrait ainsi être qualifié de producteur au sens de la directive, le distributeur faisant partie du même groupe de société que le producteur.

II. L'affaiblissement de la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales

La jurisprudence du dernier trimestre de l'année 2005 en matière de loyauté des pratiques commerciales marque un degré de protection plus faible qu'en matière de sécurité. Ce niveau de protection plus faible découle en fait d'une balance des intérêts moins favorable au consommateur et hostile à la limitation de la liberté commerciale des opérateurs. L'affaiblissement de la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales est le résultat d'une exclusion des règles spéciales du droit de la consommation au profit des règles de droit commun.

Ce qui est en cause ici, c'est finalement la légitimité même de la soumission des contrats entre professionnels et consommateurs à un régime juridique dérogatoire du droit commun, aussi bien au plan procédural (A) que matériel (B).

A. L'exclusion formelle des règles de procédure spéciales en matière de consommation

En matière de litiges transfrontières de consommation, la question de la détermination du tribunal internationalement compétent est résolue par application de la Convention de Bruxelles de 1968 qui a été reprise dans la législation communautaire par le règlement 44/2001 (dit « *bruxelles II* »). Ces deux instruments connaissent des dispositions spéciales concernant les contrats conclus par des consommateurs.

Or deux affaires, KLEIN et KAPFERER, peuvent faire craindre un recul de l'application de ces dispositions. Certes la Cour parvient à un résultat au fond, protecteur du consommateur, mais ce qui est inquiétant, c'est sa propension à obtenir ce résultat sur le fondement du droit commun au détriment des dispositions spéciales en matière de contrats conclus par des consommateurs.

L'exclusion du droit spécial de la consommation dans ces deux affaires est d'autant plus inquiétant qu'étaient en cause des pratiques déloyales de la part de professionnels relevant typiquement du droit de la

consommation puisque l'affaire KLEIN concernait des contrats de *timesharing* (1°) et la seconde affaire KAPFERER des loteries publicitaires (2°).

1) L'exclusion des règles spéciales de consommation en matière de *timesharing* : l'arrêt KLEIN du 13 octobre 2005

Dans l'affaire KLEIN contre RHODOS Management (ARRÊT DE LA COUR (première chambre) 13 octobre 2005 affaire C-73/04, *Brigitte et Marcus Klein contre Rhodos Management Ltd*), les époux KLEIN, ressortissants autrichiens, avaient acquis un droit d'usage en *timeshare* pendant 40 ans sur des locaux situés dans un hôtel en Grèce. Le contrat s'apparentait davantage à un contrat hôtelier qu'à un bail dans la mesure où l'appartement mis à disposition des époux KLEIN n'était pas identifié. Il pouvait s'agir de n'importe quel appartement du complexe hôtelier. D'ailleurs, les locataires à temps partagés pouvaient bénéficier des prestations annexes de l'hôtel au même titre que les autres clients.

Les époux KLEIN mettaient en cause la validité du contrat et réclamaient le remboursement des sommes déjà versées pour l'acquisition du droit de *timeshare* devant un juge autrichien.

RHODOS contestait la compétence internationale du juge du domicile du consommateur, selon un raisonnement en deux temps.

Dans un premier temps elle excluait l'application des dispositions spéciales de la Convention en matière de consommation (titre III section 4 articles 13 à 15) prévoyant la compétence du tribunal du domicile du consommateur, en vertu de l'article 4 alinéa 1^{er} qui exclut le jeu de la convention lorsque le défendeur n'est pas établi sur le territoire d'un Etat contractant. La société RHODOS, établie sur l'île de Man pouvait ainsi échapper à l'application des règles spéciales prévues par la Convention en matière de consommation.

Dans un second temps RHODOS invoquait l'application des dispositions spéciales de la Convention en matière de droit immobilier (titre III section 5 compétences exclusives article 16 point 1 a) provoquant ainsi la compétence exclusive du tribunal de l'Etat dans lequel est situé le bien immobilier, à savoir en l'espèce la Grèce. Selon RHODOS, le droit de *timeshare* devait être considéré comme un droit sur un bien immobilier au sens de la convention de Bruxelles de 1968. Partant, il devait être soumis, en vertu de l'article 16 point 1°, à la compétence exclusive des tribunaux de l'Etat où l'immeuble est situé, et donc en l'espèce, à la compétence du juge grec et non du juge autrichien.

La Cour a rejeté ce raisonnement et confirmé la compétence du juge autrichien. Ce résultat était prévisible dans la mesure où l'établissement de la société RHODOS sur l'île de Man pouvait apparaître comme frauduleux. Il est néanmoins possible de faire deux interprétations contraires de cet arrêt selon la logique du verre à moitié vide ou à moitié plein.

Interprétation optimiste, la Cour, en refusant de qualifier le droit de *timeshare* en tant que droit sur un bien immobilier au sens de l'article 16 1°) point a de la Convention, contrairement aux conclusions de son avocat général (conclusions GEELHOED présentées le 7 avril 2005), manifeste sa volonté de protection du consommateur. La Cour procède ainsi à une application substantielle des règles spéciales de la Convention en matière de consommation malgré leur inapplicabilité formelle, en écartant la compétence des tribunaux de l'Etat dans lequel se situe le bien immobilier au profit de la compétence des tribunaux du domicile du consommateur. Tout se passe comme si la Cour avait appliqué l'article 14 de la Convention. Le refus de qualifier le contrat de *timesharing* comme droit sur un bien immobilier n'apparaît pas toutefois comme une solution de principe, puisque la Cour prescrit de faire référence à la valeur relative des prestations de services et des droits immobiliers dans l'ensemble contractuel. Remarquons d'ailleurs que la Cour suit sur ce point la méthode de son avocat général mais diverge quant à la qualification retenue en retenant des éléments factuels différents. Le raisonnement semble ainsi quelque peu .. opportuniste. Ce qui nous conduit tout droit à notre seconde interprétation possible de l'arrêt.

Interprétation pessimiste, la Cour n'a rejeté qu'une seule des deux branches du moyen soulevé par la défenderesse RHODOS. Au lieu de se concentrer sur l'interprétation de la notion de droit sur bien immobilier au sens de l'article 16, la Cour aurait pu de manière plus directe, détruire le bouclier offert à RHODOS par l'article 4 en tant que société établie sur un Etat non contractant, par application de l'article 14 alinéa 2 en vertu duquel : « *lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat contractant, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un Etat contractant, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet Etat* ».

La Cour aurait ainsi pu écarter la compétence exclusive des tribunaux grecs revendiquée par RHODOS en se fondant sur les dispositions spéciales en matière de consommation prévues par la Convention et non sur une interprétation des dispositions spéciales en matière de biens immobiliers.

En outre, implicitement, en n'appliquant pas l'article 14 alinéa 2, la Cour offre aux entreprises un moyen d'écarter frauduleusement les dispositions communautaires de protection des consommateurs. La solution renforce l'attractivité des paradis juridiques comme l'île de Man (dépendance de la Couronne britannique située entre l'Irlande et l'Angleterre mais juridiquement indépendante du Royaume-Uni) pour les sociétés qui comme RHODOS voudraient contourner la législation communautaire en matière de consommation. Espérons qu'il ne s'agit que d'une négligence et non d'une attitude hostile à l'égard des règles spéciales de droit de la consommation.

2) L'exclusion des règles spéciales de droit de la consommation en matière de loteries publicitaires : les conclusions TIZZANO dans l'affaire KAPFERER

Les conclusions rendues par l'avocat général TIZZANO dans l'affaire ROSMARIE KAPFERER (présentées le 10 novembre 2005 Affaire C-234/04 Rosmarie Kapferer contre Schlanck & Schick GmbH) semblent confirmer la tendance de la Cour à exclure l'application des règles spéciales de droit de la consommation au profit du droit commun.

Dans cette affaire, Mme Rosmarie KAPFERER ressortissante autrichienne reçoit une lettre d'une société allemande qui lui annonce un gain sous forme d'avoir d'une valeur de 4000 euros. Le gain ne lui ayant pas été versé, Mme KAPFERER engage une action devant le tribunal de son domicile. La société Schlanck et Schick conteste la compétence internationale du for du consommateur découlant de l'application de l'article 15 du règlement 44/2001 applicable aux contrats conclus par des consommateurs.

La question de droit qui se posait était donc de savoir s'il existait un contrat entre la gagnante du lot et l'organisatrice de la loterie publicitaire.

Selon l'avocat général TIZZANO la compétence du for du consommateur ne peut être fondée sur l'application l'article 15 en l'absence de contrat. Néanmoins, il estime que l'action a bien une nature contractuelle et que donc en vertu de l'article 5 paragraphe 1 sous a) le tribunal compétent est celui où l'obligation qui sert de base à la demande doit être exécutée.

Là encore, le raisonnement aboutit à une application au fond de la règle du for du consommateur tout en écartant formellement l'article 15 du règlement 44/2001. La solution est conforme à la théorie civiliste du droit des obligations et concorde avec la jurisprudence française (Ch Mixte 6 septembre 2002). L'avocat général aurait toutefois pu obtenir le même résultat par une interprétation extensive de type téléologique, au lieu de transposer le problème sur le terrain de l'article 5 du règlement 44/2001.

B. Droit matériel de la consommation : l'exclusion du droit de rétractation du consommateur en matière de location de voiture et de crédit immobilier.

1) les contrats électroniques échappent-ils à la protection offerte aux consommateurs pour les contrats à distance ?

Par son arrêt EasyCar du 10 mars 2005 (CJCE 1^{ère} ch.10 mars 2005 easyCar (UK) Ltd c/ Office of Fair Trading aff. C-336/03), la Cour a exclu tout droit de rétractation et de remboursement au profit des consommateurs dans le cadre d'un contrat électronique de location de voiture sans chauffeur.

EasyCar Ltd est une société proposant, sur internet, la conclusion de contrats de location de voitures sans chauffeurs. Aucune faculté de rétractation n'est prévue au profit du contractant. Ceux-ci ne peuvent obtenir remboursement des sommes versées sauf « circonstances inhabituelles et imprévisibles indépendantes de [sa] volonté, notamment [...]: maladie grave du conducteur le rendant inapte à la conduite; catastrophes naturelles [...]; actes ou restrictions de gouvernements ou d'autorités publiques; guerre, émeute, insurrection ou actes de terrorisme».

Les consommateurs lésés et l'Office of Fair Trading britannique arguait de l'illégalité de cette clause d'exclusion du droit à rétractation et remboursement par EasyCar en s'appuyant sur l'article 6, paragraphe 1, de la directive 97/7 CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance qui prévoit, pour ces contrats un droit de rétractation dont bénéficie le consommateur. Sur le fondement de l'article 6 de la directive l'OFT et les consommateurs lésés ont demandé d'une part le remboursement des sommes versées et qu'il soit enjoint à EasyCar de retirer cette clause des contrats conclus par internet.

EasyCar s'est opposé à cette demande en excipant en vertu de l'article 3§2 de la directive, de l'inapplicabilité du droit de rétractation prévu par la directive aux contrats de location de voiture sans chauffeur, quand bien même ils auraient été conclus à distance puisque selon EasyCar ils constituent des contrats de « fournitures de service de transport » au sens de cette exception.

La Cour a suivi l'argumentation d'EasyCar et considéré que le contrat de location de voiture constituait un contrat de « fourniture de service de transport » au sens de l'article 3§2 de la directive en vertu du principe de l'effet utile. Partant, la Cour exclut tout droit de rétractation au profit du consommateur dans les contrats de location de voiture sans chauffeur quand bien même ils auraient été conclus par internet.

La Cour a mis en avant, pour justifier sa solution, l'attraction exercée sur le contrat de location de voiture par le contrat de transport.

Mais cette motivation n'est pas absolument convaincante dans la mesure où dans ses conclusions présentées le 11 novembre 2004, l'avocat général CHRISTINE STIX-HACKL avait rejeté en principe l'application de l'exception prévue pour le secteur des transports aux loueurs de voitures. Il faut donc rechercher éventuellement l'explication de la solution sur le terrain du droit du commerce électronique. L'exclusion de l'application de la directive relative aux contrats à distance dans l'affaire EasyCar reflète l'élaboration d'un droit des contrats électroniques qui se détache peu à peu du droit des contrats à distance dont on le considère issu.

2) La limitation des effets de la rétractation en matière de crédit immobilier par les arrêts SCHULTE et SCHULZKE du 25 octobre 2005

Les arrêts SCHULTE (ARRÊT DE LA COUR (grande chambre) 25 octobre 2005 affaire C-350/03 Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte contre Deutsche Bausparkasse Badenia AG) et SCHULZKE (ARRÊT DE LA COUR (deuxième chambre) 25 octobre 2005 affaire C-229/04 Crailsheimer Volksbank eG contre Klaus Conrads, Frank Schulzke et Petra Schulzke-Lösche, Joachim Nitschke) confirment l'hostilité de la Cour à l'égard des règles spéciales de droit de la consommation.

Dans ces deux affaires, la Cour parvient à une application formelle du droit de rétractation prévue par la directive 85/577 relative au démarchage à domicile, tout en privant en pratique, cette rétractation de portée.

Les espèces sont relativement similaires. Des consommateurs avaient été démarchés à leur domicile par des agents d'organismes financiers venant leur proposer une opération immobilière

particulièrement juteuse. Ces consommateurs étaient invités à acquérir des appartements financés par un crédit. Il s'agissait ainsi d'un complexe de contrats caractérisé par la combinaison d'un contrat de vente d'immeuble et d'un contrat de prêt. Les consommateurs se prévalant de la protection en matière de démarchage à domicile entendaient révoquer les crédits contractés. Mais ils restaient tenu de restituer immédiatement la somme perçue pour financer l'acquisition. Ainsi le consommateur qui exerce son droit de révocation se trouve dans une situation moins favorable que celle qui serait la sienne si le contrat d'apport était maintenu puisqu'il est tenu de rembourser immédiatement le montant du prêt (alors même qu'il n'en dispose plus). La situation est paradoxale comme le fait remarquer l'avocat général LEGER. La question qui se posait était de savoir si la révocation du contrat de crédit foncier entraînait la révocation du contrat de vente.

La Cour suivant son avocat général, a fermement exclu que la révocation puisse s'étendre au contrat de vente immobilière au motif que « *la seule solution possible dans ce cas est donc de retenir l'interprétation qu'impose la lettre même de la disposition au détriment de l'objectif poursuivi par la directive. Il serait ne effet incompatible avec les exigences de la sécurité juridique de recourir à l'interprétation téléologique ou à la notion d'effet utile pour prêter à une disposition communautaire, un sens qu'elle n'a manifestement pas au motif que son libellé ne contribue pas à réaliser l'objectif poursuivi par la directive dont elle fait partie* » (point 94 des conclusions LEGER).

L'exclusion de la notion d'effet utile de la protection des consommateurs se fait ainsi au nom des exigences supérieures de la sécurité juridique des entreprises. On voit bien là qu'en matière de pratiques déloyales, la balance des intérêts protégés penche en faveur des professionnels et non des consommateurs.

II. – Jurisprudence

A. – DROIT INTERNE DE LA CONSOMMATION

1. – Généralités

(...)

2. – Formation des contrats de consommation

a. – Information des consommateurs

1) Résultats de l'enquête menée par la DGCCRF pour le 1^{er} trimestre 2005 sur le commerce des véhicules automobiles : la majorité des professionnels de l'automobile respectent les prescriptions édictées par le droit de la consommation !

Trois points ont été vérifiés par les services de la DGCCRF :

- L'information sur la consommation de carburant et les émissions de CO²
- L'information sur les caractéristiques des véhicules mis en vente
- Et l'information sur les prix

Seules ces deux derniers points mériteront quelques commentaires. L'information sur les caractéristiques des véhicules est régie par le décret du 4 octobre 1978 ; le vendeur de véhicule neuf ou d'occasion doit informer le consommateur de la marque, du type, du modèle, de la version. A ces prescriptions minimales s'ajoutent en cas de vente de véhicules d'occasion, la mention expresse du mois et de l'année de mise en circulation, l'indication du kilométrage parcouru. Toutes ces informations doivent figurer sur les documents commerciaux remis à l'acheteur (en ce compris les supports d'affichage). Ces exigences sont respectées par les professionnels de l'automobile dans leur ensemble selon les enquêteurs de la DGCCRF, l'on rappellera simplement que la fourniture de documents type par les constructeurs a facilité cet échange d'information.

Un nombre plus important d'infractions a été constaté en ce qui concerne l'information sur les prix ; l'arrêté du 28 juin 2000 impose au vendeur de remettre à l'acheteur un document d'information comportant le prix toutes taxes comprises, y compris les frais de préparation, de livraison. Afin de détourner les prescriptions strictes de l'arrêté, certains professionnels ont tenté de facturer aux clients un ensemble forfaitaire de prestations faisant un amalgame avec les frais compris dans le prix, prévus par l'arrêté. Les dénominations commerciales de ces pratiques les plus souvent constatées par les enquêteurs sont : « *pack de livraison* », « *frais de mise route* ». De nombreux professionnels ont été verbalisés dès lors que « *les consommateurs ne sont pas à même de distinguer les frais normalement inclus dans le prix de vente de ceux qui ne sont que facultatifs, et devant faire l'objet d'un accord express du client* ».

Céline Alcalde

Allocataire-Moniteur, Faculté de droit de Montpellier

b. – Pratiques commerciales et contractuelles

2) Quand France Télécom trompe son monde...

Alors que l'opérateur historique de téléphonie fixe faisait déjà tout son possible pour retarder l'arrivée de la concurrence sur le marché, c'est cette fois-ci sur le terrain de la publicité trompeuse qu'il a été sanctionné par la justice française.

En effet, saisi par l'association de défense des consommateurs « UFC Que Choisir », le Tribunal de Grande Instance de Paris a considéré (TGI Paris, *Sté France Télécom c/ UFC Que Choisir*, 10 mai 2005) que France Télécom avait enfreint la réglementation relative à la publicité trompeuse (art. L 121-1 C. consom.).

Au mois de janvier 2005, France Télécom avait fait paraître dans la presse une campagne publicitaire où ce dernier annonçait une baisse de plus de 20% du « prix minute » d'un poste fixe vers tous

les mobiles France Télécom. Or, ce dernier avait omis (volontairement ?) de mentionner dans sa publicité que la réduction ne s'appliquait en réalité qu'aux appels excédant cinq minutes. Notons pour information que la durée moyenne constatée d'un appel d'un téléphone fixe vers un téléphone mobile n'est que d'une minute et quarante secondes.

Le Tribunal releva donc que la publicité en cause ne pouvait être comprise par un « consommateur moyennement averti » autrement que comme annonçant une baisse générale de 20 % du prix « minute » ; ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Les juges ont donc justement ordonné l'interdiction de diffusion de la publicité ainsi que la publication du jugement. Enfin, l'opérateur téléphonique a également été condamné à verser 20 000 € de dommages et intérêts à l'association « UFC Que Choisir ».

Frédéric Nadaud

Doctorant, chargé de TD à la faculté de droit d'Avignon

3) Le laboratoire Sandoz s'autoproclame « n° 1 » des laboratoires de génériques

Il a été donné suite (Tribunal de commerce de Nanterre, *Sté Biogaran c/ Sté Sandoz*, 27 mai 2005) à la demande de la société Biogaran, laboratoire de médicaments génériques, d'obtenir la condamnation d'un de ses concurrents, le laboratoire Sandoz, pour publicité trompeuse (art. L 121-8 C. consom.). En effet, Biogaran reprochait à Sandoz d'avoir diffusé des messages publicitaires trompeurs sur de multiples supports écrits.

En premier lieu, les juges ont considéré que l'affirmation « Sandoz n° 1 des laboratoires de génériques en notoriété » était trompeuse, en ce que l'utilisation des résultats d'une étude de notoriété non dédiée aux génériques, venant à l'appui de ce message, créait en réalité une ambiguïté de nature à induire en erreur les consommateurs. Ceux-ci pouvaient effectivement croire que Sandoz bénéficiait de la plus grande notoriété parmi les médicaments génériques, ce qui n'était pas établi à la période des faits.

En second lieu, s'agissant de l'allégation « élu n° 1 en satisfaction client en 2003 » qui s'appuyait sur une étude dont Biogaran contestait les conditions de réalisation, les juges ont relevé que Sandoz ne démontrait pas en quoi l'échantillonnage retenu dans cette étude lui permettait d'obtenir un classement représentatif et objectif au regard du critère de la « satisfaction client ».

C'est ainsi que le tribunal en a justement déduit, sur le fondement de l'article L 121-8 du Code de la consommation, que les brochures publicitaires étaient trompeuses, constitutives de publicité comparative illicite, et qu'il convenait d'en interdire la diffusion sous astreinte de 1 000 € par infraction constatée. Enfin, le laboratoire Sandoz devra publier à ses frais ledit jugement, dans cinq journaux professionnels au choix de Biogaran. Affaire à suivre puisque le laboratoire Sandoz a fait appel de la décision.

Frédéric Nadaud

Doctorant, chargé de TD à la faculté de droit d'Avignon

4) Interdiction du terme « naturel » en présence de conservateurs.

La décision des juges de première instance du litige opposant la société des Laiteries Hubert Triballat (LHT), titulaire de la marque « Rians », et la société Senoble qui exploite la marque « Weight Watchers » a été confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris (Paris, *Sté Laiteries Hubert Triballat c/ Sté Senoble*, 18 mai 2005). Le groupe Senoble reprochait notamment à LHT l'utilisation du slogan « 100 % naturel, qui peut en dire autant ? » dans un publi-reportage dédié à la promotion de ses produits.

Sur ce point, la Cour a confirmé que, dans l'esprit d'un consommateur d'attention et de culture moyenne, le terme « naturel » ne pouvait être entendu autrement que comme désignant un produit composé d'ingrédients naturels, sans ajouts d'additifs alimentaires ou de produits de synthèse. Or, certains des produits désignés dans le publi-reportage contenaient des conservateurs, ce qui selon la Cour, et conformément à l'article L 121-1 du Code de la consommation, confère un caractère trompeur au slogan « 100 % naturel ». Les juges ont par ailleurs relevé que le slogan « les seuls desserts 100 % naturels », constituait de plus un dénigrement, sanctionné par l'article L 121-9 du Code de la consommation, car LHT laissait entendre, que les produits commercialisés par ses concurrents ne possédaient pas les mêmes qualités, et ce, sans en rapporter la preuve.

C'est pourquoi la société LHT s'est finalement vue condamnée, en application de l'article L 121-3 du Code de la consommation, à cesser la diffusion des slogans litigieux et à verser 50 000 € de dommages et intérêts à la demanderesse, la société Senoble.

Frédéric Nadaud

Doctorant, chargé de TD à la faculté de droit d'Avignon

5) Interdiction de diffusion de la campagne publicitaire de Bouygues Telecom

Le Tribunal de commerce de Paris (Tribunal de commerce de Paris, *Sté SFR c/ Sté Bouygues Telecom*, 27 sept. 2005) statuant en la forme des référés à la demande de l'opérateur de téléphonie mobile SFR, a ordonné, le 27 septembre dernier, à Bouygues Télécom de cesser de diffuser sa campagne publicitaire sur le haut débit et ce, sous astreinte de 10 000 euros par jour de retard.

Plus précisément, cette campagne présentait un classement des opérateurs mobiles selon l'étendue de leur réseau. Toutefois, les opérateurs utilisant des technologies différentes, UMTS pour SFR et GSM pour Bouygues Telecom, les taux de couvertures n'étaient pas comparables. Le Tribunal a ainsi considéré, sur le fondement des articles L 121-1 et L 121-9 du Code de la consommation, qu'il existait un trouble manifestement illicite, en ce que la publicité lancée par Bouygues Telecom était mensongère.

La société SFR a d'ores et déjà annoncé qu'elle engageait une action au fond à l'encontre de Bouygues Telecom afin d'obtenir réparation de son préjudice.

Frédéric Nadaud

Doctorant, chargé de TD à la faculté de droit d'Avignon

6) Tromperie et publicité trompeuse dans la négociation en vin de Bordeaux

La Cour d'appel de Bordeaux (Bordeaux, 1er mars 2005) a condamné pour tromperie et publicité trompeuse, principalement sur le fondement de l'article L 121-1 du Code de la consommation, six négociants en vin de Bordeaux qui avaient commercialisé des crus bourgeois sous de faux millésimes et de fausses appellations.

En première instance, les juges les avaient relaxés considérant que l'élément intentionnel n'était absolument pas caractérisé. A contrario, les juges d'appel ont considéré qu'en tant que professionnels, il leur appartenait de vérifier la véracité des mentions qui figuraient sur les étiquettes telles que « mis en bouteille au château ». La Cour a relevé en outre que l'absence de contrôle de la part des négociants établit l'élément intentionnel du délit.

La Cour d'appel a également confirmé la condamnation à 18 mois de prison et 1 million d'euros d'amendes douanières du négociant qui avait fourni les six autres. Ces derniers ont, quant à eux, été condamnés à des peines d'amendes allant de 5 000 à 20 000 €.

Frédéric Nadaud

Doctorant, chargé de TD à la faculté de droit d'Avignon

3. – Contenu des contrats de consommation.

7) Clauses abusives

Critère du rapport direct : utilisation logique d'un critère critiquable...

La 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation, par un arrêt en date du 27 septembre 2005, poursuit, non sans critiques, l'utilisation du critère du rapport direct avec l'activité professionnelle, critère qu'elle a elle-même consacré le 24 janvier 1995 et qu'elle a réaffirmé en 2002, pour appliquer le droit des clauses abusives entre professionnels et non professionnels (1).

En l'occurrence, elle juge qu'un contrat de prêt souscrit par la Fédération Française d'Athlétisme en vue de financer l'acquisition et l'aménagement d'un nouveau siège social, lieu de son activité, entre dans son cadre d'activité et a donc un rapport direct avec ces attributions, en ce qu'il permet d'en améliorer les conditions d'exercice, notamment par la signature de nouveaux contrats visant à promouvoir l'athlétisme en France.

1 C. Consom., L. 132-1

La Cour rejette ainsi logiquement l'application du droit des clauses abusives quant aux stipulations contractuelles d'un contrat de prêt lié au développement futur de l'activité de l'emprunteur. Pour autant, elle maintient le critère du rapport direct, qualifiable d'aléatoire car on ne peut plus casuistique. Le moteur d'un tel critère, censé recadrer les errements de l'ancien critère jurisprudentiel du professionnel de même spécialité, n'est assurément pas le souci de sécurité juridique.

Sylvain Lafont
ATER Faculté de droit de Montpellier

Une nouvelle clause déclarée abusive par décret dans le secteur des services financiers

Le décret n° 2005-1450, du 25 nov. 2005, insère dans le Code de la consommation des dispositions particulières aux contrats portant sur des services financiers, notamment ceux commercialisés à distance.

Le décret indique quelles informations le fournisseur doit communiquer au consommateur, et quelles sanctions pénales peuvent lui être infligées s'il ne les communique pas. Le texte prévoit également que lorsque l'acte par lequel le consommateur a communiqué au fournisseur sa volonté de se rétracter a été envoyé sur un support papier ou sur un autre support durable avant l'expiration du délai de rétractation, le consommateur est réputé avoir respecté ce délai. En outre, il prohibe, comme abusive, la clause ayant pour objet ou pour effet de prévoir qu'incombe au consommateur la charge de la preuve du respect par le fournisseur de tout ou partie des obligations que la loi impose à celui-ci.

Par ailleurs, le décret insère dans le Code des assurances, dans le Code de la mutualité et dans le Code de la sécurité sociale des dispositions précisant quelles informations l'assureur, la mutuelle ou l'union de prévoyance, doit communiquer au souscripteur, ou au membre participant, en cas de fourniture à distance d'opérations d'assurance à un consommateur. Enfin le décret ajoute au Code monétaire et financier des dispositions relatives au démarchage et à la fourniture à distance de services financiers, ainsi qu'aux sanctions applicables aux infractions à ces règles.

Sylvain Lafont
ATER Faculté de droit de Montpellier

4. – Exécution des contrats de consommation

a. – Conformité des produits et des services

i- Droit commun de la vente au consommateur

8) Garantie des vices cachés

Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005 : N° 02-20970

M. X a conclu un contrat de location de véhicule le 03 juillet 1998, assorti d'une promesse de vente, avec la société Slibailautos, cette dernière avait acquis le véhicule auprès de la société Daniaud (la société Slibailautos étant certainement une filiale de la société Daniaud chargée de proposer les véhicules que distribue la société Daniaud)

Suite à une surconsommation anormale d'huile, et après plusieurs propositions de règlement amiables de la part de la société Daniaud et de la société Peugeot Citroën Automobiles (PCA), l'acquéreur X a assigné la société Daniaud le 18 juin 1999 en résolution de la vente et en paiement de dommages et intérêts.

La société Slibailautos est intervenue volontairement à l'instance afin d'obtenir restitution du prix et le paiement de dommages et intérêts. Le vendeur intermédiaire Daniaud a appelé en garantie la société Peugeot Citroën Automobiles (PCA). La Cour d'appel de Caen le 8 octobre 2002 a déclaré recevable et bien fondée l'action en garantie des vices cachés, et a prononcé la résolution de la vente. La société Daniaud a été condamnée à restituer le prix d'achat à la société Slibailautos et à payer à M. X... la somme de 750 euros à titre de dommages et intérêts. Il a été enfin ordonné à M. X... de restituer le véhicule.

La Cour a dans un premier temps confirmé ses précédentes jurisprudences en ce qui concerne la surconsommation de carburant ou d'huile d'un véhicule, ce défaut relève de la garantie des vices cachés (1). En effet, la surveillance constante des niveaux que doit opérer l'acheteur est de nature à diminuer l'usage du véhicule, et peu importe selon la Cour que les vendeurs aient pu à un moment donné proposer à l'acheteur d'effectuer des réparations (2).

Le second problème qui se posait à la Cour en la matière consistait à déterminer dans quelles mesures l'usage de la chose par l'acquéreur pouvait diminuer l'étendue de son droit à réparation ? En effet, dès lors que la résolution de la vente est prononcée par le juge, les patrimoines des parties doivent être remis en l'état dans lequel ils se trouvaient avant la conclusion du contrat de vente, or il est possible que l'acheteur ait utilisé la chose, en l'espèce l'utilisation s'étalait sur un an, quels sont alors les recours du vendeur d'automobiles qui doit assumer le coût de l'usage intervenu en plus de la dépréciation commerciale du véhicule !

La Cour rappelle sur ce point le principe gouvernant la résolution d'une vente : « *l'effet rétroactif de la résolution d'une vente oblige l'acquéreur à indemniser le vendeur de la dépréciation subie par la chose à raison de l'utilisation qu'il en a faite, encore faut-il qu'une telle indemnisation ait été sollicitée* ». Or le vendeur n'avait formé aucune demande en ce sens, il perdait donc tout droit à indemnisation. De la même façon, le vendeur ne pourrait réclamer une telle indemnisation dans le cas où le juge retiendrait sa mauvaise foi quant à l'existence du vice, l'acheteur conservant cependant les fruits perçus jusqu'au jour de l'assignation conformément aux articles 549 et 550 du Code civil.

En revanche, si le choix de l'acheteur s'était orienté vers le droit de la consommation, et plus particulièrement les articles L. 211-1 et suivants du Code de la consommation (3), les modes de réparation à sa disposition ne lui aurait pas permis d'obtenir automatiquement la résolution de la vente.

En effet, la réparation privilégiée par l'action en garantie de conformité issue de ces articles reste la mise en conformité du bien (article L. 211-8 C. consom), l'acheteur ne pourra requérir du juge qu'une réparation ou un remplacement du bien, sauf dans le cas où ces « remèdes » s'avèreraient économiquement inutiles, et dans ce cas là l'acheteur n'aurait plus le choix de la réparation et devra se contenter d'une simple réparation.

La résolution ne lui est ouverte que dans les cas suivants :

- si la réparation ou le remplacement sont impossibles à réaliser
- lorsque la solution retenue dans la première phase ne peut être mise en œuvre dans le délai d'un mois suivant la réclamation de l'acheteur, autrement dit lorsque le vendeur ne procède pas assez rapidement à la réparation ou au remplacement du bien
- lorsque le remplacement ou la réparation recèlent des inconvénients majeurs pour le consommateur acquéreur compte tenu de la nature du bien et de l'usage qu'il recherche.

Céline Alcalde

Allocataire-Moniteur, Faculté de droit de Montpellier

ii- Droit spécial de la vente au consommateur

(...)

b. – Sécurité des produits et des services

(...)

c. – Prix.

(...)

5. – Financement des contrats de consommation.

a. – Techniques de financement.

(...)

1 CA Paris, 3 mai 1967 ; Gaz Pal. 1967, 2, 34 et CA Paris, 11 juin 1970 ; RTD civ. 1971, p. 389, obs. Cornu

2 Civ. 1^{ère}, 13 mai 1995, D. 1996, somm., 14, obs. O. Tournafond

3 Transposition de la directive du 25 mai 1999 sur la garantie des biens de consommation par l'ordonnance du 17 février 2005 n° 2005- 136 codifiée aux articles L. 211-1 et s. C. Consom.

b. – Garanties du financement
(...)

c. – Surendettement / Rétablissement personnel

9) Surendettement

I – Conditions d’ouverture de la procédure

1° Qualité du débiteur.

Cass. Civ. 2^{ème}, 13 juillet 2005 : N° 04-04090

L'article L. 333-3 du Code de la consommation, dans sa rédaction cristalline, précise que les dispositions relatives au traitement du surendettement des particuliers ne s'appliquent pas lorsque le débiteur relève d'autres procédures de redressement ou de liquidation (1).

Saisi par M. X. d'un recours contre la décision d'irrecevabilité prise à son égard par une commission de surendettement des particuliers, le juge de l'exécution du tribunal de grande instance de Bobigny confirma cette décision. Soutenant que les dettes en cause étaient personnelles, dans la mesure où son entreprise individuelle n'avait jamais eu d'activité, et qu'il était de bonne foi, M. X. remis en cause le jugement devant la Cour de cassation, laquelle décida, le 13 juillet 2005, que « *les dispositions relatives au règlement des situations de surendettement ne s'appliquent pas lorsque le débiteur relève des procédures de redressement et de liquidation judiciaire des entreprises, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon la nature des dettes impayées* ». Ainsi, ayant constaté que M. X. avait créé une entreprise individuelle de commerce inscrite au registre du commerce et des sociétés, la juge de l'exécution avait, par ce seul motif, légalement justifié sa décision.

La solution semble pour le moins drastique. Si en effet M. X. avait créé une entreprise individuelle, celle-ci n'avait jamais eu d'activité (2). Dès lors, les dettes pour lesquelles il souhaitait bénéficier d'une procédure de surendettement n'étaient pas nécessairement professionnelles... Ce faisant, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a simplement réitéré ici, dans le strict respect des termes de l'article L. 333-3 du Code de la consommation, une solution déjà établie (3) : l'exclusion du bénéfice de la procédure s'applique à toutes les dettes de l'intéressé, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon leur nature professionnelle ou civile, lorsque celui-ci bénéficie de l'ouverture d'une autre procédure. Toutefois, cette exclusion n'est pas subordonnée à la réunion des conditions d'ouverture de l'une des procédures visées à l'article L. 333-3 (4). Par conséquent, la solution était ici justifiée.

La seule possibilité pour échapper à l'exclusion repose donc sur le conjoint du commerçant puisque, de nature personnelle, l'exclusion ne peut lui être opposée. Dès lors, si l'endettement n'a pas été englobé dans la procédure collective, le conjoint peut prétendre au bénéfice de la procédure de surendettement des particuliers (5)...

Caroline Raja

Allocataire-Moniteur, Faculté de droit de Montpellier

2° Bonne foi du débiteur : condition préalable

Cass. Civ. 2^{ème}, 9 juin 2005 : N° 04-04062, Inédit.

Cass. Civ. 2^{ème}, 15 septembre 2005 : N° 04-04104, Publié au Bulletin.

L'exigence de bonne foi est une condition essentielle de la recevabilité d'une demande de traitement d'une situation de surendettement. Exigée par l'article L. 331-2 du Code de la consommation avant la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, la bonne foi fait aujourd'hui partie intégrante de la définition du surendettement. En effet, aux termes de l'article L. 330-1 du même Code, « *la situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée*

1 Lois n° 88-1202, du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitant agricole à son environnement économique et social et n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises

2 En outre, l'immatriculation au RCS emporte seulement présomption simple de la qualité de commerçant : Art. L. 123-7 C. com.

3 Cass. Civ. 1^{ère}, 19 novembre 1991 : Contrats, conc., consom. 1992, comm. n° 21. Cass. Civ. 1^{ère}, 22 janvier 2002 : N° 01-04020 ; Bull. civ. I, 2002, n° 25 p. 19.

4 Cass. Civ. 1^{ère}, 26 mars 1996 : Contrats, conc., consom. 1996, comm. n° 87.

5 Cass. Civ. 1^{ère}, 11 octobre 2000 : Bull. civ. I, n° 242, p. 159.

par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. » L'appréciation de la bonne foi constitue une source abondante de contentieux. Deux arrêts de la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, rendus respectivement les 9 juin et 15 septembre 2005, démontrent la volonté de la Haute juridiction d'envisager la bonne foi comme une notion évolutive.

Après avoir bénéficié d'une mesure de suspension de l'exigibilité des créances, M. X. et Mme Y. ont formé une nouvelle demande devant la commission de surendettement des particuliers. En raison de la décision d'irrecevabilité rendue, ils forment un recours devant le Tribunal de Grande Instance, qui les déboute de leur demande. Le 9 juin 2005, la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi alors formé au motif que « *le Tribunal a souverainement déduit des circonstances qu'il a examinées que M. X. et Mme Y. avaient aggravé leur endettement de mauvaise foi.* »

La solution de la Cour de cassation confirme ainsi l'importance conférée à la bonne foi dans l'ouverture d'une procédure de surendettement. Cette condition s'apprécie pour chaque procédure considérée individuellement. En l'espèce, si les débiteurs avaient déjà bénéficié d'une mesure de suspension de l'exigibilité de leurs créances, c'est bien qu'ils avaient déjà été admis à bénéficier de l'ouverture d'une procédure et que leur bonne foi n'avait alors fait aucun doute. Leur mauvaise foi est ici envisagée à l'aune d'une seconde procédure. Cette solution confirme la position adoptée antérieurement par la Haute juridiction : l'appréciation de la bonne foi par le juge ne concerne que la procédure à l'occasion de laquelle elle est constatée (1). Néanmoins, une nouvelle demande auprès de la commission suppose également la démonstration d'éléments nouveaux.

A la suite d'un jugement déclarant sa demande de traitement de sa situation de surendettement irrecevable en raison de sa mauvaise foi, Mme X. fait une nouvelle demande devant la commission, qui déclare celle-ci recevable. Le créancier de Mme X., la Caisse agricole mutuel Sud Méditerranée forme un recours, accueilli par le juge de l'exécution. La Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, le 15 septembre 2005, rejette le pourvoi formé par la débitrice au motif que « *le juge de l'exécution n'a pas fondé sa décision d'irrecevabilité sur la mauvaise foi de Mme X., mais sur une appréciation souveraine de ce qu'elle ne justifiait pas d'éléments nouveaux de nature à conduire à une analyse différente de sa situation.* »

Cette seconde solution démontre une nouvelle fois que la bonne foi est conçue comme une notion évolutive. Néanmoins, le simple changement de comportement du débiteur ne suffit pas à admettre l'ouverture d'une nouvelle procédure. La décision de la Cour de cassation n'a rien d'innovant en la matière : s'il est permis au débiteur de mauvaise foi de faire amende honorable, l'examen d'une nouvelle demande est subordonné à l'existence d'éléments nouveaux survenus depuis la décision précédente (2).

Christine Godard

*Doctorante, Faculté de droit de Montpellier
Chargée de travaux dirigés Faculté de droit de Nîmes*

II – Déroulement de la procédure

1^o Contestation du montant des créances

Cass. Civ. 2^{ème}, 13 juillet 2005 : N° 04-04094, Inédit.

La procédure de traitement d'une situation de surendettement s'ouvre par une phase préparatoire, dont la compétence est dévolue à la commission de surendettement des particuliers. Après avoir dressé un état du passif du débiteur, la commission a pour mission l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement, qui doit être approuvé par les parties (art. L. 331-6 C. conso.). Ce n'est qu'en cas d'échec de la conciliation que la commission peut, à la demande du débiteur, recommander des mesures au juge, qui sera chargé de leur conférer force exécutoire (art. L. 331-7 et L. 332-1 C. conso.).

Tout au long de la procédure, le débiteur dispose de recours lui permettant de contester les décisions le concernant. Depuis la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998, le débiteur peut demander à la commission la saisine du juge de l'exécution « *aux fins de vérification de la validité des titres de créance et du montant des sommes réclamées* » (art. L. 331-4 C. conso.). En outre, « *une partie peut contester devant le juge de l'exécution les mesures recommandées par la commission* » (art. L. 332-2 C. conso.). C'est alors que la question du concours de ces recours se pose légitimement.

Mme Y. conteste les mesures recommandées par une commission de surendettement des particuliers ainsi que le montant de certaines créances. La contestation sur le montant des créances est

1 Civ. 1^{ère}, 14 mars 2000, Bull. civ. I. n° 95 ; Civ. 2^{ème}, 10 mars 2005, n° 04-04012, Inédit, ADC 2005/4, obs. C. Raja.
2 Civ. 1^{ère}, 5 janvier 2000, Bull. civ. I. n° 2 ; JCP 2000. IV. 1277 ; RTD com. 2000. 193, obs. Paisant.

déclarée irrecevable au motif que la demanderesse était hors délai pour présenter de telles demandes dans le cadre d'une instance en contestation des mesures recommandées, d'autant que les créances avaient déjà fait l'objet d'une fixation dans le cadre d'un plan conventionnel, plan ayant par définition reçu l'agrément et la signature de la débitrice et de l'ensemble des créanciers, et deux décisions relatives à la vérification des créances ont été rendues par le juge de l'exécution. La Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, le 13 juillet 2005, casse et annule la décision ainsi rendue au motif que « *la vérification de la validité et du montant des créances prévues à l'art. L. 331-4 C. conso., qui n'est opérée que pour les besoins de la procédure devant la commission afin de permettre à celle-ci de poursuivre sa mission, n'a pas pour effet de priver le juge de l'exécution des pouvoirs qu'il tient de l'art. L. 332-2 C. conso. de vérifier la validité et le montant des titres de créance lorsqu'il est saisi d'une contestation relative aux mesures recommandées.* »

La décision de la Haute juridiction s'avère très protectrice du débiteur. En effet, la contestation ouverte à l'article L. 332-2 du Code de la consommation ne devrait concerner que les mesures recommandées par la commission. Or, ces mesures ont justement été établies en fonction de l'état du passif dressé par ladite commission et le débiteur dispose déjà d'une possibilité de contestation lors de cette étape de la procédure.

Christine Godard

Doctorante, Faculté de droit de Montpellier

Chargée de travaux dirigés Faculté de droit de Nîmes

2° Contestation du plan amiable

Cass. Civ. 2^{ème}, 9 juin 2005 : N° 02-04197, Publié au Bulletin.

Après avoir apprécié les conditions d'ouverture de la procédure, la commission de surendettement des particuliers a pour mission l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement, qui doit être approuvé par les parties (L. 331-6 C. conso.). Néanmoins, l'article L. 331-2 du Code de la consommation précise expressément que « *le montant des remboursements résultant de l'application des articles L. 331-6 ou L. 331-7 est fixé, dans des conditions précisées par décret, par référence à la quotité saisissable du salaire telle qu'elle résulte de l'article L. 145-2 du code du travail, de manière à ce qu'une partie des ressources nécessaire aux dépenses courantes du ménage lui soit réservée par priorité.* » La question se pose alors de savoir quels sont les effets d'un plan ne correspondant pas à cette exigence.

A la suite d'un plan amiable de règlement de ses dettes, Mme X. formule une nouvelle demande de traitement de sa situation de surendettement. Le juge de l'exécution déclare la demande irrecevable au motif qu'elle avait accepté un plan amiable dont les échéances de règlement de ses dettes excédaient sa capacité de remboursement et qu'elle ne démontrait pas que sa situation fût modifiée. La Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation casse et annule le jugement ainsi rendu au motif que le juge de l'exécution « *constatait que le montant des remboursements prévu par le plan amiable de règlement excédait la quotité saisissable de ses ressources* », donc le juge n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations. En effet, selon la Haute juridiction, « *est recevable à former une nouvelle demande de traitement de sa situation de surendettement le débiteur qui a bénéficié d'un plan amiable de règlement de ses dettes qui ne répond pas aux exigences prévues au second alinéa de l'art. L. 331-2 C. conso.* »

La solution de la Haute juridiction apporte deux précisions relatives à la procédure de traitement d'une situation de surendettement. D'une part, le plan amiable, une fois accepté par les parties, ne peut faire l'objet d'une contestation devant le juge de l'exécution. Sa compétence ne concerne que le contrôle des mesures recommandées par la commission, à savoir en l'absence de conciliation des parties (art. L. 332-1 s. C. conso.). Il en résulte que le plan amiable ne peut faire l'objet d'une contestation, mais implique, au contraire, à une nouvelle demande d'ouverture d'une procédure. D'autre part, il résulte de cette décision que l'exigence d'éléments nouveaux, lors d'une nouvelle demande, ne concerne que les conditions préalables relatives notamment à la bonne foi (1). La solution semble logique : en l'espèce, le plan amiable ne répondant pas aux exigences légales, la nouvelle demande ne correspond pas à l'évolution de la situation du débiteur, mais à l'impossibilité de s'y conformer.

Christine Godard

Doctorante, Faculté de droit de Montpellier

Chargée de travaux dirigés Faculté de droit de Nîmes

1 V. infra.

3° Effets du plan conventionnel de redressement.

Cass. Civ. 2^{ème}, 7 juillet 2005 : N° 03-17535.

La commission de surendettement a notamment pour mission de concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses créanciers. Aux termes de l'article L. 331-6 du Code de la consommation, le plan peut comporter des mesures destinées à adapter le paiement des créances aux capacités du débiteur (1). Il prévoit, en outre, les modalités de son exécution (2).

Les époux X. avaient signé un plan conventionnel de redressement prévoyant le règlement des sommes dues à leur créancier, la Mutualité de la Fonction publique. En vertu du plan, le créancier accepta de renoncer au paiement des intérêts. En revanche, le plan prévoyait sa caducité en cas de défaut d'exécution quinze jours après une mise en demeure adressée au débiteur d'avoir à exécuter ses obligations et restée infructueuse. Face à l'absence de paiement, la Mutualité de la Fonction publique assigna ses débiteurs devant un tribunal de grande instance qui les condamna. A la suite de la défaillance des débiteurs dans le règlement des échéances de remboursement du plan, la Mutualité de la Fonction publique leur adressa une mise en demeure de régler les échéances impayées. Celle-ci étant demeurée infructueuse, elle leur fit délivrer un commandement de payer représentant le solde de sa créance.

M. et Mme X. saisirent alors un juge de l'exécution en vue d'obtenir son annulation.

Se fondant sur l'absence de paiement suite à la mise en demeure, les juges de la Cour d'appel de Rennes (CA Rennes, 5 juin 2003) optèrent pour la caducité du plan conventionnel et de l'engagement du créancier à ne pas poursuivre le paiement des intérêts des sommes dues. Ils décidèrent que celui-ci était alors fondé à poursuivre le recouvrement de sa créance et validèrent le commandement de payer.

A l'appui de leur pourvoi, les époux X. soutenaient que, conformément aux articles L. 331-6 et R. 331-17 du Code de la consommation, le défaut d'exécution du plan conventionnel de redressement n'entraînait pas de plein droit sa caducité. Le créancier qui entendait s'en prévaloir était tenu de le faire constater et le débiteur pouvait s'y opposer s'il justifiait soit de dépenses exceptionnelles et importantes soit d'un apurement quasi complet de la dette.

Les juges de la deuxième chambre civile, le 7 juillet 2005, rejetèrent ces arguments. Le plan conventionnel de redressement prévoyant que son défaut d'exécution entraînerait de plein droit sa caducité quinze jours après une mise en demeure adressée au débiteur d'avoir à exécuter ses obligations et restée infructueuse, les créanciers recouvraient leur droit de poursuite individuelle sans avoir à saisir au préalable le juge de l'exécution.

Les juges se donc ici livrés à la plus stricte application du texte de l'article R. 331-17 du Code de la consommation, aux termes duquel le plan mentionne qu'il est de plein droit caduc quinze jours après une mise en demeure restée infructueuse. En revanche, et alors que les époux X. l'invoquaient à l'appui de leur pourvoi, le prononcé de la caducité du plan peut être évité si le débiteur démontre qu'il était dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations, ceci en raison d'une dépense imprévue et importante (3), donc d'un fait nouveau, lequel n'a pas à revêtir les caractères de la force majeure (4).

Caroline Raja

Allocataire-Moniteur, Faculté de droit de Montpellier

10) Rétablissement personnel

1° Situation irrémédiablement compromise

CA Paris, 12 octobre 2005 : Jurisdata n° 2005-283706

La situation irrémédiablement compromise doit s'apprécier par rapport au caractère subsidiaire de la procédure (5). Ainsi, la seule circonstance de ne pas pouvoir apurer la totalité du passif sur dix ans ne suffit pas à la caractériser, dès lors qu'il existe une capacité de remboursement permettant au débiteur d'honorer une partie de ses dettes en application des articles L. 331-6 et L. 331-7 du Code de la Consommation.

1 La commission de surendettement a toute latitude pour adapter le paiement, ceci dans le but de parvenir à l'élaboration d'un plan de redressement propre à concilier les intérêts des parties : Rép. Min. n° 38259 : JOAN Q, 22 avril 1991, p. 1610.

2 V. Art. L. 331-6 al. 4 modifié par la loi n° 2003-710 du 1er août 2003.

3 CA Aix-en-Provence, 27 juin 1996 : Juris-Data n° 1996-056606

4 Cass. Civ. 1^{ère}, 5 décembre 2000 : Bull. civ. I, n° 317

5 Avis de la Cour de Cassation en date du 10 janvier 2005 : ADC 2005/3, p. 32.

Par cette décision, la Cour d'Appel de Paris semble restreindre le champ d'application de l'article L. 330-1 alinéa 3 du Code de la Consommation en assimilant la situation irrémédiablement compromise à l'absence totale de capacité de remboursement

Vincent Cadoret

Doctorant, Faculté de droit de Montpellier

2° Bonne foi du débiteur

CA Paris, 14 septembre 2005 : Jurisdata n° 2005-283581

Un couple s'abstient sciemment de déclarer d'importants revenus pendant plusieurs années et l'administration fiscale diligente par conséquent plusieurs procédures de redressement fiscal. Une fois ces redressements devenus définitifs, le couple de débiteurs connaît des difficultés financières et demande le bénéfice de la procédure de rétablissement personnel.

Après avoir relevé que l'essentiel du passif était constitué par les dettes fiscales, la Cour d'Appel a considéré comme établie la mauvaise foi des débiteurs, leur faute intentionnelle étant en rapport direct avec leur situation de surendettement.

Vincent Cadoret

Doctorant, Faculté de droit de Montpellier

CA Colmar, 17 mai 2005 : Jurisdata n° 2005-275623

La Loi du 1^{er} août 2003 instituant la procédure de rétablissement personnel a également modifié les dispositions de l'article L. 628-1 du Code de Commerce, subordonnant le bénéfice la faillite civile - applicable dans les départements du Rhin et de la Moselle - à la bonne foi du débiteur.

Dès lors que l'essentiel du passif résulte du comportement frauduleux du débiteur (1), sa mauvaise foi est caractérisée et sa demande de faillite civile doit être rejetée.

Il est notable qu'alors même qu'elle est saisie d'une demande sur le fondement de l'article L. 628-1 du Code de Commerce, la Cour d'Appel de Colmar fait expressément référence à la procédure de rétablissement personnel, rapprochant singulièrement deux procédures coexistantes : celle de rétablissement personnel instituée par la Loi du 1^{er} août 2003 et celle de faillite civile maintenue par ce texte. Il s'agirait donc d'un pas supplémentaire vers l'uniformité du droit du surendettement des particuliers.

Vincent Cadoret

Doctorant, Faculté de droit de Montpellier

3° Effets

CA Dijon, 1^{er} mars 2005 : Jurisdata n° 2005-268190

En vertu de l'article L.332-6 du Code de la Consommation, le jugement d'ouverture de la procédure de rétablissement personnel emporte suspension des procédures d'exécution contre le débiteur, portant sur des dettes autres qu'alimentaires.

Cependant, cette disposition ne s'applique pas à l'action tendant à la résiliation du bail d'habitation, à la fixation d'une indemnité d'occupation et à l'expulsion. Toutefois, la fixation de la créance au titre de l'indemnité d'occupation pour la période antérieure au jugement d'ouverture est de la compétence du juge de l'exécution et est soumise à déclaration en application des articles L.332-8 et R.332-20 du Code de la Consommation. Seule la part de la créance postérieure au dit jugement pourra être fixée par l'instance en cours.

Par cette décision, le rapprochement est très net entre la procédure de rétablissement personnel et les procédures collectives applicables aux entreprises. De la même manière que l'action en résolution du bail commercial n'était pas considérée comme une action tendant au paiement d'une somme d'argent (2), l'action en résiliation du bail d'habitation est considérée comme ne portant pas sur les biens du débiteur.

Toutefois, l'analogie n'est pas parfaite dans la mesure où l'action en résolution pour défaut de

1 En l'espèce, 80% du passif était constitué par la créance de restitution des versements indûment perçus au titre du RMI et de l'allocation logement.

2 Cass. Com., 12 mai 1992, Bull. Civ. IV, n° 181.

paiement d'une somme d'argent est également suspendue en matière commerciale (1), tandis que cette considération n'a pas retenu l'attention du juge dijonnais.

Vincent Cadoret

Doctorant, Faculté de droit de Montpellier

4° Voir l'article de Vincent Cadoret en Chronique de ce numéro.

6. – Litiges de consommation

(...)

B. – DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONSOMMATION

13) Voir l'article de Guillaume Zambrano en chronique de ce numéro.

C. – DROIT INTERNATIONAL DE LA CONSOMMATION

14) OMC : déclaration du 18 décembre 2005, sixième session de la conférence ministérielle (Hong Kong) du cycle de Doha

À l'heure où un compromis a pu, non sans mal, être trouvé à Hong Kong, il est intéressant de revenir sur les enjeux et les perspectives de la conférence de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) de décembre dernier. Il ne s'agit pas dans cette chronique de s'interroger sur l'hypothétique présence de notre fameux José Bové national pour se plaindre d'une éventuelle censure à son encontre. Ni pour féliciter l'esprit hautement démocratique de Pascal Lamy, lui aussi français mais surtout directeur de l'OMC, qui a obtenu un visa des autorités chinoises au premier abord hostile à l'entrée sur leur territoire d'un syndicaliste arracheur de plants OGM (la Chine est un grand producteur de riz génétiquement modifié). Il paraît plus important d'expliquer les conséquences qu'aura cette conférence, celles-ci étant en réalité de deux ordres, institutionnel et pratique.

D'un point de vue institutionnel en premier lieu, la fin de ces négociations est un succès pour l'OMC et son directeur tant les oppositions, avant même l'ouverture des négociations, étaient fortes. Le compromis obtenu le 18 décembre dernier n'est bien évidemment pas une fin en soi, il ouvre cependant la voie aux discussions finales du cycle de Doha qui devrait aboutir fin avril 2006. Deux ans après la conférence de Cancun, marquée par la présence de nombreux alter mondialistes et qui avait rapidement tourné à un affrontement entre « riches » et « pauvres », Hong Kong est une étape importante dans la perspective d'un accord final. Importante, voire majeure, car si un compromis n'avait pu être obtenu, c'est tout le cycle de Doha et l'objectif de libéralisation des échanges, fonction première de l'OMC, qui auraient été menacés. Un tel compromis était inéluctablement un objectif difficile d'accès lorsque l'on rappelle des chiffres aujourd'hui bien connus. Selon l'Organisation de Coopération et de Développement Économique (OCDE), les pays riches octroient plus de 238 milliards d'euros de subventions à leurs agriculteurs chaque année. Interprétés et rapportés à des individus, les chiffres démontrent un profond écart Nord-Sud : une vache européenne est subventionnée à un peu plus de 2 euros par jour alors que dans le même temps les trois quarts des africains vivent avec moins de 2 euros par jour (V. *Le Monde* du 20 décembre 2005). L'enjeu pour les pays pauvres était en conséquence de parvenir à un accord prohibant la fin de toutes les aides. L'OMC n'en est pas encore à un tel état d'avancement, mais les pressions de certains pays émergeant ont été sur bien des points décisives.

En pratique, le compromis de Hong Kong permet une plus grande libéralisation des échanges mondiaux. L'accord prévoit pour l'année 2013 la fin des subventions allouées par les pays riches à l'exportation de leurs produits agricoles, matières premières ou manufacturées : en France les producteurs de beurre fortement subventionnés s'en inquiètent à juste titre. Leurs représentants tentent aujourd'hui d'obtenir, pour préserver leurs parts de marché, la mise en place de labels reconnus et protégés sur le plan international, mais ce sera là une toute autre perspective. Si 2013 a été l'année retenue, ce fut sous la pression de l'Union européenne qui souhaitait attendre le terme du prochain budget européen si

1 Cass. Com., 31 mars 1992, Bull. Civ. IV, n° 140.

difficilement adopté (les autres pays avaient proposé 2010). D'ici 2008, les mêmes pays riches se sont par ailleurs engagés à importer sans droits de douane 97% des produits des pays les moins avancés. Les exportations de coton enfin ne seront plus subventionnées à compter de 2006.

En réalité, la plupart des points du compromis étaient d'ores et déjà acquis dans leur principe, seules les échéances étaient encore à fixer. Il restera cependant un dernier verrou à faire sauter pour voir le compromis de Hong Kong véritablement accepté : le texte final du cycle de Doha, auquel le compromis ouvre la voie, devra être ratifié par les institutions compétentes des États-membres. Il n'est pas certain en l'occurrence que le congrès américain notamment accepte facilement la fin des subventions sur le coton d'ici deux ans seulement. Hong Kong n'était donc qu'une étape et l'OMC a encore de longues réunions à préparer... (La déclaration ministérielle est disponible sur le site de l'OMC : www.wto.org, WT/MIN(05)/W/3/Rev.2).

Malo Depincé

Docteur en droit

Chargé de cours à la Faculté de droit de Montpellier

IV. – POUR EN SAVOIR PLUS :

Mémoire soutenu en vue de l'obtention du DEA Concurrence, Consommation, Droit du marché 2003/2004

L'information du patient Nature juridique de l'obligation d'information du professionnel de santé

Par **Caroline Raja**
Allocataire-Moniteur
Faculté de Droit de Montpellier

Introduction

« Dans toute la mesure de mes forces et de mes connaissances, je conseillerai aux malades le régime de vie capable de les soulager et j'écarterai d'eux tout ce qui peut leur être contraire ou nuisible ». Loin d'affirmer le principe d'une information claire, loyale et appropriée (1), sur les actes subis et leurs conséquences (2), le Serment d'Hippocrate n'en reflète pas moins la genèse. Le patient jouit aujourd'hui d'un véritable droit à l'information (3).

Il n'existe pas de définition juridique du patient. Il est celui « qui supporte, qui subit » (4). « Personne passive qui souffre dans sa chair d'un traitement reçu en silence » (5), il semble *a priori* malade. Pourtant, face au développement de certains actes, notamment les expérimentations médicales (6) ou la chirurgie esthétique, le « patient » n'est plus seulement une personne « dont la santé est altérée » (7). Il est celui qui confie une tâche à un professionnel, le médecin. Il n'est plus seulement « patient » mais devient un « usager du système de santé » (8), un « consommateur de soins ». En tant qu'utilisateur d'un service il jouit de prérogatives (9). Le service de santé doit lui être assuré au mieux. En tant que consommateur de soins, il est appelé à se prévaloir d'un régime protecteur. Aujourd'hui « client » (10), il est destinataire d'une prestation particulière : le soin. Malgré tout, le patient se trouve confronté à un autre, plus fort.

Disposant « d'une organisation tournée vers la réalisation d'une activité habituelle », une profession, le professionnel « fait supposer d'une certaine compétence et (...) assume donc la responsabilité du risque généré par son activité » (11). La nouvelle rédaction du Code de la santé publique, issue de la Loi du 4 mars 2002, vise en tant que débiteurs de l'obligation d'information « tous les professionnels de santé ». Or, le « professionnel » n'est pas nécessairement « l'établissement de santé » (12) et le « médecin » est un « professionnel de santé » parmi d'autres (1).

1 C. Sant. Publ. Art. R. 4127-35.

2 C. Sant. Publ. Art. L.1111-2

3 Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : J.O du 5 mars 2002

4 Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, 1998, T. II

5 B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, Thèse Montpellier I, 2002

6 Loi « Huriet-Sérusclat » n°88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales et Directive 2001/20/CE du 4 avril 2001 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain

7 Dictionnaire Larousse, 1998, p.618.

8 La Loi du 4 mars 2002 qualifie ainsi le patient

9 L'Ordonnance n°96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation a introduit le concept de satisfaction

des usagers et en fait un des éléments de l'accréditation des établissements. V. C. Sant. Publ. Art. L. 6113-2 al. 1^{er}

10 Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, « Woessner c/ Sigrand » : Bull. civ. I. n° 283, p.183 ; JCP E., Cahiers de droit de

l'entreprise n°1, 8 février 2001, p.10

11 M. Leroy, *Contribution à la notion de professionnel*, Thèse Toulouse I, 1995

12 C. Sant. Publ. Art. L. 1142-4 et L. 1142-4

Qui est ce professionnel ? L'article L. 1142-1 du Code de la santé publique vise « les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement ». Y sont visés : les « professions médicales » (médecin (1), chirurgien-dentiste (2) et sage-femme (3)), « les professions de la pharmacie »⁴ et les « auxiliaires médicaux » ou « professions paramédicales » (infirmiers (5), masseurs kinésithérapeutes et pédicure podologues (6), ergothérapeutes et psychomotriciens (7), orthophonistes et orthoptistes (8), manipulateurs d'électroradiologie médicale (9), audioprothésistes et opticiens lunetiers (10) et diététiciens (11)). Le patient est donc devenu un consommateur de services multiples de santé et tous ces professionnels sont légalement tenus de l'informer

L'obligation d'information relève d'un champ juridique plus large que la seule relation médicale. Les partenaires se doivent respect dans le but de la saine conclusion et de la correcte exécution du contrat. Moyen de rétablir un équilibre rompu par la supériorité de l'une des parties ou mécanisme de sanction, elle s'intègre dans un phénomène « de moralisation du contrat » (12). A ce titre, les textes imposant son exécution sont fort nombreux (13).

En matière de santé, elle trouve fondement (14) dans la spécificité thérapeutique de l'acte (15), le respect de la personne humaine (16) et l'existence d'un lien consensuel (17) entre le patient et le professionnel. Elle a aussi trouvé écho dans de nombreux textes (18). En l'absence de réelle reconnaissance, les juges ont jusqu'alors assumé le travail des lois. C'est non seulement sur le contenu mais aussi sur l'intensité (19) de l'obligation qu'ils ont contribué à l'amorce d'un véritable phénomène de protection. L'information doit permettre au patient « de prendre sa décision en connaissance de cause » (20), il doit être informé de la « nature exacte » des soins, de « ses conséquences possibles » et de son choix thérapeutique (21). La loi du 4 mars 2002 prévoit désormais (22) que l'information doit porter « sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver » (23).

Consacrant le fondement légal de l'obligation, la loi ne fait que détailler le contenu de l'information. Le lien professionnel - patient, contractuel (24), conditionne le régime de responsabilité applicable. Or, devant

1 C. Sant. Publ. Art. L.4131-1 à L.4134-7

2 C. Sant. Publ. Art. L.4141-1 à L.4142-6

3 C. Sant. Publ. Art. L.4151-1 à L.4152-8

4 Dont les pharmaciens et préparateurs en pharmacie : C. Sant. Publ. Art. L.4211-1 à L.4242-2

5 C. Sant. Publ. Art. L.4311-1 à L.4314-7

6 C. Sant. Publ. Art. L.4321-1 à L.4323-7

7 C. Sant. Publ. Art. L.4331-1 à L.4334-2

8 C. Sant. Publ. Art. L.4341-1 à L.4344-5

9 C. Sant. Publ. Art. L.4351-1 à L.4353-2

10 C. Sant. Publ. Art. L.4361-1 à L.4363-6

11 C. Sant. Publ. Art. L.4371-1 à L.4372-1

12 M. De Juglart, « L'obligation de renseignement » : RTD Civ. 1945, p.1

13 C. Cosomm., Art. L.111-1, L.113-1, L.121-1, L.121-18, L.121-21, L.214-1, L.311-10. ; C. Com.L.141-1, L.330-3, L.441-6 ; C. Ass. L.112-2 ; C. de la construction et de l'habitation, L.231-2, L.232-1, L.261-11, L.222-3 ; C. monétaire et financier L.313-22, L.342-2 ; C. Trav. Art. L.121-1 V. C. Sant. Publ., Art. L.1111-2 et s.

14 P. Sargos, « L'information du patient et le consentement aux soins », in Droit médical et hospitalier, 2001, n°9, p.5.

15 L'article 16-3 du C. civ. modifié par la Loi n°99-641 du 27 juillet 1999 dispose désormais qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne. Sur l'analyse de ce changement, V. D. Thouvenin, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », D 2000, n° 32, p.485

16 Cass. Req. 28 janvier 1942 « Teysier » : D 1942, Jur.p.6

17 Civ. 20 mai 1936, « Mercier » : D 1936, 1, 88 concl. Matter, rapp. Josserrand ; S. 1937, 1, 321 note Breton ; JCP 1936, 1079.

18 Circulaire n°88-346 du 18 décembre 1970 relative à l'humanisation des hôpitaux, Décret n°74-17 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux, Loi n°91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière, Lois « bioéthiques » n°94-653 du 29 juillet 1994 récemment modifiées par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, Décret n°95-1000 du 6 septembre 1995 portant C. de déontologie médicale, Charte du patient hospitalisé annexée à la circulaire n°95-21 du 6 mai 1995, Recommandations de l'agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ANAES) de mars 2000

19 C'est au médecin de rapporter la preuve de l'exécution de l'obligation par tous moyens : Civ. 1^{ère}, 14 octobre 1997 : Bull. civ. I, n°278 ; Civ. 1^{ère}, 7 octobre 1998 : Bull. civ. I, n°287 et 291

20 Civ. 1^{ère}, 19 avril 1988 « Baud » : Bull. civ. I, n°107

21 Cass. Req. 28 janvier 1942, « Teysier » : op.cit. ; Sur l'information sur les choix thérapeutiques : Civ. 1^{ère}, 3 mars 1998 « Chuine c/ Teysier », pourvoi n° 96 110 54, Juris-Data n° 1998-001097 ; Sur le fait que le praticien n'est pas tenu de convaincre son patient : Civ. 1^{ère}, 18 janvier 2000 : Bull. civ. I, n°13

22 Des organismes avaient déjà pris l'initiative de formaliser le contenu de l'information : Recommandations ANAES op. cit.

23 C. Sant. Publ. Art. L.1111-2 al.2

24 Sur la nature juridique du contrat d'hospitalisation : D. Mainguy « Quelques aspects des obligations des établissements de soins en matière d'hébergement », JCP E, Cahiers de droit de l'entreprise, n°1, 8 février 2001, p.28

le constat d'une réelle ambiguïté autour de cette obligation (1), il s'agit de s'interroger quant à sa véritable nature juridique. La finalité de l'information (Partie II) et l'analyse du processus contractuel dans la relation de soins (Partie I), constituent deux critères de détermination.

Partie I

Détermination de la nature juridique de l'obligation d'information au regard du processus contractuel dans la relation de soins

Outre l'obligation d'informer le patient avant la réalisation de la prestation (Chap. I), le professionnel de santé doit maintenir son consentement tout au long du contrat et après son extinction. L'existence d'un contrat est alors le critère exclusif de détermination de la nature de l'obligation (Chap. II).

Chapitre I - La négociation précontractuelle

Tant l'article L. 1111-4 al. 1 du Code de la santé publique (2) que l'article R. 4127-35 du même code (3) laissent supposer qu'il existe au sein de la relation de soins une période précontractuelle de négociation. C'est aussi le cas de l'article 16-3 du Code civil, qui préconise que le consentement doit être recherché préalablement à tout acte de nécessité « médicale ». En pratique le cabinet du médecin, l'« enseigne » de l'établissement, sont abondamment signalés. Pour une partie de la doctrine (4), ceci place le professionnel de santé en état d'offre permanente bien qu'il puisse choisir librement ses patients (5). Une période de négociation précontractuelle, de pourparlers, existe donc nécessairement dans la relation médicale. Celle-ci génère la naissance d'une obligation d'information ayant une incidence sur le consentement du patient et la conclusion du contrat. L'identification d'une période précontractuelle ne suffit pas à démontrer son autonomie, notamment au regard des règles régissant la période de l'avant contrat et qui s'avèrent avoir vocation à s'appliquer à la relation médicale au long (Sect. I) et au terme des négociations (Sect. II).

SECTION I : LE « COLLOQUE SINGULIER » A L'EPREUVE DES NEGOCIATIONS

L'offre qu'émet le professionnel peut ne pas être comprise. Cependant, elle ne doit pas être mensongère ou avoir pour objet de détourner la clientèle d'autres praticiens. Des devoirs particuliers propres à la négociation peuvent être identifiés dans le cadre des négociations précédant la conclusion du contrat médical : ceux ayant trait au partage (I), et ceux découlant du respect que se doivent les parties (II).

I- LE PARTAGE

Il s'agit ici des devoirs de renseignement (§I) et de coopération (§II).

PARAGRAPHE I) LE DEVOIR DE RENSEIGNEMENT

L'article L. 1111-2 du Code de la santé publique dispose désormais que le patient a le droit d'être informé sur son **état de santé et sur les actes et investigations auxquels il devra se soumettre**. Par ailleurs, le patient a le droit d'être informé, à sa demande, des **frais auxquels il pourrait être exposé** (6). Dans le même sens, l'article 32 des règles professionnelles régissant la profession d'infirmier (7) et l'article R. 4127-35 alinéa 1 du Code de la santé publique imposent à ces professionnels de donner une information « préalable » à la réalisation de tout acte : la déontologie médicale et celle de la négociation se font écho pour faire preuve de l'applicabilité des règles de la négociation au « colloque singulier ».

1 E. Terrier, « Médecine : un exemple d'ambiguïté sur l'obligation d'information » : JCP E., Cahiers de droit de l'entreprise n°2, 10 avril 2003, p.2

2 Le patient prend les décisions concernant sa santé en fonction des informations fournies

3 « Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose »

4 Dont J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2^{ème} Ed°, 1996, p. 8

5 C. Sant. Publ. Art. R. 4127-32. Ce droit reconnu au médecin trouve d'ailleurs son pendant dans celui du patient quant au choix de son médecin : Art. 6 du même code

6 C. Sant. Publ. Art. L. 1111-3

7 Décret n°93-221 du 16 février 1993 relatif aux règles professionnelles des infirmiers et infirmières, Art. 32 : « L'infirmier ou l'infirmière informe le patient ou son représentant légal, à leur demande, et de façon adaptée, intelligible et loyale, des moyens ou des techniques mis en œuvre. Il est de même des soins à propos desquels il donne tous les conseils utiles à leur bon déroulement ».

PARAGRAPHE II) LE DEVOIR DE COOPERATION

Le devoir de coopérer prend source dans l'article L. 1111-4 al. 1 du Code de la santé publique : la personne prend, avec le professionnel de santé, les décisions concernant sa santé. Il s'agit donc pour eux de collaborer. La doctrine et la jurisprudence ont d'ailleurs entériné cette idée. René Savatier écrivait que le malade doit « *collaborer à l'exécution du contrat, c'est-à-dire au traitement* » (1), et le fait pour le patient de ne pas informer le médecin peut exonérer ce dernier de sa responsabilité (2). Cependant, jurisprudence et doctrine usent du terme d'obligation de collaboration à l'exécution du contrat et non de devoir précontractuel (3). Cette obligation *a priori* de nature contractuelle a pourtant nécessairement pris naissance avant la conclusion du contrat.

II- LE RESPECT

Le respect induit l'existence de devoirs (§1) mais découle d'un principe général de loyauté (§2).

PARAGRAPHE I) CONFIDENTIALITE ET SINCERITE

L'article R. 4127-4 du Code de la santé publique dispose que « *le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris* ». Cette tâche revêt donc une importance capitale dans la relation de soins (4), d'autant qu'elle pèse sur l'ensemble des professionnels de santé (5). Le devoir de confidentialité ne vise toutefois que le professionnel et connaît des limites. Le secret doit en effet être divulgué en cas de nécessités pour la santé publique (6) ou la sécurité publique (7) et le partenaire a le droit, dans ces hypothèses, de ne pas respecter son devoir.

Le devoir de sincérité, entendu comme l'obligation de signaler à son partenaire toute négociation parallèle, trouve son sens dans le libre choix de leur partenaire par les parties jusqu'à la conclusion du contrat définitif (8). Néanmoins nulle obligation n'est faite quant à la divulgation de la négociation parallèle, ce qui implique que le patient peut consulter deux praticiens sans les en informer.

PARAGRAPHE II) LOYAUTE

Le principe de loyauté dans la relation de soin inonde de nombreuses dispositions du Code de la santé publique, tant vis-à-vis de l'individu que du patient à proprement parler : le médecin est « *au service de l'individu* » et exerce sa mission dans « *le respect de la personne* » (9), il doit « *respecter les principes de moralité, probité et dévouement* » (10). L'article R. 4127-35 du même code, relatif à l'obligation d'information, fait directement référence à ce principe : « *le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information*

1 R. Savatier, note sous Crim., 3 juill. 1969 : JCP 1970, II, n° 16447.

2 Civ. 2^{ème}, 18 décembre 1956 : D 1957, p. 231

3 Sur la distinction : M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie*, LGDJ Ed. 1992, Bibliothèque de droit privé, n° 1 et s.

4 Le médecin doit ainsi « *veiller à ce que les personnes qui l'assistent dans son exercice soient instruites de leurs obligations en matière matière de secret professionnel et s'y conforment. Il doit veiller à ce qu'aucune atteinte ne soit portée par son entourage au secret qui s'attache à sa correspondance professionnelle* » (art. R. 4127-72 du C. de la santé publique). En outre, « *Le médecin doit protéger contre toute indiscretion les documents médicaux concernant les personnes qu'il a soignées ou examinées, quels que soient le contenu et le support de ces documents* » (art. R. 4127-73, al. 1 du même code).

5 Y compris le personnel des établissements, des réseaux et des organismes ayant participé à des actes de prévention prévention ou de soins, les médecins désignés comme experts judiciaires (C. Sant. Publ. art. 1142-12, al. 4 et art. R. 4127-108), les médecins-conseils d'organismes d'assurance (C. Sant. Publ. art. R. 4127-104) et les hébergeurs de données médicales (C. Sant. Publ. Art. L. 1111-8).

6 La loi fait obligation aux médecins et aux responsables des services et laboratoires d'analyses de biologie médicale de transmettre à l'autorité sanitaire les données individuelles anonymes relatives aux maladies qui nécessitent une intervention urgente locale, nationale ou internationale et à celles dont la surveillance est nécessaire à la conduite et à l'évaluation de la politique de santé publique (C. Sant. Publ. art. L. 3113-1). La liste des maladies est dressée par décret (C. Sant. Publ. art. D. 11-1 et D. 11-2). A. Laude, J.-L. Mouralis, J.-M. Pontier, *Droit de la santé*, Lamy, Ed. 2005, n° 311-29

7 Le secret médical peut être divulgué par le médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices qu'il a constatés dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences sexuelles de toute nature ont été commises (art. 226-14, 2° du C. pénal). A. Laude, J.-L. Mouralis, J.-M. Pontier, *Droit de la santé*, Lamy, Ed. 2005 n° 311-30.

8 C. Sant. Publ. Art. R. 4127-6, R. 4127-32 et R. 4127-47

9 C. Sant. Publ. Art. R. 4127-2

10 C. Sant. Publ. Art. R. 4127-3

loyale (...)». La loyauté de l'information est donc la clé de voûte de la déontologie médicale et de la négociation du contrat médical.

SECTION II- LE « COLLOQUE SINGULIER » A L'ÉPREUVE DU TERME DES NEGOCIATIONS

Le patient est libre de ne pas contracter. En revanche, nombre de situations peuvent induire la rupture unilatérale du contrat par le praticien : c'est le cas du remplacement (1), de la sanction disciplinaire, de la non capacité à soigner le malade (2), ou de la cession de clientèle (3). A l'inverse des règles classiques de la négociation (4), cette rupture, si soudaine et abusive qu'elle soit, n'engage pas la mise en œuvre de la responsabilité du praticien sur un fondement précontractuel. Il s'agirait alors d'une faculté précontractuelle de révocation *ad nutum* (5).

Chapitre II- Le « coup de foudre contractuel »

L'existence d'un contrat professionnel/patient conditionne le régime de responsabilité applicable. Le travail de qualification du contrat est tout de même incontournable (Sect. I). La nature de l'obligation en découle (Sect. II).

SECTION I- QUALIFICATION DU CONTRAT

Les classifications viennent au secours de la qualification (§I) et de la notion de « contrat médical » (§II).

PARAGRAPHE I) CLASSIFICATIONS ET QUALIFICATION

Le Code civil ne connaît que la classification de l'article 1101. L'effet de droit induit par le contrat se décline en trois types d'obligations : **faire, ne pas faire** et **donner**. Il existe une dichotomie entre les obligations de faire ou ne pas faire et celles de donner (6). La classification des conventions dépend donc de l'objet de leurs obligations. Mais que dire de la « prestation » ? Consistant à exécuter un service, la prestation vient s'insérer au centre de cette dichotomie, impliquant donc une classification plutôt tripartite (7). Les contrats peuvent donc avoir pour objet de **transférer, mettre à disposition** ou **rendre un service. service**.

PARAGRAPHE II) CLASSIFICATION ET « CONTRAT MEDICAL »

Le « contrat médical » a pour objet la prestation d'un service : le soin. Il fait donc partie de la catégorie des obligations de « *praestere* ». Parlant du contrat de soins, Paul Matter écrivait que « *les juristes modernes n'hésitent plus que sur le nom, l'étiquette à lui donner ; les uns veulent y voir un mandat, les autres un louage de services (...), les autres un louage d'industrie (...) ou encore un louage d'ouvrage ; et d'autres plus prudents, avec la Cour de cassation elle-même dans un vieil arrêt, n'y voient qu'un contrat innommé, *suis generis** » (8). La Cour de Cassation a choisi de faire entrer le contrat médical dans la catégorie des contrats d'entreprise. Aujourd'hui encore les juges s'attachent à défendre cette qualification (9). Le praticien met à disposition du patient une capacité, une spécialité, voire voire un « savoir-faire médical », rattachable à la catégorie du louage d'ouvrage, une prestation intellectuelle (10). Il s'agit, contre paiement, de réaliser un travail : il n'y a ni représentation, ni subordination mais au contraire responsabilité (11).

1 C. Sant. Publ. Art. R. 4127-65 et R. 4127-66

2 C. Sant. Publ. Art. R. 4127-60

3 Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000 : JCP G., 2001, II, n° 10452, note F. Vialla ; A. Laude, J.-L. Mouralis, J.-M. Pontier, Droit de la santé, Lamy, n° 240-58 s.

4 J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy : *L'avant contrat*, Ed. Francis Lefebvre, n°91 et s.

5 Littéralement : « sur un mouvement de fête »

6 Art. 1136 et 1142 C. civ.

7 Bien que l'on puisse admettre que l'obligation de « *praestere* » s'intègre dans le cadre plus vaste des obligations de faire : P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{ème} Ed°, 1929, p.472.

8 Conclusion de Me. P. Matter, sous Civ. 20 mai 1936, Op.cit. Celui-ci penche pour le caractère *suis generis* du contrat.

9 Civ. 1^{ère}, 20 février 1979 : Bull. civ. I, n°68, p.55

10 Art. 1779 C. civ.

11 Mais : V. J.-L. Respaud, « *Responsabilité de l'établissement du fait du médecin : des limites médicales à la jurisprudence « Costedoat »* », JCP E., Cahiers de droit de l'entreprise, n°2, 10 avril 2003, chr. p. 36.

SECTION II- NATURE DE L'OBLIGATION

Paradoxalement, l'obligation d'information en principe contractuelle (§I) ne l'est pas nécessairement (§II).

PARAGRAPHE I) UNE OBLIGATION NECESSAIREMENT CONTRACTUELLE

Deux arguments viennent à l'appui de cette proposition. En premier, l'obligation paraît indispensable à la réalisation de la prestation de soins : le professionnel obtient le consentement du patient à l'acte, donc au contrat. L'information donnée sur ses suites conditionnera la bonne exécution du contenu du contrat. En second, elle a été découverte au cœur du contrat, imposée par les suites de l'équité (1), et c'est au visa des articles 1147 et 1135 du Code civil que les juges qualifient l'obligation de contractuelle (2). Les termes de l'article 1134 al. 3 du Code civil, imposant aux contractants d'exécuter leur convention de bonne foi, guidés par un souci de collaboration dont la transmission de l'information serait un des aspects des plus évidents, sont des plus probants. Inhérente à la bonne conclusion et à la parfaite exécution du contrat, l'obligation est naturellement contractuelle. Le contrat d'entreprise en constitue le terreau : le service s'accompagne toujours d'une explication, avant ou après avoir été rendu.

PARAGRAPHE II) UNE OBLIGATION ACCIDENTELLEMENT CONTRACTUELLE

En raison de ses fondements (3), l'obligation dans le contrat médical est aux antipodes de l'obligation d'information *stricto sensu*. Il est en effet important de rappeler son caractère opportun, presque de convenance, dans le but d'une meilleure indemnisation et protection du patient.

En outre, l'information n'est pas toujours nécessaire à la bonne réalisation et à l'efficacité de la prestation. Loin de pouvoir permettre une exécution « sans faute », elle devient parfois un obstacle. L'information dans le contrat médical revêt une telle spécificité, se diversifiant en un simple renseignement, une mise en garde ou un conseil, due *a priori* ou *a posteriori*, que sa nature purement contractuelle en devient contestable.

Le critère consistant en l'étude du processus contractuel laisse place à une autre indice, plus fondamental, reposant sur la finalité de l'information.

Partie II

Détermination de la nature de l'obligation d'information au regard de la finalité de l'information

L'information dans la relation de soins se décline en trois niveaux : **l'état de santé du patient**, impliquant un renseignement objectif, **les actes médicaux ou thérapeutiques**, qui imposent un conseil, **leurs suites**, à savoir les conséquences de l'acte accompli et les risques résiduels, induisant une mise en garde. L'information se prolonge tout au long du protocole thérapeutique : *a priori* (Chap. I) et *a posteriori* (Chap. II) et revêt donc une finalité différente.

Chapitre I – L'obligation d'information « a priori »

Deux critères de détermination de la nature de l'obligation peuvent être utilisés : la qualité du créancier, (Sect. I) et un critère plus fonctionnel (Sect. II).

1 C. Daver, « De la relation de confiance à l'obligation d'information : ... quelques réflexions sur la genèse d'une obligation », JCP E., E., Cahiers du droit de l'entreprise, n° 1, 2001, p.20.

2 Civ.1^{ère}, 14 octobre 1997 et Civ. 1^{ère}, 7 octobre 1998 : Op.cit.

3 Cass. Req, 28 janvier 1942, « *Teyssièr* » : Op.cit et Civ.1^{ère}, 9 octobre 2001 : JCP G. 2002, II, n°10045 ; B. Pitcho, « De l'indignité médicale face au temps », JCP E, Cahiers de droit de l'entreprise n° 1, 14 février 2002, p.27, C. civ., Art. 16 et s.

SECTION I) NATURE DELICTUELLE ET QUALITE DU CREANCIER : LE PATIENT « CONSOMMATEUR DE SOINS »

« Indépendamment de l'acception retenue, force est de constater que le patient a évolué. Il a cessé d'être passif pour devenir un acteur à part entière du système de soins » (1). L'évolution du statut du patient préoccupe non seulement les universitaires et chercheurs (2), mais aussi les autorités (3), les praticiens et patients eux-mêmes (4). La revendication du statut de consommateur par le patient pousse nécessairement à envisager cette notion (I) avant de pouvoir dégager les règles qui lui sont applicables (II) et la reconnaissance d'une obligation précontractuelle d'information **autonome** car régie par une réglementation spécifique.

I) NOTION DE « CONSOMMATEUR DE SOINS »

Donner une définition de la notion de « consommateur de soins », pourtant en émergence (§II), nécessite d'examiner la place du « consommateur » dans le droit interne et européen (§I).

PARAGRAPHE I) LE CONSOMMATEUR DANS LE DROIT

En droit interne, il n'existe pas de définition précise du consommateur. En l'absence de définition générale, celle-ci est interprétée largement par les juges. Une personne morale peut donc bénéficier de la protection des règles consuméristes dès lors qu'elle est « dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur » (5) ou lorsqu'il s'agit de contrats n'ayant pas un rapport direct avec son activité professionnelle (6). Le consommateur est *a priori* une personne physique ou morale, qui acquiert ou utilise un bien ou un service à des fins privées, donc non professionnelles. Au regard de cette définition, le patient est un consommateur : il est une personne physique utilisant un service à titre privé.

Concernant le droit européen, une directive du 5 avril 1993 définit restrictivement le consommateur comme une « personne physique n'entrant pas dans le cadre d'une activité professionnelle » (7).

PARAGRAPHE II) L'EMERGENCE DE LA NOTION DE « CONSOMMATEUR DE SOINS »

La place faite au consommateur de soins par les textes et la jurisprudence (A) et la reconnaissance d'un véritable marché de santé (B) témoignent de l'émergence de la notion.

A) Le « consommateur de soins » et le droit

En droit international, la notion de « consommateur de soins » se retrouve dans les règles ayant trait à la « qualité ». L'International Organization for Standardization la définit (8) « comme l'ensemble des caractéristiques d'une entité qui lui confère l'aptitude à satisfaire des besoins exprimés et implicites et qui satisfait effectivement **le consommateur de soins** ». Le droit européen (9) reconnaît implicitement la notion : « la communauté contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs par des actions spécifiques qui appuient et complètent la politique menée par les Etats membres en vue de protéger la santé ».

En droit interne, la loi du 4 mars 2002 a permis au patient de s'intégrer dans le processus de soins en tant que citoyen de santé et a entériné la mise en place d'un processus consumériste. Au-delà de droits individuels, comme celui d'accéder à l'information, une représentation collective des usagers permettant leur intervention dans le débat public sur les questions majeures de santé publique et d'organisation du

1 A. Laude, « Le consommateur de soins » : D 2000, n°26, p.415

2 B. Pitcho, sur le statut de patient, Op.cit. Ch. Godard, *Le patient consommateur de soins*, Mémoire DEA Concurrence et consommation, 2004

3 www.sante.gouv.fr, Etats généraux de la santé, « Soins : l'impératif qualité »

4 E. Avril, *Le moniteur des pharmaciens*, 6 novembre 1999, p.22 ; S. Rameix, « Du paternalisme à l'autonomie des patients ? L'exemple du consentement aux soins en réanimation » : *Médecine et droit* 1995, n°12, p.1

5 Civ. 1^{ère}, 28 avril 1987 : D. 1998 n° 1 ; JCP 1987 II. n° 20892, RTD Civ. 1987, 548, obs. J. Mestre ; CA Paris, 13 novembre 1997 : D. 1998 n° 2, IR, p. 11 : un syndicat de copropriété est un consommateur. V. très récemment pour

l'application de la législation des clauses abusives aux personnes morales : Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005 : JCP E 2005, n° 21, 769, note D. Bakouche ; S. Lafont, « *Clauses abusives, consommateurs et personnes morales. Chronique d'une jurisprudence de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation du 15 mars* » : ADC 2005/4, p. 13.

6 Civ. 1^{ère}, 24 novembre 1993 : D. 1994, som. p. 236 ; Defrénois, 1994 p. 818 ; Civ. 1^{ère}, 21 février 1995 : JCP 1995, II, 22502 ; Civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996 : Contrats, conc. Consom. 1997, n°1.

7 Directive n°93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 art.2, b.

8 Dans une norme ISO 8402 complétée par la série des normes ISO 9000

9 Article 129-A du Traité CE

système de santé a été facilitée (1). De nombreuses dispositions ont été introduites afin de consacrer de véritables droits aux associations de patients (2).

En jurisprudence, le domaine pharmaceutique fût un point d'encrage de la notion. Parlant de « *consommateur moyennement avisé* » (3), la Cour de justice des communautés européenne reconnaît au patient cette qualité. Les décisions des juridictions nationales participent aussi au travail de construction d'un véritable statut : les personnes avec lesquelles le médecin conclut le contrat médical doivent être considérées comme les consommateurs (4), et les prestations à caractère médical entrent dans le champ d'application de l'article L.113-3 du Code de la consommation, cette disposition mettant à la charge du professionnel une obligation d'informer le consommateur sur les prix (5). La décision « *Faveret* » du Conseil d'Etat selon laquelle le médecin, s'il ne peut invoquer sa clause de conscience en cas de refus de soins, doit être condamné sur le fondement des dispositions régissant le refus de vente (6) a également participé à ce mouvement.

B) Le patient consommateur sur le « marché des soins »

L'établissement de santé est considéré par le droit de la concurrence comme une entreprise. Il exerce une activité économique de distribution, de services, voire de production générée par l'échange. L'application du droit de la concurrence à ces entreprises suppose cependant la détermination préalable d'un véritable marché. Le marché comprend tous les produits et services que le consommateur considère comme substituables entre eux à raison de plusieurs critères : qualité, prix, destination (7). Deux difficultés se font jour en matière de soin. La première consiste à soulever les contours du marché. La seconde réside dans le choix du critère déterminant de délimitation.

En principe, les contours du marché sont délimités par les autorités de la concurrence en fonction du caractère du produit en cause et selon la zone géographique sur laquelle il évolue. Plus qu'un seul marché de santé, des marchés « de spécialités de santé » peuvent être identifiés, s'entrecroisant par catégories de soins. Dès lors qu'une concurrence potentielle existe, le droit de la concurrence est applicable, même sur un marché très restreint. Le patient, évoluant sur ces marchés, devient un véritable consommateur.

II) APPLICATION DES REGLES CONSUMERISTES AU « CONSOMMATEUR DE SOINS »

La reconnaissance d'un statut timide du « consommateur de soins » permet d'envisager l'application de règles protectrices propres à cette qualité, dont l'existence d'une **véritable obligation précontractuelle d'information autonome en matière médicale**. La question reste de savoir si le consommateur de soins peut valablement se prévaloir de ces règles. Les règles régissant l'information et la formation des contrats (8), la conformité et la sécurité des produits et des services (9), les associations de consommateurs (10) semblent pouvoir lui être applicables. Le soin étant une prestation de service et le patient évoluant sur un marché, il est envisageable qu'il fasse l'objet de protections plus particulières (11). Médical et consommation interfèrent (12) : une véritable obligation d'information protectrice du consentement précontractuel pourrait être exigée à ce titre (13).

1 A. Laude, « *Le consommateur de soins* » : Op.cit.

2 Les art. L.1114-1 et s., L.1142-10 C. Sant. Publ. créent une commission nationale des accidents médicaux composée de professionnels de santé, de représentants d'usagers et de personnes qualifiées chargée de prononcer l'inscription des experts sur une liste nationale d'experts en accidents médicaux et d'établir des recommandations sur la conduite des expertises, de veiller à une application homogène des règles par les commissions régionales et d'évaluer l'ensemble du dispositif dans le cadre d'un rapport remis chaque année au gouvernement.

3 CJCE, 30 novembre 1983, aff. 227/82 : Rec. CJCE, p. 3883.

4 Crim., 15 mai 1984 : D 1985, Jur.p.106.

5 CE., 27 avril 1998 : D 1998, IR, p.142.

6 CE, 23 février 1949, « *Faveret* » : Rec. CE., p.88.

7 Communication Com. Eur. 1997 : JOCE 1997, C 372

8 C. Consom. Livre I, Art. L.111-1 à L.142-2 et R.112-1 à R.142-2

9 C. Consom. Livre II, Art. L.211-1 à L.225-1 et R.211-1 à D.225-2

10 C. Consom. Livre IV, Art. L.411-1 à L.422-3 et R.411-1 à R.422-10

11 Par. Ex. l'abus de faiblesse : C. Consom. Art. L. 122-8

12 Arrêté du 11 juin 1996 relatif à l'information sur les tarifs d'honoraires pratiqués par les médecins libéraux. Arrêté du 25 juillet 1996 relatif à l'information du consommateur sur l'organisation des urgences médicales. Arrêté du 17 octobre 1996 relatif à la publicité des prix des actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique.

13 « *Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service* ».

SECTION II) UNE NATURE CONTRACTUELLE TENANT A L'APPLICATION D'UN CRITERE PUREMENT « FONCTIONNEL »

L'application d'un critère fonctionnel de distinction inspiré des travaux de Muriel Fabre-Magnan constitue une piste nécessaire à la détermination de la nature contractuelle de l'obligation d'information.

Les informations susceptibles d'avoir une incidence sur le consentement du contractant peuvent être identifiées au-delà de la conclusion du contrat. C'est le cas des risques en matière médicale : si le patient avait su qu'il s'exposait à de telles conséquences, peut-être n'aurait-il pas conclu le contrat. Par conséquent, même si le contrat est déjà formé, l'obligation due au patient et ayant une incidence sur son consentement peut être de nature extracontractuelle. Inversement, une obligation précontractuelle peut être contractuelle car ayant une influence sur l'exécution de la convention. Pour cela, il faut que l'information, si elle avait été connue par le contractant, ait conduit pour lui à la bonne exécution du contrat. Si l'information sur l'état de santé, l'opportunité des actes à venir etc., fait défaut, le contrat ne pourra pas être exécuté conformément aux attentes du patient. L'information précontractuelle devient dans ce cas fictivement contractuelle.

Chapitre II- L'obligation d'information « a posteriori »

Un risque inconnu lors de la conclusion du contrat se révélant plusieurs mois, voire plusieurs années, après l'exécution de l'acte, ne peut influencer le consentement. Or, il existe toujours un risque et c'est pourquoi la loi du 4 mars 2002 met à la charge du professionnel de santé une obligation post-contractuelle d'information sur les risques nouveaux identifiés. Avant d'envisager la détermination de la nature de cette obligation (Sect. II), la question se pose de son contenu (Sect. I).

SECTION I) CONTENU DE L'INFORMATION

La transmission de l'information sur ce type de risques est complexe (I) et aura des conséquences considérables pour son débiteur (II).

I) LA TRANSMISSION DES « RISQUES NOUVEAUX IDENTIFIES » AU PATIENT

Lorsque « *postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver* » (1). Cette formulation appelle observations quant au principe et aux limites de l'information.

Quel risque ? La nature du risque n'est pas précisée dans la loi. Par analogie aux « risques nouveaux identifiables », il est possible que seuls les risques fréquents ou graves liés à des actes de soins doivent être signalés au patient. Il semble néanmoins que seuls les risques attachés à des actes de soins déjà réalisés mais inconnus jusqu'alors doivent faire l'objet de l'information.

Quand ? Le risque est-il suffisamment avéré pour pouvoir être divulgué ? Quels sont les éléments scientifiques et factuels à prendre en compte pour savoir que l'on est tenu de délivrer l'information ? S'agit-il d'études scientifiques non suivies de la réalisation du risque ? Faut-il que le risque se soit réalisé au moins une fois ? La question reste ouverte. La loi n'exige pas que le risque soit suffisamment avéré pour faire l'objet d'une information. Par conséquent tout risque, réalisé ou non, réalisable ou non, semble être visé. Le contenu de l'obligation devient alors flou.

Comment ? L'information doit-elle être formalisée ? La loi ne donne pas de réponse. Le médecin doit à son patient une information appropriée, c'est-à-dire qui tient compte de ses particularités et de sa pathologie (2).

La seule faculté dont dispose le professionnel pour s'exonérer consiste dans l'impossibilité de retrouver la personne « *concernée* » par le risque. La question se pose de savoir comment le praticien doit efficacement rechercher son patient et à partir de quel moment il peut considérer cette recherche comme infructueuse. Autant de questions auxquelles il est, pour l'instant, impossible de répondre avec certitude. En tant que

1 C. Sant. Publ. Art. L. 1111-2

2 C. Sant. Publ. Art. R. 4127-35 et P. Sargos, « *L'information du patient et le consentement aux soins* », Droit médical et hospitalier 2001, n°17, p.15

professionnel assimilable à un prestataire de service, le professionnel de santé est susceptible d'être tenu aux mêmes modalités d'information que d'autres professionnels.

II) CONSEQUENCES POUR LE DEBITEUR DE L'OBLIGATION

L'obligation d'information sur les risques postérieurs suscite interrogation tant en ce qui concerne la preuve de son exécution (§I) que la responsabilité qui en découle (§II).

PARAGRAPHE I) CONSEQUENCES EN MATIERE DE PREUVE

Le professionnel doit rapporter la preuve de l'exécution de l'obligation (1). Cependant, dans le cadre de l'information sur les risques postérieurs, la preuve d'un acte positif et d'un acte négatif devra être rapportée.

Conformément à la jurisprudence traditionnelle, le professionnel peut user de tous les moyens dont il dispose à cette fin (2). La preuve de la transmission de l'information ne semble donc pas poser problème jusqu'à ce que le praticien se heurte à la disparition de son patient.

La notion d'« impossibilité » n'est pas définie mais il semble que l'impossibilité de retrouver le patient n'est pas synonyme d'impossibilité d'informer le patient. Celui-ci peut refuser d'être informé ou peut être dans un état tel qu'il ne peut recevoir l'information.

PARAGRAPHE II) CONSEQUENCES EN MATIERE DE RESPONSABILITE

Cette obligation tend davantage vers la garantie que la responsabilité. Poussée au-delà de ses frontières naturelles, celles du contrat, elle prend place dans un processus de « démarche qualité ». Au vu des différents mécanismes existants, tels que l'obligation d'informer le consommateur sur la traçabilité des produits (3), l'information en cas de risque développement (4), la garantie des vices cachés (5), la mise en danger d'autrui (6), cette obligation ressemble davantage à un mécanisme de « survie » que de sanction. La garantie serait alors celle du soin. C'est ainsi qu'en rappelant à lui son patient, afin de le prévenir d'un danger, le médecin le garantit de la bonne suite de l'acte. Prestataire de service, il lui incombe donc de rappeler son patient afin d'assurer un suivi « après soins » (7).

SECTION II) NATURE DE L'OBLIGATION

La survenue tardive d'une obligation au-delà du terme du contrat ne fait pas obstacle à sa nature contractuelle (I). En revanche, cette obligation pourtant due durant le temps de l'après contrat peut aussi trouver une qualification précontractuelle (II).

I) NATURE CONTRACTUELLE DE L'OBLIGATION

L'information sur les risques postérieurs à l'exécution des actes de soins peut relever du domaine contractuel de responsabilité non seulement lorsqu'elle est accessoire à l'exécution du contrat (§I) mais aussi si l'on considère qu'elle constitue l'objet d'un autre contrat ou encore que le contrat est l'unique objet de l'information (8) (§II).

1 Civ.1^{ère}, 25 février 1997, « *Hédreul* » : D. 1997, Somm.319, Obs. Penneau ; JCP G.1997, I, n°4025, Obs. Viney. Désormais Art. L.1111-2, dernier alinéa C. Sant. Publ.

2 Civ.1^{ère}, 14 octobre 1997 : Op.cit.

3 Règlement 1830/2003 du Parlement et du Conseil du 22 décembre 2003 concernant la traçabilité des produits destinés à l'alimentation humaine et animale produits à partir d'organismes génétiquement modifiés, modifiant la D. 2001/18/CE : JOCE, L.268

4 D. 85/374 du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. Loi n°98-389 du 19 mai 1998.

5 C. civ. Art. 1641

6 C. pénal, Art. 223-1

7 Une partie de la doctrine utilise d'ailleurs l'expression « *service après contrat* » : Y. Picod, « *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat* » : JCP G. 1988, n°6, 3318

8 Cette distinction est utilisée par M. Fabre-Magnan, Op.cit, n° 416 et s.

PARAGRAPHE I) LE CONTRAT SOURCE DE L'OBLIGATION

Pour être contractuelle, l'obligation doit avoir une incidence sur l'exécution du contrat. En effet, « *les obligations d'information ayant une incidence sur l'exécution du contrat existent principalement après la conclusion du contrat* », « *Ces obligations sont imposées par les tribunaux toutes les fois qu'elles auraient permis au créancier de recevoir une exécution satisfaisante du contrat, ou encore d'éviter un dommage quelconque pendant l'exécution du contrat* » (1). Il semble à première vue que la solution ne soit pas adéquate concernant les risques postérieurs. On voit mal, en effet, comment une information due en vertu de la réalisation avérée ou potentielle d'un risque au-delà de l'extinction du contrat aurait une incidence sur l'exécution de celui-ci. Outre l'éventualité de la continuation du contrat, dans quel cas le caractère « *a posteriori* » de l'information signifierait postérieur aux seuls actes mais non au contrat, il ne semble pas que cette solution se justifie. L'exécution de l'obligation est en effet postérieure, mais son exigibilité l'est aussi. En effet c'est seulement lorsque la menace de risque apparaît qu'il s'agit d'informer. Cette obligation peut néanmoins se rattacher au contrat, notamment en vertu de son objet. L'obligation principale du contrat, le soin, va nécessairement au-delà d'une simple obligation contractuelle. L'obligation d'information, qu'elle soit « *peri* » ou « *post* » contractuelle, a la même finalité : s'assurer que le patient est conscient de ce qu'il peut lui arriver. Les liens fictifs de ce rattachement sont corroborés par le fait que s'il n'y avait pas eu de contrat, le professionnel ne serait pas contraint, au-delà de la réalisation des actes, d'informer sur un risque nouveau. De ce seul point de vue l'obligation est contractuelle, découlant de l'exécution du contrat, exigible, sans pour autant avoir une incidence sur celui-ci. Il s'agit d'une obligation implicitement contenue dans le contrat, comme l'est par exemple l'obligation post contractuelle de non concurrence.

PARAGRAPHE II) L'INFORMATION OBJET DU CONTRAT ET LE CONTRAT OBJET DE L'INFORMATION

L'information objet du contrat. L'information peut faire l'objet d'un autre contrat en tant qu'obligation principale : c'est le cas du conseil (2). Appliqué à l'information sur les risques ultérieurs dans la relation de soins, ceci revient à dire que le professionnel est tenu, en vertu de la conclusion d'un autre contrat, d'une obligation de faire. De la même façon que peut être envisagée l'existence d'un avant contrat de conseil, l'éventualité d'un tel « *après contrat* », ayant pour objet une obligation principale d'information, peut être avancée.

Le contrat objet de l'information. Une autre justification de la nature contractuelle de l'obligation peut résider dans le fait que l'information porte sur un contrat extérieur au professionnel. En pratique, le risque peut résulter des conséquences d'un acte, du défaut d'un « *savoir-faire* » médical ou des effets inattendus et néfastes d'un produit, tel qu'un médicament, pour lequel le praticien n'est pas directement responsable, engageant alors la responsabilité d'un autre contractant : le fabricant. Le médecin prescripteur de médicaments, prothèses etc., doit informer son patient des risques avérés ou potentiels d'un produit. Il y a donc contrat mettant à la charge du médecin, par le biais d'une stipulation, une obligation d'information portant sur les conditions d'exécution d'un autre contrat. En outre, le professionnel de santé est investi, dans le cadre de cette information, d'une « *obligation de s'informer pour informer* »³ : les juges l'imposent soit pour l'exécution d'un devoir de conseil accessoire à la fourniture d'une chose ou d'une prestation, soit lorsque l'information ou le conseil est l'objet du contrat, et admettent qu'elle soit reconnue dans le cadre de relations extracontractuelles.

II) NATURE EXTRA CONTRACTUELLE DE L'OBLIGATION

L'obligation d'information sur les risques nouveaux identifiés semble pouvoir tirer de la relation de soins une nature précontractuelle « *a rebours* », car influençant le consentement au contrat. Cette qualification ne trouve pas légitimité si l'on considère que l'information est due du fait de l'exécution du

1 M. Fabre-Magnan, Op.cit, n°416 et 427.

2 R. Savatier, « *Les contrats de conseil professionnels en droit privé* » : D 1972, Chr.p.137.

3 Chronique de droit des obligations, RTD civ. 1997, p.144 « *Obligation de s'informer pour informer ; extension du domaine extracontractuel et obligation de résultat quant à l'exactitude des informations fournies* », à propos de Civ. 2^{ème}, 19 juin 1996, D Aff.1996, n°1028 : « *celui qui a accepté de donner des renseignements a lui-même l'obligation de s'informer pour informer en connaissance de cause* ». Dès lors, le fait de donner une information inexacte est constitutif d'une faute.

contrat. Ce n'est que dans l'hypothèse de la conclusion d'un nouveau contrat de soins que sa nature précontractuelle pourrait être envisagée.

Conclusion

L'existence d'un contrat, présageant d'une période de négociations, et les multiples finalités de l'information sont des critères de détermination de la nature juridique de l'obligation. En tout état de cause, celle-ci aujourd'hui d'origine légale, s'avère contractuelle car ayant une incidence sur l'exécution du contrat.

MASTER RECHERCHE DROIT DU MARCHE (Concurrence– Distribution–Consommation) (2004-2005)

Directeur : Pr. D. Mainguy

Le droit de la **concurrence**, le droit de la **consommation**, le droit des **contrats**, le droit de la **publicité**,... forment une unité et composent l'environnement quotidien des juristes de droit du marché dans leur dimension **interne, communautaire et internationale**. La vie des entreprises est en effet de plus soumise aux contraintes du droit du marché qui devient plus complexe, plus technique, qui est déjà intégralement communautaire et qui s'internationalise.

L'équipe du MASTER RECHERCHE DROIT DU MARCHE, fondé par MM. J. Calais-Auloy et Y. Serra, composant avec le MASTER PROFESSIONNEL CONSOMMATION ET CONCURRENCE, le CENTRE DE LA DROIT DE LA CONSOMMATION ET DU MARCHE dirigé par MM. D. Mainguy et H. Temple, assure sur 250 heures environ une formation théorique et pratique fondée sur des enseignements dans lesquels apparaissent principalement :

I. – COURS

- Cours commun à tous les masters recherche : Les sources du droit.
- Cours commun à la Mention droit des affaires (2 sur 3)
 - Droit approfondi des contrats
 - Droit approfondi de la concurrence
 - Droit approfondi de la propriété intellectuelle
- Cours de spécialité : Droit du marché : théorie et pratique

II. – SEMINAIRES

- Droit approfondi de la consommation
- Droit de la régulation (les outils du marché)
- Aspects internationaux et communautaires du droit du marché
- Droit des contrats

- Concurrence déloyale et non concurrence
- Réseaux et relations de la distribution
- Droit de la publicité
- Droit du crédit
- Droit des produits
- Contentieux économique
- Analyse économique du droit...

III. – SEMINAIRES DE RECHERCHE

- Divers séminaires portant sur des thèmes de droit du marché

IV. – MEMOIRE(S) sur un thème de droit du marché

V. – CONCOURS D'ARBITRAGE EN DROIT DES CONTRATS

VI. – INITIATION ET PREPARATION A LA RECHERCHE, CONFERENCES, ANGLAIS, PREPARATION D'UN COLLOQUE...

RETRAIT DES DOSSIERS : CENTRE DE DROIT DE LA CONSOMMATION ET DU MARCHE, Bat. 2 – 4^{ème} ét. à compter de MAI 2005 – conso@univ-montp1.fr – **RENSEIGNEMENTS** : M. J.-B. THOUS, 04.67.61.51.05

Vous pouvez aider le centre de droit de la consommation et du marché à améliorer ses programmes d'enseignement et de recherche en versant votre TAXE D'APPRENTISSAGE.